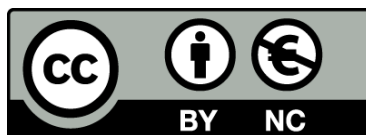




UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El dret administratiu sancionador i les garanties exigibles per punir conductes propres als drets de participació política

M^a Carme Sibina Vidal



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial 4.0. Espanya de Creative Commons**.

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial 4.0. España de Creative Commons**.

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0. Spain License**.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorat en Dret i Ciència Política
Línia d'Investigació: Dret administratiu

**EL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR I LES
GARANTIES EXIGIBLES PER PUNIR CONDUCTES
PROPERES ALS DRETS DE PARTICIPACIÓ POLÍTICA**

Director i tutor: Francisco José Rodríguez Pontón

M^a CARMÉ SIBINA VIDAL

BARCELONA, 2020

A la meva mare i al meu pare, per tot.

RESUM

La investigació es centra en l'estudi de la potestat sancionadora de l'Administració, de les seves singularitats i característiques, per tal de determinar si aquest règim punitiu, en la seva configuració actual, es troba dotat de les garanties suficients per sancionar les conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals de participació política (les llibertats d'expressió i informació -art. 20 CE- i els drets de manifestació i reunió -art. 21 CE-) quan són exercits en l'espai públic. I, al seu torn, en l'anàlisi de si la llibertat del legislador per optar entre el sistema administratiu sancionador i el penal s'ha de veure condicionada per les garanties d'ambdues manifestacions del dret punitiu, atesa la posició que aquests drets fonamentals ostenten en l'Ordenament jurídic de l'Estat espanyol.

L'estudi aborda: (i) l'origen del Dret administratiu sancionador i les raons d'un sistema punitiu integrat en dues manifestacions; (ii) els intents de delimitar l'àmbit propi de cada una de les manifestacions del dret punitiu; (iii) els límits normatius i dogmàtics a la llibertat del legislador punitiu; (iv) les singularitats, característiques i manca de garanties de la potestat sancionadora de l'Administració, (v) la relació del dret punitiu amb els drets fonamentals, i (vi) si l'elecció del Dret administratiu sancionador altera les garanties dels ciutadans, en abstracte, i si té afectacions sobre l'exercici dels drets de participació política, en concret.

El treball vol contribuir a la construcció del consens sobre si les garanties actuals del sistema administratiu sancionador són o no suficients quan puneix les conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals de participació política, i és en aquest àmbit que la investigació pretén realitzar la seva aportació.

RESUMEN

La investigación se centra en el estudio de la potestad sancionadora de la Administración, de sus singularidades y características, para determinar si este régimen punitivo, en su configuración actual, se encuentra dotado de garantías suficientes para sancionar las conductas próximas al ejercicio de los derechos fundamentales de participación política (las libertades de expresión e información -art. 20 CE- y los derechos de manifestación y reunión -art. 21 CE-) cuando son ejercidos en el espacio público. Y, a su vez, en el análisis de si la libertad del legislador para optar entre el sistema administrativo sancionador y el penal debe estar condicionada por las garantías de ambas manifestaciones del derecho punitivo a tenor de la posición que estos derechos fundamentales ostentan en el Ordenamiento jurídico del Estado español.

El estudio aborda: (i) el origen del Derecho administrativo sancionador y la razón de un sistema punitivo integrado en dos manifestaciones; (ii) los intentos de delimitar el ámbito propio de cada una de las manifestaciones del derecho punitivo; (iii) los límites normativos y dogmáticos a la libertad del legislador punitivo; (iv) las singularidades, características y carencia de garantías de la potestad sancionadora de la Administración, (v) la relación del derecho punitivo con los derechos fundamentales, y (vi) si la elección del Derecho administrativo sancionador altera las garantías de los ciudadanos, en abstracto, y si tiene afectaciones sobre el ejercicio de los derechos de participación política, en concreto.

El trabajo quiere contribuir a la construcción del consenso sobre si las garantías actuales del sistema administrativo sancionador son o no suficientes cuando sanciona las conductas próximas al ejercicio de los derechos fundamentales de participación política, y es en este ámbito que la investigación pretende realizar su aportación.

ABSTRACT

The research is focused on the Administration's sanctioning power, its singularities and characteristics, to assess if this punitive regime, in its current configuration, is endowed with adequate guarantees to punish conducts related to the exercise of fundamental rights of political participation (freedom of expression and information -art. 20 CE- and the rights to demonstrate and to assembly -art. 21 CE-) when they are exercised in a public place. And, in turn, in the analysis of whether the freedom of the legislator to choose between the administrative sanctioning system and the criminal one, must be conditioned by the guarantees of both representations of the punitive law according to the position that these fundamental rights hold in the Spanish State's Legal system.

The study addresses: (i) the origin of the administrative sanctioning law and the reason for a punitive system integrated in two manifestations; (ii) the attempts to define the scope of each one of the punitive law manifestations; (iii) the normative and dogmatic limits to the freedom of the punitive legislator; (iv) the singularities, characteristics and lack of guarantees of the Administration's sanctioning power, (v) the relationship of punitive law with fundamental rights, and (vi) if the choice of administrative sanctioning law alters the guarantees of citizens, in the abstract, and, specifically, if it affects the exercise of political participation rights.

The essay wants to contribute to the development of a consensus on whether or not the current guarantees of the administrative sanctioning system are adequate, when it sanctions the behaviours related to the exercise of the fundamental rights of political participation, and it is in this area where the research aims to make its contribution.

INDEX

	<u>Pàgina</u>
ABREVIATURES	17
INTRODUCCIÓ: ELECCIÓ DEL TEMA, OBJECTE DEL TREBALL, METODOLOGIA I ESTRUCTURA	21
CAPITOL 1: L'EVOLUCIÓ DE LA POTESTAT SANCIONADORA I LA REGULACIÓ VIGENT	29
1. EL MODEL PUNITIU TEÒRICAMENT IDEAL (EL MONOPOLI JUDICIAL) I LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ	29
2. ANTECEDENTS HISTÒRICS DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR ESPANYOL NECESSARIS PER COMPENDRE EL SISTEMA ACTUAL	39
2.1. L'origen de la potestat sancionadora: les sancions de policia del S. XVIII	41
2.2. El gradual reconeixement i acceptació de les potestats administratives sancionadores	43
2.2.1. La Constitució de Cadis i el (teòric) monopoli judicial inicial (1812-1823)	43
2.2.2. El Període moderat (1823-1868)	46
2.2.3. El Període Revolucionari (1868-1874)	52
2.2.4. La Restauració (1875-1923)	54
2.3. La marcada tendència a la consolidació del Dret administratiu sancionador	56
2.3.1. La Dictadura de Primo de Rivera (1923-1931)	56
2.3.2. La II República (1931-1939)	59
2.4. La consolidació i expansió dels poders repressius sancionadors de l'Administració: la Dictadura del General Franco (1939-1975)	64
3. LA CONSTITUCIÓ DE 1978 I EL DESENVOLUPAMENT LEGISLATIU DE LA POTESTAT SANCIONADOR	82
3.1. El període de vigència de la LPA	86

3.2. La LRJPAC: una primera oportunitat perduda per introduir una part general de la potestat sancionadora i un procediment administratiu sancionador	92
3.2.1. La regulació del règim substantiu de la potestat sancionadora.....	92
3.2.2. Les regles procedimentals de l'exercici de la potestat sancionadora.....	95
3.3. La LPAC i la LRJSP: la continuïtat de la insuficient regulació de la potestat sancionadora i del procediment sancionador.....	101
3.3.1. La regulació del règim substantiu de la potestat sancionadora.....	102
3.3.2. Les regles procedimentals de l'exercici de la potestat sancionadora	103
4. L'EXPANSIÓ, LA DISPERSIÓ I LA MANCA DE COHERÈNCIA DEL SISTEMA SANCIONADOR	106
4.1. L'expansió, la dispersió del sistema sancionador i la manca de coherència del <i>ius puniendi</i>	106
4.2. La manca de codificació i les inseguretats jurídiques aparellades.....	111
CAPITOL 2: LA UNITAT DEL IUS PUNIENDI.....	121
1. EL CONCEPTE UNITARI DEL <i>IUS PUNIENDI</i>	121
1.1. Conceptualització de la unitat del <i>ius puniendi</i> en la jurisprudència.....	123
1.1.1. La jurisprudència del Tribunal Suprem: la configuració de la unitat del <i>ius puniendi</i> per mitigar les conseqüències de la legislació preconstitucional i la manca d'una «part general» de la potestat sancionadora de l'Administració.....	123
a) Pronunciaments anteriors a la Constitució de 1978.....	123
b) Pronunciaments durant els primers anys de vigència la Constitució de 1978	129
1.1.2. La jurisprudència del Tribunal Constitucional: la confirmació de la unitat del <i>ius puniendi</i> i la concreció dels «matisos» dels principis inspiradors de l'ordre penal al projectar-se sobre el Dret administratiu sancionador.....	132

a)	La reserva de llei: l'excepció de les normes preconstitucionals i la flexibilització en les ordenances locals	138
b)	El principi de tipicitat i l'admissió de flexibilització en la predeterminació de les infraccions	161
c)	La no extensió al procediment administratiu sancionador del dret fonamental al jutge ordinari predeterminat per la llei, independent i imparcial	175
d)	La no extensió al procediment administratiu sancionador del dret d'assistència lletrada.....	181
e)	La presumpció d'innocència i el valor de les informacions aportades per les autoritats.....	191
f)	El dret a un procediment públic	198
g)	El dret a la tutela judicial efectiva i els desincentius per recórrer	204
1.2.	La conceptualització del dret punitiu per part del TEDH	214
1.3.	El "dogma" del <i>ius puniendi</i> únic per suplir les mancances conceptuals del Dret administratiu sancionador	220
2.	LA FRONTERA ENTRE EL DRET PENAL I EL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR: LES TEORIES SOBRE LA DISTINCIÓ	231
2.1.	Justificació de l'anàlisi de les teories sobre la distinció.....	231
2.2.	Teories qualitatives	234
2.2.1.	Les teories de les diferències ontològiques (teories del Dret penal administratiu).....	234
2.2.2.	La teoria de l'injust èticament indiferent	244
2.2.3.	Les tesis de la funció administrativa (o de l'interès públic) i l'ordenament intern de l'Administració.....	246
2.2.4.	Les tesis de la diferència estructural de l'il·lícit	247
2.3.	Teories quantitatives	250
2.4.	Teories formals	252
2.5.	Teories eclèctiques: quantitatives-qualitatives i valoratives	254

2.6. Conclusions de les teories sobre la distinció del Dret penal i el Dret administratiu sancionador	256
---	-----

CAPITOL 3: LA LLIBERTAT DEL LEGISLADOR PER OPTAR ENTRE EL DRET PENAL I EL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR.....259

1. INTRODUCCIÓ.....	259
2. PREFERÈNCIA O NECESSITAT CONSTITUCIONAL D'UTILITZAR EL DRET PENAL: LÍMITS CONSTITUCIONALS A LA UTILITZACIÓ DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR	260
2.1. La prohibició que l'Administració imposi penes privatives de llibertat	261
2.2. La reserva de jurisdicció	263
2.2.1. La reserva de jurisdicció com a límit a la llibertat del legislador per optar pel Dret administratiu sancionador	273
2.3. Les obligacions constitucionals de punició penal	278
3. LA VINCULACIÓ POSITIVA DELS DRETS FONAMENTALS: LA GARANTIA DE PROTECCIÓ PENAL	284
3.1. El canvi de paradigma de la relació del dret punitiu amb els drets fonamentals	285
3.2. La teoria dels deures de protecció.....	289
3.3. La configuració jurisprudencial del deure de criminalització	292
3.3.1. Tribunal Constitucional Federal Alemany	292
3.3.2. Tribunal Constitucional Espanyol.....	295
3.3.3. Tribunal Europeu dels Drets Humans	298
3.4. Les objeccions doctrinals al deure de protecció penal.....	302
3.5. El principi de proporcionalitat: prohibició d'infraprotecció com a límit a la llibertat del legislador per optar entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador	306
4. ELS DEURES SUPRAESTATALS DE PUNICIÓ PENAL	311
4.1. Les obligacions de punició derivades del Dret internacional en matèria de drets humans.....	312

4.2. El dret de la Unió Europea i l'obligació de sancionar penalment determinats comportaments	321
4.2.1. L'evolució del Dret penal europeu i el seu reflex en les obligacions de tipificar penalment	325
4.2.2. L'efecte positiu del Dret de la UE sobre el Dret penal nacional: les tècniques per imposar una activitat punitiva als Estats membres.....	329
a) L'assimilació	329
b) La protecció mitjançant sancions o mesures adequades, eficaces i dissuasives.....	331
c) L'harmonització	331
5. PRINCIPIS LIMITADORS DEL DRET PENAL. FORMULACIÓ TRADICIONAL I REPLANTEJAMENT COM A PRINCIPIS LIMITADORS DE TOT EL DRET PUNITIU	333
5.1. El principi d'intervenció mínima	336
5.1.1. Crítiques a la formulació tradicional del principi d'intervenció mínima del Dret penal.....	340
a) La premissa de la major gravetat de les penes	341
b) La premissa de la comparabilitat.....	344
c) Les constatacions derivades de la praxis legislativa	347
5.1.2. Proposta de formulació alternativa: el principi d'intervenció mínima de tot el dret punitiu	350
5.2. El principi de proporcionalitat	355
6. PROPOSTA DE CRITERIS PER DISTRIBUIR EL <i>IUS PUNIENDI</i> DES DE LA PERSPECTIVA DE LES GARANTIES	357

CAPITOL 4: LA POSICIÓ DELS DRETS FONAMENTALS EN L'ORDENAMENT JURÍDIC I LA SEVA RELACIÓ AMB EL DRET PUNITIU

1. INTRODUCCIÓ: LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ I ELS DRETS FONAMENTALS.....	363
2. EL DRET PUNITIU I LA RESTRICCIÓ DELS DRETS FONAMENTALS	366
2.1. La vinculació negativa del legislador punitiu als drets fonamentals	366

2.1.1.	Les teories internes o estrictes del contingut dels drets fonamentals	368
2.1.2.	Les teories externes o amples del contingut dels drets fonamentals	371
2.1.3.	La teoria del contingut dels drets fonamentals sostinguda pel Tribunal Constitucional	373
2.2.	Els límits de les restriccions dels drets fonamentals	375
2.2.1.	El principi de proporcionalitat	376
2.2.2.	El contingut essencial dels drets fonamentals	378
2.3.	El paper de la llibertat d'expressió i informació i del dret de manifestació i reunió en una societat democràtica.....	380
3.	LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ I L'EXERCICI LEGÍTIM DELS DRETS I LES LLIBERTATS FONAMENTALS	382
3.1.	La causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret fonamental: regulació i delimitació en cada un dels àmbits punitius.....	382
3.1.1.	L'extinció de la responsabilitat per exercici legítim d'un dret en la doctrina penalista.....	385
3.1.2.	L'extinció de la responsabilitat per exercici legítim d'un dret en la doctrina administrativista	386
3.2.	La dogmàtica de la causa de justificació d'exercici legítim d'un dret	395
3.2.1.	El fonament de l'exoneració que articula aquest eximent	395
3.2.2.	Els elements de l'eximent de l'exercici legítim.....	397
a)	L'element objectiu	398
b)	L'element subjectiu.....	408
3.2.3.	La justificació incompleta i l'atenuació de la pena.....	409
3.3.	L'eficàcia justificant de l'eximent d'exercici legítim d'un dret en el procediment administratiu sancionador	415
4.	LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ I L'EXCÉS EN L'EXERCICI DELS DRETS I LES LLIBERTATS FONAMENTALS	419
4.1.	L'efecte desànim o «chilling effect».....	420

4.1.1. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre l'efecte desànim	425
a) Primeres sentències en què s'apunta la doctrina de l'efecte desànim	425
b) Sentència relativa als membres de la Mesa Nacional d'Herri Batasuna: STC 136/1999, de 20 de juliol.....	427
c) Sentències sobre l'efecte desànim del Dret administratiu sancionador	433
4.1.2. La prohibició de desànim al legislador: els manaments de taxativitat i proporcionalitat	436
4.1.3. La prohibició de desànim en l'aplicació del tipus: el paper del Poder judicial i de l'Administració	440
4.2. La idoneïtat de l'Administració pública per controlar els excessos en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació, i el dret de reunió i manifestació.....	445
CONCLUSIONS	457
BIBLIOGRAFIA	479

ABREVIATURES

§/§§	Paràgraf/Paràgrafs
AF	Antecedent de Fet
Art.	Article
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
BOP	Butlletí Oficial de la Província
BOPB	Butlletí Oficial de la Província de Barcelona
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgerichts</i> (Tribunal Constitucional Federal Alemany)
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Sentència del Tribunal Constitucional Federal Alemany)
CCAA	Comunitats Autònomes
CE	Constitució Espanyola, de 27 de desembre de 1978
CEDH	Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, de 4 de novembre de 1950
CEE	Comunitat Econòmica Europea
CGPJ	Consell General del Poder Judicial
CP	Codi Penal, de 23 de novembre de 1995
DD. AA.	Diversos Autors
ETPI	Estatut del Tribunal Penal Internacional
FJ	Fonament Jurídic
GAIP	Comissió de Garanties del Dret d'Accés a la informació Pública de Catalunya
Ibíd.	Ibídem
INE	Institut Nacional d'Estadística
LBRL	Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases de Règim Local
LECrim	Reial Decret de 14 de setembre de 1882 pel qual s'aprova la Llei d'enjudiciament criminal
LMMGL	Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern local

LOPD	Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de Protecció de Dades de Caràcter Personal
LOPJ	Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial
LOPSC	Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana
LOPSC 1992	Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre Protecció de la Seguretat Ciutadana
LOTIC	Llei Orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional
LPA	Llei sobre Procediment Administratiu, de 17 de juliol de 1958
LPAC	Llei 39/2015 del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques
LRJPAC	Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú
LRJSP	Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic
LTE	Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern
MAP	Ministeri per a les Administracions Públiques
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (Nou setmanari legal)
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i> (Nova revista de dret administratiu)
op. cit.	<i>opere citato</i> (en l'obra citada)
p./pp.	pàgina/pàgines
RDLeg.	Reial Decret Legislatiu
Rec.	Recurs
REPEPOS	Reial Decret 1398/1993, de 4 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament del Procediment per a l'exercici de la potestat sancionadora
SAN	Sentència de l'Audiència Nacional
STC/SSTC	Sentència del Tribunal Constitucional/Sentències del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans
STJCE	Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
STJUE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea
STS/SSTS	Sentència del Tribunal Suprem/Sentències del Tribunal Suprem

STSJ	Sentència del Tribunal Superior de Justícia
STSJC	Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
TC	Tribunal Constitucional
TCECA	Tractat de la Comunitat Europea del Carbó i de l'Acer, de 18 d'abril de 1951 (París)
TCEE	Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea, de 27 de març de 1957 (Roma)
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemany
TEDH	Tribunal Europeu de Drets Humans
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea, de 13 desembre 2007 (Lisboa)
TIDH	Tribunal Interamericà de Drets Humans
TJCE	Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TPI	Tribunal Penal Internacional
TR	Text refós
TS	Tribunal Suprem
TSJ	Tribunal Superior de Justícia
TUE	Tractat de la Unió Europea, de 7 de febrer 1992 (Maastricht)
UE	Unió Europea
vid.	<i>vide</i> (vegeu)

INTRODUCCIÓ

1.- ELECCIÓ DEL TEMA

Amb l'aprovació de la Constitució de 1978, i el reconeixement exprés que aquesta norma realitza de la potestat sancionadora de l'Administració (arts. 25 i 45.3 CE), es van esvaïr els dubtes sobre la seva legitimitat i la seva adequació a les exigències del principi de separació de poders i, al seu torn, es van esvaïr els esforços per delimitar l'àmbit propi del Dret administratiu sancionador en relació amb el del Dret penal. De manera que, durant les quatre dècades posteriors a l'aprovació de la norma suprema, la potestat sancionadora administrativa s'ha expandit a tots els àmbits de l'activitat social, sense trobar fortes resistències dogmàtiques ni jurisprudencials. Aquesta acceptació acrítica del Dret administratiu sancionador es fonamenta sobre dos elements estructurals: la translació dels principis del Dret penal al Dret administratiu sancionador (en base als arts. 24 i 25 CE) i la premissa de la major gravetat del Dret penal, el qual es considera que ha de ser l'*ultima ratio* de l'Estat.

Aquesta situació s'ha vist parcialment alterada per la important reforma legislativa del Dret punitiu de l'Estat espanyol operada l'any 2015, per la qual es modifica substancialment el Codi Penal, amb desaparició del Llibre III relatiu a les «Faltes i les seves penes» i la consegüent despenalització parcial de determinades de conductes, algunes de les quals s'inclouen en la paral·lela modificació de la Llei Orgànica de Seguretat Ciutadana. Aquestes modificacions legislatives han fet ressorgir l'interès i el debat sobre la distribució del *ius puniendi* i els límits entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador. I, més concretament, han reobert el debat sobre si el legislador és -o ha de ser- absolutament lliure per escollir si una conducta s'ha de sancionar per una o altra manifestació del Dret punitiu; especialment, en relació amb les conductes properes a l'exercici dels drets de participació política com la llibertat d'expressió i el dret de manifestació.

Aquest renovat interès per la matèria i la necessitat de trobar respostes a les qüestions apuntades és el punt de partida que ha motivat la present investigació la qual, no obstant, no es circumscriu a aquesta modificació legislativa. Ben al contrari, l'estudi sobre el Dret administratiu sancionador, la seva relació amb el Dret penal i amb els drets de participació política s'ha realitzat en abstracte i de forma generalitzada (desvinculat

d'una norma sectorial concreta) i des d'un concret prisma: el de les garanties dels ciutadans.

2.- OBJECTE DEL TREBALL

Aquesta tesi doctoral es centra en l'estudi de la potestat sancionadora de l'Administració, de les seves singularitats i característiques, per tal de determinar si aquest règim punitiu, en la seva configuració actual, es troba dotat de les garanties suficients per sancionar les conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals de participació política (la llibertat d'expressió i informació -art. 20 CE- i el dret de manifestació i reunió -art. 21 CE-) quan són exercits en l'espai públic o si, contràriament, hi ha elements objectius que permeten afirmar que és necessari augmentar les garanties en aquest àmbit concret, atesa la posició que aquests drets ostenten en l'Ordenament jurídic de l'Estat espanyol.

Això significa abordar les eventuals mancances del «sistema» sancionador administratiu espanyol (especialment pel que fa a les garanties de caràcter substantiu o material, no estrictament procedimentals), però no les de les regulacions concretes que estableixen infraccions i sancions de conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals de participació política, el contingut de les quals queden a la decisió de cada legislador en el marc dels principis constitucionals als que s'ha de sotmetre la potestat sancionadora de l'Administració d'acord amb la unitat del *ius puniendi*.

De forma paral·lela la present investigació ha abordat l'anàlisi de la llibertat del legislador per optar entre el sistema administratiu sancionador i el penal. És a dir, l'estudi dels criteris de distribució del *ius puniendi* i la cerca de prescripcions normatives i dogmàtiques dirigides a orientar al legislador en aquesta elecció.

En un Estat social i democràtic de Dret la forma en què s'exerceix el Dret punitiu és -o ha de ser- una qüestió central, ja que és l'àmbit de l'ordenament que potencialment té la capacitat d'imposar les conseqüències jurídiques més perjudicials i greus a la ciutadania. Des d'aquesta perspectiva, l'elecció de la projecció de la potestat sancionadora de l'Administració sobre l'exercici de la llibertat d'expressió i informació i el dret de manifestació i reunió es troba justificada, d'una banda, en el paper que aquests drets tenen en les societats democràtiques, doncs contribueixen a formar una opinió pública i afavoreixen el pluralisme polític; i, de l'altra, en l'especial relació que el seu

exercici té amb la crítica de l'actuació dels poders públics, entre ells, el Poder executiu (qüestió clau i que -entenem- justifica de manera especial l'examen de com sanciona l'Administració, com determina que és abusiu l'exercici dels drets de participació política i si ho fa amb suficients garanties per als ciutadans titulars d'aquests drets).

Al seu torn, la selecció que es fa del seu exercici únicament en l'espai públic no és casual sinó que es deu a la doble funció que exerceixen els espais públics com a «àmbits de circulació» i «espais de participació», la qual cosa comporta que múltiples infraccions que tipifiquen conductes realitzades en aquests espais es trobin molt properes als drets de participació política (en especial, a la llibertat d'expressió i al dret de manifestació).

L'estudi de les garanties del Dret administratiu sancionador es pot abordar des de múltiples prismes, atès l'abast de la potestat sancionadora a l'Estat espanyol i la seva manca d'homogeneïtat en els diversos àmbits sectorials. L'amplitud de la matèria fa necessari establir una sèrie de precisions sobre l'àmbit concret de la present investigació. En concret, realitzarem una anàlisi sistemàtica de les característiques i singularitats del sistema sancionador administratiu espanyol que poden posar de manifest o acreditar les mancances que considerem més rellevants i una anàlisi dels criteris utilitzats per delimitar la llibertat del legislador per optar entre el sistema administratiu sancionador i el penal. Aquestes anàlisis s'adrecen a acreditar o desmentir la necessitat de majors garanties quan s'elegeix sancionar administrativament les conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals de participació política.

L'anàlisi, que ha de ser necessàriament selectiva, ens ha portat a estudiar: (i) l'origen del Dret administratiu sancionador i les raons d'un sistema punitiu integrat en dues manifestacions; (ii) els intents de delimitar de l'àmbit propi de cada una de les manifestacions del dret punitiu (qüestió que ha estat analitzada al llarg de més de dos segles sense èxit); (iii) la distribució dels *ius puniendi* en l'ordre constitucional i en els ordenaments supranacionals, per tal de determinar si es predetermina la primacia d'una manifestació del *ius puniendi* per damunt de l'altre o s'imposen especialitzacions per garantir els drets fonamentals; (iv) les singularitats, característiques i manca de garanties de la potestat sancionadora de l'Administració, (v) la relació del dret punitiu amb els drets fonamentals, i (vi) si l'elecció del Dret administratiu sancionador altera les garanties dels ciutadans, en abstracte, i si té afectacions sobre l'exercici dels drets de participació política, en concret.

Convé destacar que la present investigació s'ha abordat partint de la hipòtesi següent: en un sistema en què les dues manifestacions del *ius puniendi* tenen un divers règim de garanties, el legislador no ha de ser absolutament lliure en la distribució del dret punitiu de les conductes properes als drets de participació política; ben al contrari, precisament, aquesta llibertat ha d'estar condicionada per les diferents garanties d'una i altra manifestació. És a dir, *és justament aquest diferent règim de garanties el que ha d'ajudar a distribuir el ius puniendi en conductes vinculades amb l'exercici dels drets fonamentals de participació política*. Per confirmar o desmentir aquesta hipòtesi cal determinar si la forma *com* sanciona el Dret administratiu sancionador dificulta, menys o limita de manera excessiva l'exercici dels drets de participació política.

Per tant, el present treball vol contribuir en la construcció del consens sobre si les garanties actuals són suficients i és en aquest àmbit que aquesta investigació pretén realitzar la seva aportació. No es pretén establir quines han de ser les garanties concretes del Dret administratiu sancionador en la sanció de conductes properes als drets de participació política. És a dir, l'objecte d'aquesta investigació no és formular solucions concretes sinó realitzar la diagnosi del nivell de garanties del sistema sancionador en aquest àmbit. Tot i això, al llarg del treball s'apunten algunes propostes.

Al seu torn, és igualment important destacar en aquest punt les qüestions que queden fora d'aquest estudi.

Per coherència amb els drets fonamentals seleccionats, no analitzem la potestat sancionadora projectada sobre les persones jurídiques. No es tracten tampoc quines manifestacions són exercici legítim dels drets fonamentals, ni els límits concrets de les llibertats d'expressió i d'informació i dels drets de manifestació i de reunió. En la literatura jurídica hi ha abundants estudis i monografies sobre aquestes qüestions, realitzats des del Dret constitucional, als que ens remetem sempre que es fa necessari.

No estudiem ni les Autoritats Administratives independents, ni els òrgans col·legiats amb autonomia funcional (art. 112.2 LPAC), pel fet que s'han projectat principalment en àmbits de regulació de l'activitat econòmica i, per tant, el seu estudi no ens serveix per fer la diagnosi de la manca o no de garanties en l'exercici de la potestat sancionadora en relació amb els drets fonamentals de participació política (tot i valorar la importància destacada de l'anàlisi de les Autoritats i òrgans administratius qualificats de quasi jurisdiccionals en altres fases de la investigació, mes enllà de la tesi, que permetin

plantejar solucions, si s'acrediten mancances en el sistema administratiu sancionador, quan es projecta en l'àmbit dels drets de participació política).

Per últim, convé destacar que centrem l'estudi de les garanties exclusivament en seu administrativa (i no jurisdiccional), doncs són molt poques les sancions que són finalment objecte de recursos contenciosos administratius, en comparació amb les que s'imposen, especialment les de baixa i mitjana quantia i totes les que la veuen rebaixada si són pagades amb renúncia a recórrer-les. Si bé moltes d'elles són imposades en conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals.

3.- METODOLOGIA

Una de les principals característiques del Dret administratiu sancionador és la seva dispersió normativa i la manca de publicació sistemàtica de les resolucions sancionadores. Tenint presents aquestes característiques vàrem decidir estudiar el Dret administratiu sancionador des de tres grups de fonts.

En primer lloc, les normes generals vigents, els seus antecedents històrics i les diverses normes sectorials que integren aquesta branca de l'ordenament, mitjançant l'anàlisi no només del seu articulat, sinó també de les argumentacions que el legislador ha introduït en les exposicions de motius; i, al seu torn, dels documents elaborats en la seva tramitació. Altrament, l'objecte d'aquest treball ens ha portat a analitzar el contingut de normes d'altres branques de l'ordenament intern (les successives constitucions i les diverses modificacions del Codi Penal) i dels ordenaments supraestats.

En segon lloc, als efectes de suplir les dificultats d'accedir al contingut de les resolucions sancionadores en via administrativa, s'ha acudit a la jurisprudència recaiguda sobre les diverses qüestions tractades en la investigació. Aquesta jurisprudència abasta diverses jurisdiccions internes, molt especialment, la contenciosa i la penal, i la doctrina del Tribunal Constitucional. Així mateix, moltes de les qüestions a les quals ens hem enfrontat han estat resoltes primàriament per la jurisprudència de tribunals d'altres Estats i per la de tribunals supraestatal, de manera que el contingut d'aquestes resolucions ha estat també una font ineludible.

Per últim, la principal font de l'estudi teòric s'ha obtingut mitjançant una àmplia consulta bibliogràfica en el marc de les ciències jurídiques, que inclou monografies i

articles en revistes especialitzades. La interconnexió de la investigació amb diverses branques del Dret fan que el nucli bibliogràfic no es circumscrigui únicament a l'àmbit administratiu, sinó que s'inclouen significatives aportacions d'altres especialitats jurídiques com el Dret penal, el Dret processal penal i el Dret constitucional. I de forma accessòria, s'inclouen també contribucions de branques centrades en ordenaments supranacionals com el Dret comunitari i el Dret internacional. El material utilitzat i citat durant en el cos del treball s'inclou al final de l'estudi, en l'apartat relatiu a la Bibliografia.

4.- ESTRUCTURA

Delimitats l'objecte i les fonts en els termes assenyalats, el treball s'ha dividit en quatre capítols, seguits d'unes conclusions.

En primer capítol, ens ocupem de les causes i les conseqüències de l'actual regulació de la potestat sancionadora a l'Estat espanyol. En relació amb les causes, analitzem els antecedents històrics de la potestat sancionadora des del S. XVIII fins al final de la Dictadura franquista, centrant-nos únicament en les qüestions que creiem necessàries per comprendre el sistema sancionador actual. Amb caràcter previ, sense ànim d'exhaustivitat i als sols efectes de mostrar les singularitats del nostre sistema, es realitza una molt breu referència a la construcció de la potestat sancionadora en d'altres països del nostre entorn cultural. Tot seguit, centrem l'atenció en el continuisme legislatiu de la potestat sancionadora un cop aprovada la Constitució de 1978 i en el paper del legislador democràtic en la configuració procedimental i material del Dret administratiu sancionador. Pel que fa a les conseqüències, estudiem les característiques de l'actual regulació del Dret administratiu sancionador; en especial, el seu abast, expansió i dispersió. I, finalment, les inseguretats jurídiques vinculades a la manca d'una codificació o d'una norma general que reguli els aspectes materials de la potestat sancionadora, a fi de complir la funció que realitza la part general del Codi Penal.

En el segon capítol, s'estudia la construcció teòrica de la unitat del *ius puniendi* i les conseqüències d'aquesta conceptualització unitària en la configuració actual del Dret administratiu sancionador. Aquesta anàlisi s'inicia amb la construcció de la doctrina del dret punitiu unitari per la jurisprudència preconstitucional del Tribunal Suprem i la seva confirmació posterior pel Tribunal Constitucional. En base a aquesta jurisprudència, ens fixem en l'abast dels matisos dels principis inspiradors de l'ordre penal al projectar-se sobre el Dret administratiu sancionador, i ens referim únicament a aquelles qüestions que

considerem més rellevants per a l'objecte del nostre estudi. Tot seguit, ens centrem en confirmació de la unitat del *ius puniendi* realitzada pel TEDH en el seu concepte de matèria penal. Un cop confirmada aquesta unitat, es posa l'accent en les seves conseqüències i, molt concretament, en la desaparició dels límits materials entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal i la consegüent lliure intercanviabilitat d'ambdues manifestacions del dret punitiu.

A continuació, estudiem la frontera entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador des de la perspectiva de diverses teories sobre la distinció. I, per tancar el capítol, es formula una proposta sobre quin és el prisma des del qual, en la nostra opinió, hauria d'abordar-se la qüestió.

En el tercer capítol, analitzem els límits normatius i dogmàtics a la llibertat del legislador per optar entre les dues manifestacions del *ius puniendi*. Els límits normatius es troben en la Constitució i en els ordenaments supranacionals i són supòsits en què el Dret penal és d'utilització preferent al Dret administratiu sancionador. Així, en primer lloc, s'estudien les obligacions constitucionals de punició penal. En segon lloc, s'analitza la vinculació positiva dels Drets fonamentals i la construcció de la garantia de protecció penal per part de la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal Alemany, el Tribunal Constitucional Espanyol i el Tribunal Europeu del Drets Humans; i la seva projecció sobre el principi de proporcionalitat com a prohibició d'infraprotecció. I, en tercer lloc, es constata l'existència d'obligacions supraestatal de punició penal, derivades del Dret penal internacional en matèria dels drets humans i del Dret de la Unió Europea.

Tot seguit, realitzem una anàlisi dels dos límits dogmàtics a la utilització del Dret penal (principis limitadors del Dret penal o *mediating principles*) més utilitzats per la doctrina científica i la jurisprudència per orientar al legislador en la distribució del *ius puniendi* entre les seves dues manifestacions: el principi d'intervenció mínima en l'aplicació del Dret penal i el principi de proporcionalitat. En concret, estudiem si *realment* poden orientar la distribució del *ius puniendi* o, contràriament, han de ser aplicats per limitar el dret punitiu en el seu conjunt. Per fer-ho, analitzem les premisses que els sostenen (especialment, la major gravetat de les penes privatives de llibertat) i examinem les dades sobre l'evolució de les penes de presó i el pes que tenen actualment les penes privatives d'altres drets. Sobre la base d'aquesta anàlisi crítica, replantegem la formulació del principi d'intervenció mínima projectat sobre la totalitat del Dret punitiu i formulem una proposta provisional de criteris per distribuir el *ius puniendi*, des de la perspectiva de les garanties dels ciutadans.

I, finalment, en el quart capítol, ens fixem específicament en la relació del Dret administratiu sancionador amb els drets fonamentals. Per fer-ho, analitzem les diverses teories sobre el contingut del drets fonamentals i, molt especialment, com aquestes condicionen la percepció sobre la relació del dret punitiu, i el contingut i els límits dels drets fonamentals. Des d'aquesta perspectiva, posem especial èmfasi en la diferent percepció doctrinal de la relació del Dret penal i del Dret administratiu sancionador amb els drets fonamentals. Tot seguit, estudiem la regulació i les mancances de la potestat sancionadora projectada sobre dues qüestions concretes: l'exercici legítim i l'excés en l'exercici dels drets fonamentals de participació política.

En relació amb l'exercici legítim dels drets fonamentals, estudiem la causa de justificació d'exercici legítim: primer, ens fixem en la seva construcció en el Dret penal i, després, analitzem les possibilitats i les dificultats de la seva translació al Dret administratiu sancionador. En relació amb l'excés en l'exercici dels drets fonamentals, d'una banda, estudiem la doctrina de l'efecte desànim (i la seva projecció sobre el legislador i els aplicadors de la llei -Tribunals i Administració pública-) i, de l'altra, analitzem la idoneïtat de l'Administració pública per sancionar els excessos en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació, i el dret de manifestació i reunió, atesa la configuració actual de la potestat sancionadora.

Acabada l'exposició de la investigació, es formulen les Conclusions a les quals s'ha arribat després de confrontar la hipòtesi amb el resultat d'aquest treball.

CAPITOL 1: L'EVOLUCIÓ DE LA POTESTAT SANCIONADORA I LA REGULACIÓ VIGENT

1.- EL MODEL PUNITIU TEÒRICAMENT IDEAL (EL MONOPOLI JUDICIAL) I LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ

Són molts els mitjans de reacció de l'ordenament jurídic en cas de contravençió de les seves normes i, normalment, es limiten a la possibilitat d'imposar per la força la conducta prevista pel deure que ha estat desatès, a restaurar la legalitat infringida o al restabliment de la situació il·lícitament alterada; existint moltes possibilitats tals com l'establiment de l'obligació d'indemnitzar els danys causats, la declaració d'invalidesa dels actes il·legals, entre d'altres¹.

Ara bé, quan les conductes causen una lesió a interessos col·lectius o revesteixen d'especial gravetat, la reacció de l'ordenament jurídic té caràcter repressiu i consisteix en la imposició d'un mal o càstig a l'infractor, amb el què es persegueix tant una finalitat de punició -de càstig- com una finalitat de prevenció -de desànim futur de conductes similars². Aquest càstig, per tant, no es limita a imposar el compliment del deure desatès ni tampoc al restabliment de la situació anterior sinó que altera perjudicialment -contingut aflictiu- la situació jurídica de qui el rep, buscant-se de manera directe i deliberada el perjudici causat (tot i que no exclusivament).

Són justament la imposició d'un perjudici *ex novo* -és a dir, que deriva de la sanció i no del compliment de l'ordenament jurídic- i el caràcter punitiu, els elements que diferencien el càstig de les altres mesures perjudicials amb què l'ordenament reacciona davant de conductes il·lícites i, alhora, són els que provoquen la necessitat d'una especial justificació i l'establiment d'uns determinats requisits per poder-se imposar³.

La forma i els requisits per imposar aquests càstigs són diversos en funció de l'Estat i del moment històric. En el sistema que s'ha consolidat als diversos Estats europeus arran

¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, (4ª edició) Madrid, Tecnos, 2008, p. 666.

² SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II* (2ª edició), Madrid, Iustel, 2009, p. 378.

³ REBOLLO PUIG, M., *Derecho penal y derecho administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)*. A LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, p. 317.

de la Revolució francesa fonamentat en la separació de poders com la clau de volta del sistema constitucional⁴, i amb l'establiment d'un nou Dret penal legalitzat i judicialitzat (que va suposar una gran revolució del sistema repressiu «*nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla pena sine legale indicium*»)⁵⁻⁶, aquests càstigs revesteixen un règim particular i especialment garantista, com a compensació pel seu caràcter aflictiu.

En base a aquesta separació de poders i en consonància al nou Dret penal legalitzat i judicialitzat, és pacífic afirmar que el model punitiu *ideal* és aquell en què els càstigs són imposats exclusivament pels jutges i pels tribunals de justícia, caracteritzats per la seva imparcialitat i independència. A més, en aquest model *ideal*, només mitjançant la llei -manifestació de la voluntat popular a través dels representats escollits- es poden preveure tant les conductes mereixedores de càstig com els càstigs a imposar per la realització d'aquestes conductes. I correspon al poder judicial individualitzar, en cada cas, el càstig abstractament previst per la llei. En el disseny d'aquest sistema, el poder repressiu és considerat matèria penal i, en conseqüència, el seu enjudiciament correspon als jutges i tribunals penals per la seva independència respecte de l'executiu. En conseqüència, el Poder executiu no pot preveure càstigs en les seves normes -els reglaments- ni pot imposar-los, tot i que l'Administració conserva nombrosos poders per reaccionar davant de l'incompliment dels deures públics i per imposar la legalitat, però no poders punitius⁷⁻⁸.

⁴ En aquest sentit, és especialment il·lustratiu l'art. 16 de la Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà de 1789 que estableix que «Tota societat en què la garantia de drets no estigui assegurada, ni la separació dels poders determinada, no té Constitució» (text votat per l'Assemblea Constituent francesa el 26 d'agost de 1789).

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo II*, Capítol XVIII. «Las sanciones administrativas», apartat 1 «Concepto, significado y extensión», versió electrònica (16^a edició), Pamplona, Civitas, 2013.

⁶ Així es desprèn de l'article 8 de la Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà de 1789 «La llei només pot establir penes estrictament i evidentment necessàries; i ningú no pot ser castigat sinó en virtut d'una llei establerta i promulgada anteriorment al delictes, i legalment aplicada».

⁷ REBOLLO PUIG, M., *Derecho penal y derecho administrativo sancionador ... op. cit.*, p. 317.

⁸ En aquest mateix sentit s'expressa ALARCÓN SOTOMAYOR per a qui «*a priori*, parece que, de acuerdo con el principio constitucional de división de poderes, lo más lógico en un Estado de Derecho como el nuestro es que quien castigue sea el poder judicial (art. 117.3 CE) en un proceso en el que se aseguren las máximas garantías tanto al acusado como a la víctima (art. 24 y 25 CE), y en el que se garanticen la imparcialidad e independencia (art. 117.1 CE) de los jueces que pueden imponer las penas. El modelo ideal de represión y la regla general habría de ser, por tanto, que se castigase a través del Derecho penal -que es un sistema pensado originaria y exclusivamente para eso-». ALARCÓN SOTOMAYOR, L. «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, p. 137.

D'igual manera PRIETO SANCHIS assenyala que «el mundo de las sanciones administrativas significa la mayor intromisión imaginable de la Administración en la esfera de la justicia y, con ello, la más evidente quiebra del principio de separación de poderes». PRIETO SANCHIS, L., «La

Aquest model de monopoli judicial del poder repressiu ha estat defensat per alguns autors administrativistes⁹, si bé un examen dels ordenaments jurídics de les democràcies europees posa de manifest que pràcticament, en tots els Estats les administracions públiques ostenten, juntament amb els jutges penals, poders repressius o de sanció i se'ls ha reconegut amb relativa amplitud la potestat sancionadora¹⁰. En aquest sentit es va pronunciar ben aviat el TC en la STC 77/1983, de 3 d'octubre, Sala Segona, Rec. 368/1982, en la que s'afirma que «no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración» afegint però que «un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle» (FJ 2).

Malgrat això, cal tenir present que hi ha unanimitat a l'afirmar que la potestat sancionadora a l'Estat espanyol ha tingut històricament, i manté en l'actualitat, un abast que supera àmpliament la de la resta dels estats de la nostra cultura i entorn polític, tant pel que fa al nombre de conductes tipificades com per la gravetat de les sancions previstes¹¹.

jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, p. 99.

⁹ Entre els administrativistes destaca PARADA VÁZQUEZ, que en el conegut article «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», defensa la inconstitucionalitat de les sancions administratives -per la seva incompatibilitat amb la Constitució republicana de 1931 i les Lleis Fonamentals que atribueixen als jutges i als tribunals la potestat judicial- i proposa l'adopció d'un sistema com l'italià o l'alemany, en els que els jutges penals tenen atribuït el control de les sancions administratives quan són impugnades. PARADA VÁZQUEZ, J. R. «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», *Revista de Administración Pública*, núm. 67, 1972, pp. 88-90. Recentment aquesta postura és defensada per DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, Atelier, 2016.

¹⁰ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 379; REBOLLO PUIG, M i VERA JURADO, D., (directors), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la administración* (2^a edició) Madrid, Tecnos, 2017, p. 201.

¹¹ En paraules de SANTAMARIA PASTOR «España es, probablemente, uno de los países en los que la potestad sancionadora de la Administración posee un mayor grado de extensión (por el número de conductas o infracciones cuya represión tiene confiada, infinitamente superior a los delitos y faltas que integran el Código Penal) y de intensidad (por la gravedad de las sanciones que puede imponer, aunque sólo sean de orden patrimonial)» SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 373.

Segons REBOLLO PUIG i IZQUIERDO CARRASCO «Pese a no contar con datos suficientes para afirmarlo definitivamente, es probable que no haya ningún otro estado en la Unión Europea que conozca una potestad sancionadora de la Administración más extensa que la que existe en España». REBOLLO PUIG, M. i VERA JURADO, D. (directors), *Derecho Administrativo II...* op. cit.,

Les causes d'aquesta «hipertrofia»¹² del Dret administratiu sancionador a l'Estat espanyol són diverses -i en els darrers anys han estat àmpliament estudiades-¹³ i es troben estretament vinculades amb el camí seguit per la potestat sancionadora en el nostre Estat; el qual, a diferència d'altres països, ha conservat sempre una potestat sancionadora en mans de l'Administració (qüestió de la qual ens ocuparem en l'apartat següent).

Certament, la realitat de cada país en relació amb la potestat sancionadora de l'Administració és diferent, no obstant és possible distingir diversos models. De fet, tal com destaca RANDO CASERMEIRO, la diversitat de formes de concebre la potestat sancionadora de l'Administració té un clar reflex en la variada nomenclatura d'aquest aparell sancionador; així a l'Estat espanyol i en alguns països llatinoamericans es parla de «dret administratiu sancionador», a Alemanya i Portugal de «contravencions a l'ordre» i a països com Àustria, Itàlia, Grècia, Dinamarca, Suècia, Regne Unit, Irlanda i, en

p. 202. En altres paraules, el mateix REBOLLO PUIG determina que «en España donde la potestad sancionadora de las Administraciones ha tenido tradicionalmente una extensión no alcanzada, ni siquiera tras los procesos de despenalización, en los estados de nuestra cultura y entorno jurídico, y donde va en continuo aumento hasta verse con total normalidad, constituyendo ello una de las mayores singularidades de nuestro derecho y de nuestras Administraciones públicas». REBOLLO PUIG, M., *Derecho penal y derecho administrativo sancionador ... op. cit.*, p. 328.

En el mateix sentit, DÍAZ FRAILE «no puede afirmarse que el Derecho español sea un caso único en cuanto a la anomalía que supone la asunción de poderes punitivos por la Administración Pública en contra del principio de la división de poderes, pero sí puede decirse que el caso español es el más llamativo por el exagerado desarrollo de la potestad sancionadora de la Administración española». DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., p. 66.

Al seu torn, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ afirma en relació amb l'espectacular desenvolupament de la potestat sancionadora de l'Administració que «lo que está claro es que en este punto Nuestro Derecho ha llegado más lejos que ningún otro y, también, que ha llegado en peores condiciones» TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ en el pròleg a SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas*, Saragossa, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, pp. 7 i 8.

¹² Expressió utilitzada per RANDO CASERMEIRO per contrastar el que els penalistes anomenen *l'expansió del dret penal* i que arreu d'Europa ocupa un paper central del debat polític-criminal. Segons aquest autor «en España no puede hablarse de una hipertrofia del derecho penal, idea que ha estado presente en el debate de derecho comparado, sino de todo lo contrario, de una hipertrofia del derecho administrativo sancionador» (les cursives són originals) RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, València, Tirant lo Blanch, 2010, p. 21.

¹³ Destaquen els estudis de PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit.»; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas» *Revista de Administración Pública*, núm. 79, 1975, pp. 9-66; CERESO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, Mes 2, 1975, p. 159-175; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 10, 1976, pp. 399-430; LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: "despenalización" y garantía» *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, p. 393-414. Per tots, NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª edició) Madrid, Tecnos, 1994 (reimpressió 2000).

general, en els països que s'inscriuen en la tradició del *common law* es parla de «dret penal administratiu»¹⁴.

El punt de partida per comprendre les diferències en els sistemes sancionadors es troba en el fet que, al llarg del S. XIX, els països europeus van seguir vies molt diverses a l'hora de regular la potestat sancionadora de les seves Administracions Públiques. Tal com ha establert NIETO, aquesta diversitat es deu justament a la diferent recepció i interpretació del *principi de separació de poders* duta a terme a cada país¹⁵. Des d'aquesta perspectiva es diferencia el model del *common law* del de l'Europa continental.

D'una banda, en el Dret anglosaxó i en tot el sistema del *common law* es parteix del monopoli dels jutges i tribunals per imposar qualsevol pena o càstig¹⁶. Així, per exemple, al Regne Unit durant anys no ha existit una veritable potestat sancionadora de l'Administració¹⁷. No obstant, l'evolució normativa del dret britànic ha portat a aquest país a una aproximació -amb singularitats, amb molt anys de retard- a aquells estats que en el si del dret continental van realitzar el procés de despenalització i d'expansió del Dret penal administratiu. Aquest procés, en el cas britànic, s'ha realitzat mitjançant normes (en especial, la RESAct 2008)¹⁸ precedides d'informes importants i d'un llarg procés de

¹⁴ RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 69.

¹⁵ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 49.

¹⁶ La doctrina científica coincideix en què aquest monopoli judicial -i la consegüent incapacitat repressiva del monarca i de l'executiu- té l'origen en l'art. 39 de la Carta Magna de 1215 (Magna Charta Libertatum), per la qual els barons van imposar al rei Joan I d'Anglaterra que cap home lliure pogués ser detingut, pres, exiliat, ni d'alguna manera arruïnat sinó pel judici dels seus iguals o per les lleis del país. En la redacció original «*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*». Text extret de HOLT, J. C., *Magna Carta* (3^a edició), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 388.

L'altre fet històric al que s'atribueix una importància cabdal en la configuració del Dret anglosaxó és la doctrina establerta pel *Chief Justice Coke* en el cas de 1607 de les «Prohibicions del Rei», en la qual s'estableix que són els Tribunals i no el Rei els que jutgen (arran de la pretensió del rei Jaume I d'Anglaterra d'avocar a favor seu la resolució d'un plet adduint que si la justícia s'administra en nom del Rei, el Rei mateix pot administrar-la directament). D'aquest pronunciament es deriva el principi de que, tot i que la justícia s'administra en nom del Rei, aquest no pot exercir-la per ell mateix, per haver exercit una delegació permanent i irrevocable a favor dels Tribunals. PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I. Parte General* (19^a edició), Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 422.

¹⁷ RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 70.

¹⁸ La *Regulatory enforcement and sanctions act 2008* (RESAct 2008) estableix el nou règim jurídic de les sancions administratives aplicable i d'obligat compliment per a totes les Agències i les administracions del Regne Unit, estableix un ventall de noves sancions administratives (*civil sanctions*) i els elements bàsics del procediment administratiu que cal seguir per imposar-les. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., «La potestad sancionadora en el Derecho comparado: Reino Unido», *Documentación Administrativa*, núm. 282-283, 2009 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II»), pp. 125-126.

reflexió del poder legislatiu¹⁹, que permeten establir un marc jurídic general que tendeixi a dotar de seguretat jurídica, garanties per als ciutadans i uniformitat en l'exercici de la potestat sancionadora per part de l'Administració Pública (que en cas de la Gran Bretanya es controlada pels Tribunals ordinaris i amb una forta arrel penal)²⁰.

D'altra banda, a l'Europa continental, el principi de separació de poders mai va arribar a obtenir una vigència completa, ja que es va interpretar més radicalment com a principi de separació i prohibició d'interferència mútua en l'exercici dels diversos poders de l'Estat. Malgrat això, segons SUAY RINCÓN en la majoria de països europeus (amb algunes excepcions com Àustria i Suïssa) en el moment en què es va produir la transició de l'Antic Règim a l'Estat constitucional, els jutges –en especial, els jutges penals- van passar a exercir el poder punitiu durant un temps, sinó en regim de monopoli, gairebé en exclusiva²¹.

Per comprendre aquesta transició cal tenir present que durant l'Antic Règim la concentració de la sobirania requeia sobre el Monarca absolut, del qual emanaven l'Administració i els tribunals; per tant, la legitimació de l'Administració provenia directament del sobirà i, en conseqüència, es configurava com un poder autoritari, autosuficient, no necessitat d'assistència judicial i, fins i tot, exempt de la jurisdicció dels tribunals²². En consonància, el poder del sobirà d'emetre ordres per regular el funcionament de l'Administració pública es vinculava amb la potestat d'irrogar directament sancions per la inobservança d'aquestes ordres. Al seu torn, no existia una separació entre l'injust policial i el penal (ni entre justícia i policia) sinó que el *Dret Penal de Policia* era una part dins del conjunt del dret penal, aplicat per les autoritats públiques i al que s'atribuïen les accions menys perjudicials per a l'Estat, les vinculades a l'ordre públic (seguretat i benestar general)²³.

¹⁹ Per a una anàlisi del procés legislatiu i dels informes que donen lloc a la RESAct 2008 (informe Hampton o informe Macrory), vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Derecho Administrativo sancionador en el sistema jurídico británico», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2008, pp. 2-5; i SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., «La potestad sancionadora en el Derecho comparado... op. cit., pp. 104-108.

²⁰ RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 70.

²¹ SUAY RINCÓN, J., «La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar», *Documentación Administrativa*, núm. 281–282, 2008, pp. 44-45.

²² DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., p. 60; MUÑOZ MACHADO, S., *La Reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, SA, 1989, p. 11.

²³ LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., p. 393-394.

Enfront d'aquesta situació, el nou ordre institucional instaurat per la Revolució francesa va suposar que durant el S. XIX es produís, en la majoria d'Estats europeus, una progressiva abolició del poder sancionador *general* de l'Administració pública mitjançant la jurisdiccionalització dels il·límits administratius de policia, que van traspasar-se a la competència del jutge penal²⁴.

En aquell moment, a l'Europa continental es van perfilar dos models punitius diferents: el dels països en què el procés de jurisdiccionalització es va arribar a completar (Alemanya, França i Itàlia) i el dels països on l'Administració va conservar la potestat repressiva (Àustria i Suïssa)²⁵. Tot i aquesta dualitat, LOZANO CUTANDA determina que «se puede formular, sin embargo, una afirmación de fondo: las sanciones encomendadas a la Administración revestían un papel bastante modesto, de carácter puramente residual en los países del primer tipo y sólo relativamente mayor en los que habían conservado la competencia punitiva de la Administración»²⁶.

La potestat que l'Administració va conservar en la majoria d'Estats -fins i tot en els que es va proscriure l'ús per part de l'Administració de poders sancionadors generals- era la vinculada a l'autoorganització, l'anomenada potestat disciplinària. Així GARCÍA DE ENTERRÍA assenyala que «La división de poderes no se entiende afectada, sin embargo, por una potestad sancionadora administrativa de autoprotección, configurada sobre el modelo de la potestad disciplinaria, supuesto que su fin primordial no es la retribución o corrección del infractor, sino la defensa del orden administrativo doméstico»²⁷. En la mateixa línia REBOLLO PUIG estableix que en molts Estats l'Administració va conservar el poder d'imposar certs càstigs, la qual cosa «se admitió sin grandes dificultades si se daban dos condiciones: que se constriñera a personas que se insertaban en la propia organización administrativa (funcionarios, presos, usuarios de ciertos servicios públicos...); y que el castigo no afectara a sus derechos como ciudadano sino a su estatuto administrativo especial (p.ej. a sus derechos funcionariales)»²⁸.

Ara bé, al llarg del S. XX, en països en què s'havia arribat al monopoli repressiu dels jutges penals, es va iniciar l'anomenat fenomen de la despenalització, que consisteix, com sabem, en la configuració de determinats il·límits penals com a il·límits civils o

²⁴ *Ibíd.*, p. 394.

²⁵ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 49; LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., p. 397.

²⁶ LOZANO CUTANDA, B., LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., p. 397.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones... op. cit., pp. 404-405.

²⁸ REBOLLO PUIG, M., *Derecho penal y derecho administrativo sancionador ... op. cit.*, p. 318.

administratiu, de manera que la seva repressió es realitza primerament en la via administrativa, sens perjudici de la posterior intervenció del jutge civil o penal²⁹.

Els autors que han analitzat els processos de despenalització destaquen que la seva causa es troba en la publicació que pateix el Dret en el S. XX, en ampliar-se l'àmbit de les matèries establertes pel legislador a la disciplina pública com a conseqüència de la major presència de l'Estat en la vida i les relacions dels ciutadans. Aquest procés -que s'inicia durant la Primera Guerra Mundial amb la legislació bèl·lica i s'accelera considerablement després de la Segona Guerra Mundial- té l'arrel en la progressiva transformació de l'Estat liberal en un Estat social, que comporta l'expansió de la intervenció pública en sectors abans reservats a l'autonomia del particular com l'economia o altres camps relatius al benestar social³⁰.

De manera que els ordenaments en els quals s'havia assumit un monopoli judicial del *ius puniendi*, com a Alemanya i a Itàlia, aquests processos despenalitzadors responen sobretot a necessitats de tipus pràctic. Especialment, a la de resoldre el problema de la sobrecàrrega dels tribunals penals en un context sociopolític marcat pel constant desenvolupament de noves infraccions com a conseqüència de l'aparició de nous interessos socials que s'estimen dignes de protecció³¹. En definitiva, donar resposta a la «hipertrofia del dret penal» i la consegüent sobrecàrrega de l'aparell judicial que, saturat de processos penals, molts d'ells d'escassa rellevància social, es troba incapacitat per seguir amb eficiència i celeritat els delictes més greus. Sorgeix així la necessitat d'una despenalització de les conductes delictives de menor rellevància, la repressió de les quals s'encomana a l'Administració³².

A Alemanya aquest procés s'inicia amb la Llei Penal Econòmica de 1949 que despenalitza aquest àmbit i distingeix les infraccions administratives i penals, tot i que moltes de les infraccions tipificades en aquesta Llei són mixtes; és a dir, es castiguen com a infraccions penals o administratives en funció de criteris materials. Cal tenir present, però, que les sancions imposades per les infraccions administratives són recurribles davant la jurisdicció penal³³. Posteriorment, d'una llei especial es passa a un procés de

²⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I...* op. cit., p. 426.

³⁰ LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., p. 398; MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo, historia y Derecho comparado*, traducción y notas por J. M^a Rodríguez Devesa, Madrid, EDERSA, 1979, *passim*.

³¹ RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., pp. 72-73.

³² LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., pp. 398-399.

³³ HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 62-63.

despenalització general a través de la Llei general d'infraccions administratives de 1952 que és el precedent de la vigent Llei de 1968. Aquesta darrera norma ja estableix una part general del Dret penal administratiu en comptes de remissions parcials a la part general del Codi penal com feia la llei de 1952, i és per això que ha estat descrita com un autèntic «Codi de l'il·lícit administratiu»³⁴. No obstant, convé remarcar que a Alemanya les sancions administratives són més a prop del Dret penal que del Dret administratiu³⁵.

El procés de despenalització italià segueix el model alemany. Aquest procés s'inicia parcialment en determinats sectors³⁶ i culmina en l'aprovació de la Llei 689/1981 de «Modificacions al sistema penal»³⁷ que, tal com descriu HUERGO LORA, tot i presentar-se com una llei de modificació del sistema penal, conté una autèntica part general de les infraccions i sancions administratives elaborada sobre el model penal, però amb notables singularitats³⁸.

³⁴ LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., p. 401.

³⁵ Aquesta afirmació es desprèn de les següents constatacions: a) el procediment aplicable en via administrativa i jurisdiccional penal és la norma processal penal amb les singularitats que s'hi preveu; b) la competència per establir el règim jurídic del Dret penal administratiu és federal, tot i que els estats en l'àmbit de les seves competències materials estableixen les concretes infraccions; c) només es preveu la sanció de multa econòmica (les d'altra naturalesa que l'ordenament espanyol preveu, o bé no es poden imposar per l'Administració o bé són actes administratius als que no s'apliquen els principis del dret penal); d) regeix el principi d'oportunitat i l'inici del procediment i la seva suspensió en via administrativa i penal és discrecional, i e) el recurs davant de la jurisdicció penal suspèn l'eficàcia i obre un procés *ex novo* amb intervenció de les parts i del ministeri fiscal en el qual el sancionat té més garanties però també pot rebre una sanció més greu. HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., pp. 66-75.

³⁶ Seguint a LOZANO CUTANDA, el procés s'inicia per la Llei de 3 de maig de 1967 de «Modificacions al sistema sancionador de les normes en matèria de circulació per carretera i dels reglaments provincials i comunals» i continua amb la Llei de 9 d'octubre de 1967 sobre «Sancions per als infractors de las normes de policia forestal» i la Llei de desembre de 1975, que despenalitza les contravencions castigades només amb la pena pecuniària. LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., p. 403.

³⁷ Per una anàlisi amb detall d'aquesta Llei vid. SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., pp. 118-136.

³⁸ Des de la perspectiva procedimental-processal, en el règim general de la Llei 689/1981, és l'Administració la que imposa la sanció, però prèviament ofereix al particular la possibilitat de pagar una quantitat menor de la que significarà la sanció, l'acceptació de la qual comporta renunciar a qualsevol reclamació posterior. La resolució administrativa sancionadora es pot recórrer (sense efecte suspensiu automàtic) davant el jutge ordinari en un procediment que segueix el model d'un judici civil (si bé les lleis sectorials poden, i en alguna ocasió ho fan, reservar el coneixement als tribunals contenciosos administratius). És un procés dirigit a la impugnació de l'acte administratiu sancionador, en el qual el sancionat ocupa la posició de demandant i l'Administració és la demandada i en què el Tribunal pot anul·lar la sanció, entre d'altres motius, si no hi ha proves suficients de la responsabilitat del demandat, la qual cosa permet afirmar que el Tribunal no és un òrgan estrictament revisor. HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., p. 108; LOZANO CUTANDA, B., «Panorámica general de la potestad sancionadora... op. cit., p. 405.

Per tant, el procés despenalitzador a Alemanya i Itàlia s'ha realitzat mitjançant lleis generals, de manera que en els ordenaments d'aquests països -i en d'altres que ostenten potestat sancionadora originària, com Àustria³⁹- s'ha procedit a una codificació del Dret administratiu sancionador, que té com a objecte la part general o principis rectors de l'il·lícit administratiu i el vessant processal, deixant la tipificació de les infraccions a l'ampli camp de la legislació especial. Seguint a LOZANO CUTANDA, aquesta tasca de codificació ha contribuït a la creació d'un sistema sancionador unificat, on es limita tant l'instrument sancionador -restringit pràcticament a les sancions pecuniàries, al decomís i a algunes penes accessòries restrictives de drets- com la utilització d'aquest sistema per part de l'Administració, fixant els principis i normes processals que han de regir la seva imposició⁴⁰.

Al seu torn, l'ampliació de les potestats sancionadores de l'Administració a França presenta singularitats, doncs -a més dels àmbits en què tradicionalment s'ha dotat de potestat sancionadora administrativa (infraccions disciplinàries o d'autoprotecció) o contenciosa (infraccions per protegir el domini)- en les darreres dècades s'han establert importants habilitacions per a l'exercici de la potestat sancionadora administrativa mitjançant lleis especials, majoritàriament en favor de les autoritats administratives independents⁴¹, i el règim de garanties del Dret administratiu sancionador s'ha construït jurisprudencialment⁴².

³⁹ Àustria posseeix, des de l'any 1925, una llei penal administrativa (VStG o *Verwaltungsstrafgesetz* de 21 de juny), que conté la part general del dret penal administratiu material i el dret processal penal administratiu, mentre que els tipus s'estableixen en les lleis administratives. La VStG és la primera regulació europea unitària del dret penal administratiu, antecedent de les que Alemanya i Itàlia van realitzar en aquesta matèria. Des de la perspectiva processal, la norma posa de manifest la configuració originàriament administrativa d'aquest àmbit punitiu, la qual cosa es veu especialment en el sistema de recursos: contra la decisió administrativa de condemna només s'admet el recurs jeràrquic i la resolució de l'òrgan superior només es pot recórrer davant del Consell d'Estat i, excepcionalment, mitjançant recurs davant la Cort Constitucional. MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., pp. 310-314; LOZANO CUTANDA, B., «Panoràmica general de la potestad sancionadora... op. cit., pp. 396-397.

⁴⁰ LOZANO CUTANDA, B., «Panoràmica general de la potestad sancionadora... op. cit., pp. 413-414.

⁴¹ Sobre les administracions independents franceses i l'atribució que els fan les normes reguladores de potestat sancionadora vid. LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO A., «La potestad sancionadora en Derecho comparado. Francia (II) Especial referencia a las autoridades administrativas independientes y a los sectores sanitarios, de seguros y de las telecomunicaciones», *Documentación Administrativa*, núm. 282-283, 2009 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II»), pp. 31-36.

⁴² Sobre la tasca del Consell Constitucional i del Consell d'Estat francès per establir el règim jurídic de les sancions administratives en l'ordenament jurídic francès, vid. FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I)» *Documentación Administrativa*, núm. 282-283, 2009 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II»), p. 17; RODRÍGUEZ PONTÓN, F., *La articulación de las garantías*

En suma, tot i partir de situacions diferents, els diversos models punitius europeus s'han anat aproximant i progressivament han dotat l'Administració d'una potestat sancionadora, si bé convé destacar -com ho ha fet PARADA VÁZQUEZ- que, a diferència del que ha passat a l'Estat espanyol, les despenalitzacions en tots aquests països són fruit d'operacions racionalment concebudes i «no fruto de un histórico aluvi3n»⁴³.

Les anteriors consideracions -que serveixen per posar de manifest la singularitat del sistema administratiu sancionador espanyol- expliquen el contingut d'aquest Capítol en el qual examinarem: (i) els antecedents històrics necessaris per comprendre la potestat sancionadora a l'Estat espanyol i (ii) la configuració i característiques del sistema sancionador administratiu un cop aprovada la Constitució de 1978. El perquè d'aquesta separació resulta del fet que entenem que a partir de 1978 hi ha l'oportunitat de construir un nou sistema sancionador administratiu, atès que el pas de la Dictadura al nou sistema democràtic permet deixar enrere multitud de les mancances democràtiques i tècniques de l'ordenament jurídic públic espanyol. Entre aquestes, les relatives a un àmbit no menor, com és el de l'exercici del dret punitiu per part de les administracions públiques i, en definitiva, dels governs. Si bé és cert que el resultat de l'actual configuració de la potestat sancionadora és, per descomptat, responsabilitat dels qui, un cop restaurada la democràcia, han ostentat el poder executiu, legislatiu i judicial, creiem que també hi han contribuït alguns antecedents històrics del període comprès entre l'exercici de les funcions de policia del S. XVII i el final de la Dictadura franquista.

2.- ANTECEDENTS HISTÒRICS DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR ESPANYOL NECESSARIS PER COMPRENDRE EL SISTEMA ACTUAL

Actualment el sistema sancionador administratiu espanyol, com intentarem acreditar, és més una suma de drets sancionadors administratius especials que pròpiament *un* Dret administratiu sancionador. És un sistema encara per construir, mancat de coherència, sistemàtica i seguretat jurídica, en el qual les habilitacions en favor de l'Administració són molt més àmplies que les garanties dels ciutadans sotmesos a l'exercici del dret punitiu administratiu. Això no és el resultat de l'atzar, sinó que poden trobar-se les seves llavors, arrels i causes en el procés de creació al llarg dels diferents

administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH, Pamplona, Civitas, 2005, pp. 139-153; LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO A., «La potestad sancionadora en derecho comparado... op. cit., p. 27.

⁴³ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I..* op. cit., p. 426.

períodes històrics com un àmbit normatiu d'al·luvió, sense l'existència de processos legislatius reflexius amb voluntat d'estructurar el sistema.

De fet, tal com destaquen diversos autors, la legislació de l'Estat espanyol, des de la Revolució francesa fins a la Guerra Civil de 1936, va mantenir una actitud mixta i ambigua en relació amb la potestat sancionadora de l'Administració, estretament lligada a la tendència ideològica -conservadora o liberal- dominant en cada moment⁴⁴. Això no obstant, en paraules de PARADA VÁZQUEZ, «[el] autoritarismo administrativo que esta potestad comporta en manos de la administración española es una constante para todos los sistemas políticos que desde el comienzo del constitucionalismo se han sucedido. Todos, incluso los más confesadamente liberales, han colaborado a introducir en la legislación administrativa esta potestad punitiva, saltando por encima de sus propias normas constitucionales»⁴⁵.

En el present treball no es pretén fer una anàlisi exhaustiva de la normativa històrica de la potestat sancionadora de l'Estat; ben al contrari, només volem posar l'èmfasi en els aspectes rellevants de les diverses etapes que expliquen o ajuden a entendre alguns dels trets més característics de l'actual sistema administratiu sancionador. Per tant, no farem una aproximació ritual a aquest llarguíssim període històric que comprèn del S. XVII fins al final de la Dictadura franquista, sinó que el nostre objectiu és destacar únicament els aspectes que considerem més rellevants per a la nostra investigació. En concret, ens fixarem exclusivament en:

- L'organització del poder polític territorial i especialment el poder atribuït als alcaldes i el seu doble caràcter jurisdiccional i administratiu fins a ben entrat el S. XX, que explica l'enorme expansió de les ordenances municipals i de les seves prescripcions en l'ordre sancionador.

- La confusió entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador i les dificultats de separar orgànicament les sancions penals i les sancions administratives.

- La forma com es va produir la construcció i l'enfortiment de l'administració central abans de la guerra civil (especialment en períodes marcadament autoritaris -per exemple, la Dictadura del General Primo de Rivera), que comportarà una atribució generalitzada i

⁴⁴ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 381; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo...* 2008, op. cit., p. 667; RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* 2008, op. cit., p. 74.

⁴⁵ PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., pp. 67-68.

sense la previsió de garanties de potestats sancionadores a les administracions públiques. I, al seu torn, la clàusula d'ordre públic, configurada per les successives lleis d'ordre públic -vuitcentista, republicana i franquista- també comportarà una expansió enorme de la potestat sancionadora administrativa.

Per realitzar l'anàlisi d'aquestes qüestions existeixen diverses maneres de sistematitzar el període històric que hem pres de referència⁴⁶. La classificació que nosaltres seguim el divideix en quatre etapes⁴⁷:

1. L'origen de la potestat sancionadora: les sancions de policia del S. XVIII
2. El gradual reconeixement i acceptació de les potestats administratives sancionadores (1812-1923)
3. La marcada tendència a la consolidació del Dret administratiu sancionador (1923-1939)
4. La consolidació i expansió dels poders repressius sancionadors de l'Administració: la Dictadura del General Franco (1939-1975)

D'aquestes etapes, la Dictadura franquista resulta capital no només per entendre un període especialment fecund de la història político-administrativa de l'Estat espanyol en l'àrea del Dret administratiu sancionador, sinó també per comprendre l'estat de la potestat sancionadora administrativa a les portes de la transició política i donar resposta als problemes actuals del dret punitiu, per la continuïtat de gran part de l'ordenament jurídic després d'aprovar la Constitució de 1978⁴⁸.

2.1.- L'origen de la potestat sancionadora: les sancions de policia del S. XVIII

Existeix unanimitat en què la potestat sancionadora de l'Administració en el marc de l'Estat de Dret té el seu origen en els poders de policia: com que l'Administració pot

⁴⁶ Vid. les propostes de: NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit.; PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., pp. 41-93; CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, EDERSA, 1992; DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

⁴⁷ Classificació utilitzada per DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 30.

⁴⁸ Destaquen el paper d'aquests període en l'actual configuració de l'actual Dret administratiu sancionador, entre d'altres, RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 74-75; DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 109.

imposar límits vinculants a l'activitat dels particulars i imposar ordres per a la tutela de la legalitat i de l'interès general, també se li atribueix la facultat derivada de sancionar l'incompliment dels reglaments i les ordres de policia com a mitjà per reforçar l'eficàcia de la seva actuació i, en conseqüència, la seva pròpia autoritat⁴⁹.

Segons NIETO, des de sempre, totes les ordres i prohibicions establertes en les normes van acompanyades per l'amenaça d'una sanció que, amb freqüència, és expressa. Ara bé, fins al S. XVIII no resulta correcte parlar de sancions administratives pel fet que, al no existir la separació de poders, els mateixos òrgans -Jutges i Tribunals-, de naturalesa judicial, apliquen totes les sancions, independentment que en ocasions estiguin actuant amb procediments i sobre matèries administratives. Aquesta situació és constatable en la Novíssima Recopilació, les lleis de la qual adverteixen que les sancions en elles previstes seran imposades per les «Justícies»⁵⁰.

Aquesta situació canvia a mitjans del S. XVIII quan, excepcionalment, dins de l'àmbit de la policia, comença a encomanar-se a determinats òrgans inequívocament no judicials la repressió directa de les desobediències i infraccions sense necessitat d'acudir a les Justícies⁵¹. L'origen d'aquesta autonomia de les autoritats de policia -que els permetia exigir multes sense acudir als Jutges o Tribunals- es troba en la creació dels Alcaldes de barri que es van establir en les ciutats importants; tal com es constata en l'art. 12 de la instrucció de 21 d'octubre de 1768 (Novíssima Recopilació, Llei X, Títol XXI, Llibre III) que estableix que els Alcaldes «han de velar en que los vecinos cumplan los bandos de policía tocantes al alumbrado y limpieza, *exigiendo las multas que prevé la Ordenanza*, con la aplicación que se les da en ella; *para cuyo caso tendrán jurisdicción económica y preventiva con los regidores*»⁵².

Amb la recepció dels principis de la Revolució francesa i amb l'establiment de la separació de poders, els Tribunals abandonen les seves antigues funcions acumulades

⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo...* 2008, op. cit., p. 667.

⁵⁰ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 50.

⁵¹ Per il·lustrar aquesta afirmació NIETO acudeix al Real Decret de 17 de març de 1782 (insertat a la Cèdula del Consell del dia 30): «Se crea una *superintendencia general de policía* para velar en la ejecución de las leyes, autos acordados, bandos, decretos y demás providencias tocando a la policía material y formal, *corrigiendo y multando a los contraventores* [...] y que estas facultades y jurisdicción del superintendente fuese por la vía económica, gubernativa y ejecutiva, como son todas las leyes y bandos de policía, sin apelación o recurso [...] y en los casos en que de los procedimientos resultase descubrirse algún delito, perjuicio de tercero, o motivo de formal instancia judicial, cuidaría el superintendente de remitirlo todo al juez correspondiente» (les cursives són originals). *Ibíd.*, p. 50.

⁵² La cita és de NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 51.

d'administració per concentrar-se exclusivament en les jurisdiccionals. Es planteja en aquell moment un dilema: o s'eliminen els brots de sancions administratives i s'encomana la repressió exclusivament als Tribunals o s'insisteix en l'autonomia de les sancions administratives, generalitzant-se la formula abans excepcional, de caràcter policial. A l'Estat espanyol se segueix la segona opció, malgrat que ambdues eren plausibles i, tal com a afirmat NIETO, «inclinarse por una u otra opción era cuestión de voluntarismo o ideología, y de aquí la variedad de soluciones que fueron adoptándose⁵³».

2.2.- El gradual reconeixement i acceptació de les potestats administratives sancionadores

2.2.1.- La Constitució de Cadis i el (teòric) monopoli judicial inicial (1812-1823)

La Constitució de Cadis de 1812, en consonància amb la tradició liberal, consagra el monopoli repressiu dels jutges i Tribunals; així en els arts. 242 a 248 estableix que el poder judicial és l'únic competent per jutjar les causes civils i criminals. Pel que fa al poder executiu, a l'art. 172 de «Las restricciones de la autoridad del Rey» s'estableix que «No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El Secretario del Despacho que firme la orden, y el Juez que la ejecute, serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual. Sólo en caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente»⁵⁴.

Malgrat aquesta negació de poders repressius al govern i a l'Administració, els alcaldes conserven l'acumulació de funcions administratives i judicials reconegudes en la pròpia Constitució, que els configura com «el último eslabón del orden judicial»⁵⁵. En concret, l'art. 275 estableix que «En todos los pueblos se establecerán alcaldes, y las leyes determinarán la extensión de sus facultades, así en lo contencioso como en lo

⁵³ *Ibíd.*, p. 51.

⁵⁴ Norma disponible al web del Congrés dels Diputats. Accessible a: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1812 (última consulta novembre de 2020).

⁵⁵ Expressió utilitzada per la doctrina especialitzada: NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 61; PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit. p. 69; CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit.; DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit.; MEJÍA PATIÑO, O. A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo Sancionador», *Novum Jus*, vol. 2, núm. 1, 2008, p. 262.

económico», afegint l'art. 282 que «El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto»⁵⁶. Segons ORDUÑA REBOLLO aquí trobem algunes reminiscències de l'Antic Règim, ja que, tot i la separació de les competències judicials i governatives de l'Alcalde, no podem ignorar el seu caràcter híbrid. En paraules d'aquest autor, «aunque se enmarca formalmente en las funciones gubernativas aún conserva residuos judiciales, a pesar de ser actuaciones meramente conciliatorias, quedando jerarquizado al poder ejecutivo a través del Jefe político»⁵⁷.

L'esquema seguit per aquesta Constitució ha estat qualificat de rigorós, ja que, com ha senyalat PARADA VÁZQUEZ, el que avui es consideren funcions repressores no penals estaven encomanades sense excepció als Jutges⁵⁸. Però aquest model, a la pràctica, no es va arribar a materialitzar, en opinió de NIETO, degut a la impossibilitat d'adequar la magnitud dels òrgans judicials a les funcions repressores genèriques i, en conseqüència, ben aviat es va acudir a l'atribució de facultats sancionadores a òrgans no judicials⁵⁹.

Així, mitjançant lleis ordinàries, s'atribueixen als alcaldes i als governadors «Jefes políticos»⁶⁰ poders sancionadors *d'índole no judicial*, en la seva condició d'autoritat governativa, representats i delegats del govern en el municipi i en la província, respectivament. El fet que les facultats sancionadores recaigueren en les autoritats locals, s'ha d'atribuir, segons NIETO, a què, al S.XIX, el gran bloc de les activitats públiques - amb l'excepció de les Relacions internacionals, la Hisenda, la Justícia, la Guerra i la Marina- corresponien a les Corporacions locals, ja que l'Administració interior de l'Estat era «completamente raquíta». Seguint a aquest autor, es podria dir que, en aquell moment, són els Alcaldes i els Ajuntaments els que administren -i els que legislen a través de les Ordenances-; mentre que l'Estat, en comptes d'administrar directament, controla els òrgans municipals a través dels Governadors civils i de les Diputacions provincials⁶¹.

L'atribució de facultats sancionadores es du a terme primerament als governadors, mitjançant el Decret constitucional CCLXIX, de 23 de juny 1813, pel qual s'aprova la

⁵⁶ Norma disponible al web del Congrés dels Diputats. Accessible a: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1812 (última consulta novembre de 2020).

⁵⁷ ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación de Régimen Local*, Madrid, Iustel, 2008, p. 47.

⁵⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 69.

⁵⁹ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 54

⁶⁰ La denominació de «Jefe político» apareix per primera vegada a l'art. 324 de la Constitució de Cadis, com el responsable màxim del govern de cada província, nomenat pel Rei.

⁶¹ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 53.

«Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias», que en l'art. I del Capítol III estableix que els governadors «no sólo podrán ejecutar gubernativamente las penas impuestas por las leyes de policía y bandos de buen gobierno, sino que tendrán la facultad para imponer y exigir multas a los que le desobedezcan o le falten al respeto, y a los que turben el orden o el sosiego público»⁶²⁻⁶³. Posteriorment, l'art. 207 del Capítol III del Decret XLV, de 3 de febrer de 1823, pel que s'aprova la «Ley para el gobierno económico-político de las provincias», considerada com la primera Llei General de Règim Local de l'Estat espanyol⁶⁴, habilita els alcaldes per «ejecutar gubernativamente las penas impuestas por las leyes de policía y bandos de buen gobierno, y para imponer y exigir multas que no pasen de quinientos reales a los que los desobedezcan o les falten al respeto; y a los que turben el orden y el sosiego público». Aquesta potestat administrativa sancionadora dels Alcaldes és troba explícitament diferenciada de la prevista penalment (art. 80)⁶⁵.

El Codi Penal de 1822, aprovat durant el Trienni Liberal, (decretat per les Corts el 8 de juny, sancionat pel rei, i enviat a promulgar el 9 de juliol) manté una actitud equívoca respecte la potestat sancionadora⁶⁶, ja que, tot i que no la reconeix expressament, sembla atorgar facultats sancionadores a l'Administració. Doncs, d'una banda, a l'art 135 estableix que són culpes o delictes públics «Tercero: todas las contravenciones a los reglamentos generales de policía y sanidad, siempre que cedan en perjuicio del público». I, d'altra banda, el Capítol XIII «De los delitos y delincuentes no comprendidos en este Código» està encapçalat per l'art. 182 que preveu que «Las culpas y delitos no comprendidos en este código, que se cometan contra los reglamentos u ordenanzas particulares que rijan en algunas materias o ramos de la administración pública, serán

⁶² Decret reproduït íntegrament (document núm. 11) a ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 299.

⁶³ Per PARADA VÁZQUEZ, la facultat governativa establerta en aquest Decret és l'origen de les sancions penals d'ordre públic establertes, fins als nostres dies, en les lleis de règim local i d'ordre públic. PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I...* op. cit., p. 433.

⁶⁴ ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 62.

⁶⁵ Art. 80 del Decret XLV, de 3 de febrer de 1823, «Los Ayuntamientos tienen la facultad de imponer multas proporcionadas que no pasen de quinientos reales en los asuntos correspondientes a sus atribuciones, no siendo por culpas y delitos por los cuales se deba formar causa por tener una pena señalada terminalmente en el Código penal. Las harán de exigir con el auxilio de los Alcaldes, si fuese necesario». Decret reproduït íntegrament (document núm. 15) a ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 340.

⁶⁶ CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 41.

juzgados y castigados respectivamente con arreglo a las mismas ordenanzas o reglamentos»⁶⁷.

Com es desprèn dels articles transcrits, el sistema sobre el que s'estructura la potestat sancionadora de l'Administració és un sistema legal (no rigorosament constitucional), en el qual, d'una banda, els Jutges tenen la facultat de sancionar les faltes tipificades en el Codi Penal d'acord amb un procediment formal; i, de l'altre, unes autoritats governatives -els alcaldes i els governadors- tenen la facultat de sancionar, fins a una certa quantia, les faltes tipificades en els reglaments generals i locals, sense haver se sotmetre's a les regles del procediment judicial formal⁶⁸. El sistema, per tant, s'estructura sobre la base del reconeixement a l'Administració de potestats administratives amb límits quantitius⁶⁹.

En aquest sentit, GARCÍA DE ENTERRÍA i FERNÁNDEZ, determinen que «todas las penas quedaron, pues, judicializadas. Pero el desplazamiento total de los viejos poderes de policía de la Administración no llegó, en realidad, a producirse»⁷⁰.

2.2.2.- El període moderat (1823-1868)

Les constitucions posteriors a la de Cadis no són tant categòriques en l'ordenació dels poders públics, en concret en la delimitació de les competències entre l'executiu i el poder judicial⁷¹; a més, remetent a les lleis ordinàries la determinació de la protecció de

⁶⁷ Aquesta ambigüitat del Codi Penal es veu clarament reflectida en la diversa opinió de la doctrina:

En opinió de PARADA VÁZQUEZ en el Codi Penal de 1822 no hi ha atribució de potestat punitiva per dos motius: perquè l'art. 182 sembla copiat del Codi Penal francès, on la invocació de les sanciones previstes en els reglaments es realitza en connexió amb la competència dels Tribunals per imposar-la, i perquè la situació de l'article, immediatament abans de la regulació de la jurisdicció militar i eclesiàstica, sembla orientat a salvar la competència privativa d'aquests ordres judicials. PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 70. Aquest argument ha estat rebut per NIETO, que sosté que el Codi Penal claríssimament es remet a les normes ja existents i futures que atribueixen potestats sancionadores a les Autoritats administratives. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 55.

⁶⁸ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 56.

⁶⁹ MEJÍA PATIÑO, O. A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo... op. cit., p. 259-284.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo II...* 2013, op. cit.

⁷¹ PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 70.

les llibertats. Conseqüentment, al no ser tan clara la garantia constitucional, apareixen majors facultats sancionadores⁷².

La Constitució de 1837, de tarannà liberal i progressista, no realitza un reconeixement formal de les potestats sancionadores a l'Administració, ans al contrari, estableix la separació de poders i atribueix al poder judicial la competència per imposar penes⁷³, però preveu alguna excepció⁷⁴. Per contra, la Constitució de 1845, ja no declara la separació de poders i, en opinió de NIETO⁷⁵, accepta amb normalitat -no com una excepció- la potestat sancionadora de l'Administració, tot i que no en fa un reconeixement formal (és especialment il·lustratiu que el Títol X, dedicat al Poder Judicial, passa a anomenar-se «De la Administración de Justicia»)⁷⁶.

Per la seva banda, la legislació ordinària -més concretament, la legislació local i els successius codis penals- progressivament va reafirmant el poder sancionador administratiu, configurant un sistema en què l'Administració pot dictar reglaments sancionadors amb limitació de la quantia de les penes (establerta en el Codi Penal), limitació que no opera si una llei autoritza a alterar el límit indicat. Més concretament:

⁷² CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 42.

⁷³ L'art. 9. de la Constitució de 1837 estableix que «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban». A més, «Título X del Poder Judicial» està encapçalat per l'art. 63 que determina que «A los Tribunales y Juzgados pertenece *exclusivamente* la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado». Tot i això, la redacció de l'article 7, que remet a les lleis ordinàries la regulació d'alguns supòsits de privació de llibertat, per PARADA VÁZQUEZ, va obrir la porta a l'aparició de l'arrest substitutori per impagament de sancions administratives. PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 70-71. La redacció de l'art. 7 és la següent: «No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban». Norma disponible al web del Congrés dels Diputats. Accessible a: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf (última consulta novembre de 2020).

⁷⁴ En concret a l'art. 45 s'estableix que «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado con lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes».

⁷⁵ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 57.

⁷⁶ Els articles 7 i 9 de la Constitució de 1845 mantenen idèntic redactat que els de la de 1837 a dalt transcrits. Pel que fa al Títol X, com s'indica en el text, passa a anomenar-se «De la Administración de Justicia» i està encapçalat per l'art. 66 que conserva el mateix redactat que en l'anterior Constitució (l'antic art. 63). Norma disponible al web del Congrés dels Diputats. Accessible a: http://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_senhis/documents/document/mdaw/mdaw_e5/~edisp/senpre_018544.pdf (última consulta novembre de 2020).

(i) En l'àmbit local, destaquen, en relació amb la potestat sancionadora dels alcaldes, la Llei de 8 de gener de 1845, «de Organización y atribuciones a los Ayuntamientos» que a l'art. 75 estableix que «el Alcalde podrá aplicar gubernativamente las penas señaladas en las leyes y reglamentos de policía y en las ordenanzas municipales, e imponer y exigir multas con las limitaciones siguientes: Hasta 100 rs. vn. en los pueblos que no lleguen a 500 vecinos; hasta 300 en los que lleguen a 5.000, y hasta 500 en los restantes. Si la infracción o falta mereciese por su naturaleza penas más severas, instruirá la correspondiente sumaria, que pasará al juez o tribunal competente». En relació amb la potestat sancionadora dels «Jefes políticos», la Llei de 2 d'abril de 1845, «decretando las atribuciones de los gobiernos políticos», que en l'art. 4. 4º estableix que «corresponde al jefe político: reprimir y castigar todo desacato a la religión, a la moral o a la decencia publica, y cualquier falta de desobediencia y respeto a su autoridad; imponiendo las penas correccionales que en esta ley se determinan, y sometiendo a la acción de los tribunales de justicia los excesos merecedores de mayor castigo». Les sancions es troben previstes a l'art. 5. 3º que permet «imponer correccionalmente multas cuyo máximo no exceda de 1,000 reales, y *en caso de insolvencia la pena de detención*, sin que el término de esta pueda nunca pasar de un mes»⁷⁷ (les cursives son nostres). Com es desprèn de l'article transcrit, es possibilita l'arrest substitutori per impagament de multes. Aquestes potestats es mantenen posteriorment en la Llei Municipal i en la Llei Provincial, ambdues de 20 d'agost de 1870.

(ii) Pel que fa als codis penals, el Codi Penal de 1848 (sancionat el 19 de març) intenta limitar el poder sancionador de l'Administració però, de fet, suposa un reconeixement d'aquesta potestat sancionadora; en concret, l'art. 493 estableix que «en las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales de la administración que se publicaren en lo sucesivo, no se impondrán a los contraventores mayores penas que las señaladas en este libro, a no ser que así se determine por leyes especiales»⁷⁸. La reforma del Codi Penal de 1850 (realitzada pel Reial Decret de 29 de juny), afegeix un paràgraf segon a aquest article (en el nou codi art. 505), el qual preveu que «conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por leyes de 8 de Enero, 2 de Abril de 1845, y cualesquiera otras especiales competan a los agentes de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté

⁷⁷ La redacció d'aquestes lleis s'ha obtingut a ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 689, 708, 938 i 966.

⁷⁸ Gasetta de Madrid núm. 4937 a 4944, del 21 al 28 de març de 1848.

encomendada por las mismas leyes»⁷⁹. El Codi Penal de 1870 (de 18 de juny) manté una redacció gairebé idèntica (art. 625)⁸⁰.

En aquesta etapa, els mitjans o instruments de la potestat sancionadora giren al voltant de la institució de la multa pecuniària, amb el constrenyiment sobre el patrimoni i la confiscació dels beneficis⁸¹. A més, a legislació preveu la pena d'arrest⁸² i l'arrest substitutori per impagament⁸³ reconeguda a Governadors i Alcaldes. En aquest període es potencia definitivament el paper del Governador com a subjecte actiu de la facultat sancionadora⁸⁴.

Pel que fa a la legislació sectorial administrativa s'observa la convivència de dos models: en algunes normes s'atribueix al poder judicial l'aplicació de les infraccions que es preveuen⁸⁵ i, en d'altres, s'estableix el sistema de distribució de la potestat sancionadora en funció de la transcendència quantitativa de la infracció, atorgant a l'Administració una potestat sancionadora de menor quantia i remetent als jutges les

⁷⁹ Per NIETO, la redacció d'aquest article entra en contradicció amb la realitat de la potestat sancionadora administrativa del moment en què s'aprova. L'explicació es troba en el fet que l'article va ser redactat durant la vigència de la Constitució de 1837 (que s'assentava sobre la divisió de poders i confiava al Poder Judicial la competència per imposar penes, excepte casos excepcionals). Però, en aprovar-se durant la vigència de la Constitució 1845 (que accepta la potestat sancionadora administrativa), resulta incompatible amb aquesta i amb la legislació de règim local de 1845 (a dalt estudiada), que reconeix explícitament la potestat sancionadora dels Alcaldes i Governadors. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 59.

⁸⁰ Gasetas de Madrid de 31 d'agost de 1870.

⁸¹ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 36.

⁸² L'art. 40 del Reial decret de 23 de juliol de 1835, «para el arreglo provisional de los Ayuntamientos del Reino» estableix que els Alcaldes podran imposar penes «siempre que dichas penes no excedan de 100 reales vellon o tres días de arresto, salvo si los reglamentos u ordenanzas vigentes prescriben una mayor o menor». Redacció obtinguda a ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 428.

⁸³ L'arrest substitutori es preveu, entre d'altres, a l'art. 5. 3º de la Llei de 2 d'abril de 1845, «decretando las atribuciones de los gobiernos políticos», transcrit *supra* en el text.

⁸⁴ CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 42.

⁸⁵ A tall d'exemple, les Ordenances generals de muntanyes de 22 de desembre de 1833 distingeixen els «delitos» de les «contravenciones» i les «penas» de les «multes», però no distribueixen les potestats sancionadores entre funcionaris de l'Administració i Jutges sinó entre «Jueces de letras» i «Jueces». Així s'estableix en l'art. 173 «Si la contravención fuese tal que entre la pena y el resarcimiento de daño no excediese de cuarenta y cinco reales vellon, la determinará el Juez ante quien se hizo la denuncia, sumaria y verbalmente. Si fuere de mayor cuantía no podrá seguirla si no fuere Juez de letras, y en tal caso pasará aquel las diligencias al Juez de esta calidad que estuviere designado para aquella comarca de distrito (...)». El text integra d'aquestes Ordenances és accessible a: <https://play.google.com/store/books/details?id=pUORhWQ0vfcC&rdid=book-pUORhWQ0vfcC&rdot=1> (última consulta novembre 2020).

sancions que superaven un determinat límit o les considerades mereixedores de major càstig⁸⁶.

L'existència d'infraccions tipificades en els codis penals i en els reglaments generals i particulars dificulta, a la pràctica, l'exercici de la potestat sancionadora, ja que a un mateix comportament li pot correspondre una sanció en qualsevol dels àmbits sancionadors existents (fenomen anomenat doble tipificació). A això se li ha de sumar l'organització dual dels òrgans sancionadors, heretat de la manca de diferenciació durant l'Antic Règim entre l'àmbit contenciós i el governatiu, que -com sabem- perdura en aquesta etapa en la figura dels Alcaldes, que són, simultàniament, autoritats administratives i judicials⁸⁷. Dit en altres paraules, al no comptar amb una clara diferenciació entre els poders -Administració i Jurisdicció- a l'hora d'actuar per reprimir certes conductes constitutives, simultàniament, de delictes i infraccions administratives, l'exercici sense cap coordinació de qualsevol de les facultats punitives dificultava la determinació de l'òrgan competent per sancionar⁸⁸. Segons NIETO, aquesta dificultat de distinció entre els dos sistemes punitius «surge en el mismo momento del nacimiento del sistema y, después de haber constituido una pesadilla durante más de un siglo, todavía late en actualidad siquiera sea de una forma bastante más tolerante»⁸⁹.

En opinió de DOMÍNGUEZ VILA, la causa dels conflictes d'atribucions es troben en una doble tensió: per una banda, un sistema administratiu sancionador que no ha acabat de consolidar-se i es mou entre uns principis constitucionals que l'ignoren i una realitat normativa i administrativa que l'ha creat i l'aplica amb normalitat. I, per altra banda, en la no definició del propi model de procediment sancionador entre administratiu pur (instrucció i imposició per l'autoritat governativa) o mixt (instrucció administrativa i imposició judicial).⁹⁰

⁸⁶ Aquest segon model el trobem, entre d'altres, en el Reial Decret de 3 de maig de 1834 relatiu als drets de caça i pesca, i les ordenances vigents en la matèria, on s'estableix que «el modo de proceder de las justicias en materia de caza y pesca será por regla general gubernativo» (art. 48). «El alcalde hará comparecer al presunto infractor, y comprobando el hecho, exigirá de él la multa, el valor de la caza y del daño cuando lo haya (...)» (art. 50). «Cuando se proceda por queja de parte agraviada, si resulta ser cierto el hecho, y hubiere daño, el alcalde procurará que los interesados transijan en cuanto al daño, sin perjuicio de cobrar la multa; y si no se avinieren, decidirá gubernativamente en las causas de menor cuantía, dejando que las otras sigan el curso judicial que les corresponda; pero satisfaciendo antes el reo la mitad de la multa (...)» (art. 51). Gaseta de Madrid, núm. 76 i 77 de 7 i 8 de maig de 1834.

⁸⁷ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 61.

⁸⁸ MEJÍA PATIÑO, O.A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo... op. cit., p. 266.

⁸⁹ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, p. 61.

⁹⁰ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 62.

Es planteja doncs la necessitat d'aclarir les relacions entre Administració i Jurisdicció o, més concretament, la necessitat de determinar quins són els òrgans competents per sancionar. Aquesta qüestió s'intenta resoldre mitjançant reials decrets per definir i resoldre els conflictes originats per l'assumpció de competències per part dels diversos òrgans sancionadors. A tall d'exemple, el Reial Decret de competències de 31 d'octubre de 1849 resol una qüestió de competència entre un governador civil i un jutge de primera instància, en la que es discutia si els alcaldes podien imposar sancions amb independència i al marge dels seus poders judicials per l'enjudiciament de les faltes. En la resolució s'afirma que no hi ha confusió entre les funcions judicials dels alcaldes per sancionar en judici de faltes, les castigades en el Codi Penal i les seves facultats com a delegats del govern. A més, es justifica la potestat sancionadora dels alcaldes determinant que una interpretació contrària suposaria l'inconvenient que «se entendiese variada la forma actual de la Administración pública en su parte más esencial, que es el ejercicio de autoridad, que debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes»⁹¹. Altres exemples els trobem en el Reial Decret de 24 de març de 1852, que va atorgar als alcaldes competències per reprimir determinats assumptes sense acudir a instàncies judicials⁹² o al Reial Decret de 18 de maig de 1853, mitjançant el qual es pretenia aclarir definitivament la qüestió, atorgant a les autoritats la possibilitat d'escollir quan podien procedir governativament o judicialment, a l'exercir les facultats sancionadores⁹³.

⁹¹ Gaseta de Madrid núm. 5582, de 11 de novembre de 1849.

⁹² La resolució del Reial Decret de 24 de març de 1852 es basa en els següents considerants «1. Que según lo establecido en dichas Reales órdenes, y especialmente en la disposición citada de la ley de Ayuntamientos, corresponde al Alcalde como Administrador del pueblo cuidar, bajo la vigilancia de la Administración superior, de todo lo relativo a la policía urbana y rural, conforme a las leyes y reglamentos y disposiciones de la Autoridad superior y ordenanzas municipales; y que siendo de esta especie los intereses lastimados por Rochera y consocios, correspondía la reprensión del atentado a la Autoridad administrativa. 2. Que por lo tanto el Alcalde, en uso de sus atribuciones, debió tomar por sí la providencia oportuna para impedir o reparar el daño, dejando salvo a los interesados el recurso correspondiente para ante el superior jerárquico de la línea administrativa, y no acudir al juzgado, como lo hizo, porque en estas materias no puede prorrogarse la jurisdicción ordinaria». Gaseta de Madrid núm. 6500, de 9 d'abril de 1852.

⁹³ Els primers articles d'aquest Reial Decret són especialment il·lustratius als efectes de comprendre la distribució repressiva:

«Primera. Las faltas que, según el Código penal o las ordenanzas y reglamentos administrativos, merezcan pena de arresto, deberán ser castigadas siempre en juicio verbal, con arreglo a lo dispuesto en la ley para la ejecución de dicho Código.

Segunda. Las faltas cuyas penas sean multa, o reprensión y multa, podrán ser castigadas gubernativamente a juicio de la Autoridad administrativa a quien esté encomendada su reprensión.

Tercera. Los Alcaldes de los pueblos conservarán la facultad gubernativa de imponer multas hasta en la cantidad que permite el art. 75 de la Ley de 8 de Enero de 1845, y sin atenerse al límite señalado en el párrafo primero, art. 505 del Código penal, solamente cuando dichas penas estén establecidas en ordenanzas o reglamentos municipales vigentes, cuya publicación sea anterior a la del referido Código.

El període històric que segueix, fins a la Constitució de 1869, es caracteritza per l'expansió del Dret administratiu sancionador en mans de l'Administració municipal i provincial, marcat per la desconfiança en el poder judicial per reprimir les sancions previstes en les normes administratives⁹⁴. Les normes de policia (lleis i reglaments) creen la seva pròpia línia sancionadora, amb un generalitzat caràcter d'elusió del poder judicial⁹⁵.

2.2.3.- El Període Revolucionari (1868-1874)

El període revolucionari de 1868 obre una etapa, anomenada per PARADA VÁZQUEZ, de radicalisme democràtic⁹⁶, en la que es pretén privilegiar més el Poder Judicial en detriment de l'Administració. Així, a la Constitució de 1869 i en el Projecte de Constitució Federal de la República Espanyola de 1873 s'estableix una escrupolosa distinció dels poders públics atribuint totes les facultats punitives al poder judicial dels Tribunals⁹⁷. Però, igual que en els períodes anteriors, la manca de reconeixement exprés de la potestat sancionadora en les normes constitucionals no impedeix el creixement del poder sancionador administratiu emparat en la legislació ordinària, tal com es desprèn del Codi Penal de 1870 i de la Llei Municipal de 1870, ambdues hereves del sistema

Cuarta. Los mismos Alcaldes podrán sin embargo imponer gubernativamente la pena de arresto por sustitución y apremio de la multa, con sujeción a lo dispuesto en el art. 504 del Código penal, solo cuando los multados fueren insolventes, y no pudiendo en ningún caso exceder de 15 días el tiempo del arresto. Quinta. Las reglas anteriores no excluyen ni limitan por ahora las atribuciones que corresponden a los Gobernadores de las provincias para corregir gubernativamente ciertas faltas, con arreglo a lo dispuesto en la ley de 2 de Abril de 1845». Gaseta de Madrid núm. 148, de 28 de maig de 1853.

En opinió de CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., en aquest Reial Decret es consagra un principi de suma importància: la potestat sancionadora de l'Administració. Per aquests autors, tot i que el pretext de la seva publicació es deu a una llacuna legal, perquè les lleis no determinen amb claredat quan pot actuar-se judicialment o administrativament, la realitat és que s'amplien les lleis sancionadores de naturalesa administrativa a les lleis penals i que unes i altres poden corregir el mateixos fets; hi ha dos ordenaments punitius i no pot quedar al arbitri administratiu ni a la interpretació judicial optar entre els dos tipus de procediments existents - l'enjudiciament processal i el governatiu- sinó que, al contrari, la qualificació de l'acte, a l'estar instruït en un o altre ordenament, determinarà el procediment posterior a seguir. Per aquests autors, es reforça així l'executivitat administrativa per no entorpir l'acció de l'Administració, ja que si s'hagés de sancionar en un judici totes les infraccions perillaria l'interès públic. CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 48.

⁹⁴ MEJÍA PATIÑO, O. A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo... op. cit., p. 259-284.

⁹⁵ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 51.

⁹⁶ PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., pp. 74-75.

⁹⁷ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 57.

sancionador establert en les seves precursors. Cal destacar que a partir de la Llei Orgànica del Poder Judicial, de 15 de setembre de 1870, els Alcaldes perden la condició de jutges (art. 111.3), tot i que mantenen les facultats sancionadores com a òrgans governatius⁹⁸.

D'entre les diverses normes aprovades en aquest període cal destacar la Llei d'Ordre Públic de 23 d'abril de 1870. Aquesta norma, en opinió de PARADA VÁZQUEZ, desautoritza tota possibilitat de potestats sancionadores a les autoritats administratives, ja que condiona a una llei votada a les Corts -anomenada Llei de Suspensió de Garanties- la congelació provisional de les llibertats fonamentals i la declaració dels estats de prevenció i guerra⁹⁹, però segons aquest autor en cap cas faculta o atribueix potestats sancionadores ordinàries fora de la seva declaració formal¹⁰⁰. En sentit contrari opina DOMÍNGUEZ VILA, per a qui aquesta norma empara el creixement de la potestat sancionadora administrativa, en concret en les previsions dels art. 35 a 38¹⁰¹. Aquest autor

⁹⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I...* op. cit., p. 433.

⁹⁹ Així es desprèn clarament dels primers articles de la llei:

«Art. 1. Las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías a que se refiere el art. 31 de la Constitución, y dejarán de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes.

Art. 2. Son objeto de esta ley: 1.º Las medidas gubernativas que las Autoridades civiles y militares pueden y deben adoptar para mantener y restablecer el orden público, y para prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo, y contra el orden público, que la vigente ley penal condena. 2.º La competencia de los Jueces y Tribunales en las causas criminales que se formen sobre dichos delitos, y el procedimiento a que estas han de ajustarse». Gaseta de Madrid núm. 114 de 24 d'abril de 1870.

¹⁰⁰ PARADA VÁZQUEZ, J. R. «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 75.

¹⁰¹ Aquests articles formen part de la Secció primera, Capítol Primer «De los bandos que dicten las Autoridades y de sus infracciones» del Título III:

«Art. 35. Las Autoridades civiles y militares, en el período de suspensión de garantías publicarán además los bandos que consideren necesarios para mantener mejor el orden público, con sujeción estricta, y bajo su responsabilidad, a las prescripciones constitucionales que no hayan sido suspendidas con arreglo a artículo 31 de la Constitución; estableciendo en dichos bandos las penas en que incurrir los infractores y las aplicarán gubernativamente.

Art. 36. En ningún caso podrán señalar mayores penas que las siguientes: multa hasta 125 pesetas o arresto hasta ocho días, si dictare el bando un Alcalde popular. Cuando sea el Gobernador de la provincia quien lo dicte, podrá elevar la multa a 250 pesetas, y el arresto hasta 15 días, a la par o separadamente.

Art. 37. Los multados por infracción de bandos, que sean insolventes, sufrirán por vía de sustitución el arresto, según lo prevenido en el art. 504 del Código penal. El arresto por vía de sustitución no podrá exceder de los días por que pueden imponerlo aquellas Autoridades respectivamente, conforme a lo prescrito en el artículo anterior.

Art. 38. La Autoridad militar podrá corregir también del mismo modo y en la misma forma que la civil y con la limitación consignada en el art. 35 las infracciones de sus bandos en el período de estado de guerra, sin que puedan la superior del distrito y de la provincia señalar pena mayor que la de 15 días de arresto y 250 pesetas de multa, las dos a la par o una sola; y las demás Autoridades militares ocho días de arresto y 125 pesetas en la propia forma. Caso de ser insolventes los multados, sufrirán el arresto por vía de sustitución, sin que pueda exceder el que

es basa en el fet que, malgrat el mandat Constitucional (art. 31)¹⁰² i les determinacions de la pròpia Llei d'Ordre Públic (art.1), l'aplicació d'aquesta Llei s'efectua directament mitjançant el Decret de 20 de setembre de 1873, pel qual se suspelen «en todo el territorio de la República las garantías constitucionales; y disponiendo que rija la ley de Orden público de 23 de Abril de 1870¹⁰³»; ignorant -igual que en els períodes anteriors- les garanties constitucionals, en relació a la capacitat sancionadora o repressora de llibertats de les autoritats administratives¹⁰⁴.

2.2.4.- La Restauració (1875-1923)

Amb l'arribada de la Restauració es manté el progressiu augment de la potestat sancionadora de l'Administració. La Constitució de 1876, manté la línia de les Constitucions precedents al no realitzar un reconeixement de la potestat sancionadora administrativa i segueix establint la separació de poders i l'atribució de totes les funcions punitives i sancionadores al poder judicial (art. 4, 5 i 76)¹⁰⁵. Tot i així, la normativa local consolida el sistema establert al llarg del S. XIX en la Llei Municipal de 2 d'octubre de 1877 (que a l'art. 77 regula les bases mínimes del procediment sancionador) i la Llei Provincial de 29 d'agost de 1882¹⁰⁶.

por tal concepto se imponga de los ocho o 15 días señalados respectivamente en este artículo». Gasetta de Madrid núm. 114 de 24 d'abril de 1870.

¹⁰² «Art. 31. Las garantías consignadas en los artículos 2º, 5º. y 6º, y párrafos 1º, 2º y 3º del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de Orden público establecida de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio. En ningún caso los Jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley». Redacció extreta del web del Congrés dels Diputats. Accessible a: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf (última consulta novembre de 2020).

¹⁰³ «El Gobierno de la República, en uso de las facultades que le concede la ley de 13 de Setiembre de 1873, decreta:

Artículo 1. Se suspenden en todo el territorio de la República las garantías consignadas en los artículos 2, 3 y 6, y párrafo primero, segundo y tercero del artículo 17 de la Constitución de 6 de Junio de 1869.

Artículo 2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 31 de la expresada Constitución, regirá desde la fecha del presente decreto la ley de Orden público de 23 de Abril de 1870». Gasetta de Madrid núm. 264, de 21 de setembre de 1873.

¹⁰⁴ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 58.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 63.

¹⁰⁶ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 60.

En opinió de CARRETERO PÉREZ i CARRETERO SÁNCHEZ, des d'aquest moment es donen tres tipologies de lleis sancionadores: la Llei Penal Comú, les Lleis Especials amb sancions penals i les Lleis Administratives Pures: (i) la Llei Penal Comú és el Codi Penal on es recullen les infraccions que tradicionalment han estat considerades delictes (sent el seu caràcter essencial el fonament desvaloritzador, ja que sanciona conductes que des del punt de vista social i ètic no són indiferents); (ii) les Lleis Especials que, a diferència dels delictes comuns, sorgeixen per les concretes situacions que contempnen. En elles es tutel·len interessos generals i s'estableixen sancions penals sotmeses a la competència dels Tribunals i, alhora, sancions administratives (una manifestació d'aquestes lleis la trobem la Llei de Premsa de 26 de juliol de 1883), i (iii) les Lleis Administratives Pures que regulen les relacions entre les administracions públiques i els administrats i atorguen a l'Administració la competència per sancionar les infraccions que preveuen¹⁰⁷.

La convivència dels dos tipus repressius -administratiu i judicial- que, com hem vist, va caracteritzar el S.XIX, en opinió de NIETO, és el resultat d'una inequívoca concepció política, lligada al fet que els governs no estaven disposats a renunciar a una potestat que, en mans dels jutges, pogués ser exercida de forma independent¹⁰⁸. Aquesta concepció és la predominant en la doctrina administrativista del S.XIX de l'Estat espanyol que defensa la necessitat de reconèixer un poder repressiu a l'Administració, tot i que, segons PARADA VÁZQUEZ, en termes molt moderats¹⁰⁹.

Seguint a DOMÍNGUEZ VILA, es pot afirmar que la doctrina científica, des de la Constitució de Cadis fins als anys 1920, és gairebé inexistent. Quasi no existeix un cos doctrinal que teoritzi sobre la creixent potestat sancionadora de l'Administració i, els pocs autors que tracten del tema, ignoren la transcendència d'aquest fenomen en entendre que l'Administració té atribuïda -com a potestat inherent a la seva funció constitucional- la correcció de determinades conductes il·lícites, com a conseqüència de la seva activitat de policia¹¹⁰. Aquesta posició doctrinal es veu clarament reflectida en les paraules de COLMEIRO: «la independència de la Administración estaría comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, imponiendo multas discrecionales y decretando el arresto supletorio dentro de los angostos límites de una simple corrección o por vía de disciplina. El poder legislativo delega esta parte mínima de funciones propias del orden judicial en

¹⁰⁷ CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 50.

¹⁰⁸ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, p. 60.

¹⁰⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I...* op. cit., p. 433.

¹¹⁰ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 96.

la administració a fin de robustecer su acción y completar su existencia, reservando el conocimiento de las faltas graves y de los delitos contra la autoridad a los jueces competentes»¹¹¹.

2.3.- La marcada tendència a la consolidació del Dret administratiu sancionador

2.3.1.- La Dictadura de Primo de Rivera (1923-1931)

La potestat sancionadora de l'Administració durant el S.XIX i el primer quart del S. XX se situa, com hem vist, en l'eix alcalde-governador. L'obertura d'aquesta potestat sancionadora a les autoritats governatives centrals es realitza durant la Dictadura de Primo de Rivera i amb l'aparició del model d'Estat intervencionista, que suposa la intensificació de les potestats sancionadores de l'Administració¹¹².

En aquest període, com ha establert REBOLLO PUIG, és quan la potestat sancionadora de l'Administració obté per primera vegada amb claredat una extensió molt superior a la que es coneix en Dret Comparat (extensió que els règims posteriors no restringiran, ans al contrari)¹¹³. L'abast que assoleix la potestat sancionadora pot constatar-se en el Reial decret de la Presidència del Consell de Ministres, de 16 de Maig de 1926, que estableix que, en matèria governativa i disciplinària, el Govern disposa de facultats discrecionals en la imposició de sancions «sin otro límite que el que señalen las circunstancias y el bien del país y le inspire su rectitud y patriotismo» (art.1)¹¹⁴.

¹¹¹ COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español* (4^a edició), Madrid, Imprenta y librería de Eduardo Martínez, 1876, p. 17.

¹¹² CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 51.

¹¹³ En opinió de REBOLLO PUIG els règims posteriors no només no van limitar les potestats sancionadores de l'administració, sinó que van continuar la tendència marcada en aquesta època estenent la potestat sancionadora a als nous camps de la intervenció administrativa i, superant, per tant, la seguretat de les seves inicials aplicacions. REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1989, pág. 416 (nota al peu núm. 2).

¹¹⁴ Igualment descriptius són els altres articles del Reial decret: «Artículo 2. Sobre toda medida de esta índole que rebase las facultades concedidas en la Constitución o las leyes, en cuanto se mantienen en vigor, deberá recaer acuerdo del Consejo de Ministros, que se hará público en la Gasetta de Madrid.

Artículo 3. Sobre tales determinaciones del Poder público, a partir de 13 de Septiembre de 1923, no se admitirá ni tramitará otro recurso que el elevado al propio Consejo de Ministros, cuya resolución será inapelable.

Artículo 4. Quedan en suspenso los preceptos constitucionales y legales que se opongan a lo que este Real decreto dispone».

Mitjançant aquest Decret-Llei, segons CARRETERO PÉREZ i CARRETERO SÁNCHEZ, la potestat sancionadora de l'Administració s'independitza de la competència de l'alcalde i el governador i passa a ser competència de tots els delegats de l'Administració Pública i de les autoritats centrals del Ministeri de la Governació i de la resta de Ministeris en les matèries de la seva competència. En paraules d'aquests autors, «sustancialmente, la competencia sancionadora se extiende a toda la materia administrativa; no sólo al orden público en sentido estricto, sino que la legislación introduce facultades sancionadoras específicas sobre las tradicionales generales. Todo sector administrativo es susceptible de ser intervenido por la potestad sancionadora, mezcla del centralismo del antiguo régimen y del moderno intervencionismo. Todo ministerio, paralelamente a la actividad gestora, tiene otras sancionadora en el ramo»¹¹⁵.

La potestat sancionadora de les autoritats locals es troba reconeguda en els Estatuts Municipal i Provincial, coneguts com els Estatuts de Calvo Sotelo. Per una banda, l'Estatut Municipal de 1924, sancionat el 8 de març¹¹⁶, estableix que «Las sanciones que establezcan las Ordenanzas municipales, reglamentos o bandos de policía o de gobierno consistirán en multas, conforme a la escala que fija el art. 194¹¹⁷» (art. 167) i reconeix com a funcions de l'Alcalde «reprimir y castigar las faltas de desobediencia a su autoridad» (art. 192.12). Pel que fa al règim de recursos de les «multas y sanciones penales impuestas por las autoridades municipales», es preveu un recurs d'alçada davant dels Jutjats d'Instrucció (art. 254), prèvia interposició d'un recurs de reposició preceptiu

I la pròpia exposició de motius «Incomprensibles aunque muy raras, reclamaciones, originadas por algunas medidas de gobierno que el de V. M. ha tomado en casos especiales en el ejercicio de sus funciones excepcionales, aconsejan darles carácter legal, tanto respecto al pasado como al porvenir, consignando de modo expreso y categórico que el Gobierno, al ser ejercido en la forma excepcional y temporal de dictadura, realidad que sin duda tuvo y tiene su justificación en las circunstancias especiales por que el país pasaba cuando V. M. sancionó este hecho, y que no sería prudente considerar aún desaparecidas, está obligado a tomar medidas excepcionales de carácter disciplinario y gubernativo, aunque no estén ajustadas a la letra de las leyes, siempre que las juzgue convenientes al bien del país y se inspiren en los principios de justicia, moral y serenidad que deben ser fuente de toda providencia de gobierno». Gaseta de Madrid, núm. 137 de 17 de maig de 1926.

¹¹⁵ CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 51.

¹¹⁶ Gaseta de Madrid núm. 69, de 9 de març de 1924.

¹¹⁷ Art. 194 «El Alcalde podrá castigar las faltas de obediencia o respeto a su autoridad: en las poblaciones de más de 250.000 habitantes, con multas de hasta 250 pesetas, en las de 100.000 a 250.000, con multas de hasta 150 pesetas; en las de 30.000 a 100.000, con multas de hasta 75 pesetas; en las de 10.000 a 30.000, con multas de hasta 50 pesetas; en las de 4.000 a 10.000, con multas de hasta 25; y en las restantes, con multas de hasta 15 pesetas. Serán aplicables a la exacción de multas los artículos 71, 72, 73 y demás concordantes de la Instrucción de Recaudación y apremio de 26 de abril de 1900».

davant de l'autoritat municipal que hagi adoptat l'acord (art. 255). Per altre banda, l'Estatut Provincial de 1925, aprovat per Reial Decret llei de 20 de març¹¹⁸, regula els poders sancionadors del governador i del Ministre de la Governació, establint a l'art. 41 que els governadors «deberán reprimir los actos contrarios a la moral o a la decencia pública, las faltas de obediencia o de respeto a su autoridad y las que en ejercicio de sus cargos cometan los funcionarios y organismos dependientes de la misma, pudiendo imponer con este motivo multas que no excedan de 1.000 pesetas, a no estar autorizados para mayor suma por las leyes especiales». Continua l'esmentat article preveient la possibilitat d'arrest supletori per impagament de las multes fins a un màxim de quinze dies i establint la possibilitat de recórrer en alçada al Ministeri de la Governació «previa consignación del importe de la multa, en el término de diez días». Al Ministre de la Governació li correspon també imposar les correccions governatives -per les responsabilitats de les autoritats i organismes provincials- que consistien en multes i apercibiment (art. 180).

Pel que fa al Codi Penal de 1928, aprovat per Reial Decret-llei de 8 de setembre, a l'art. 5 estableix que les ordenances municipals i els reglaments generals o particulars de l'Administració no podran establir penes privatives de llibertat directa o subsidiàriament superiors a les establertes en el llibre tercer, límit que no opera per a les penes pecuniàries i que pot ser alterat per les lleis especials¹¹⁹. En aquest Codi Penal es produeix, per primera vegada, l'establiment del *non bis in ídem*¹²⁰ a l'art. 853 que encapçala el Títol IX «Disposiciones comunes a las faltas» i estableix que «Salvo en su caso, lo dispuesto en la legislación especial que regule las atribuciones de los Tribunales tutelares para niños, corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento y castigo de las faltas previstas en este Código, aunque también los hechos a que se contraigan se hallen penados por Ordenanzas municipales u otras disposiciones administrativas. *En ningún caso podrá castigarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa*» (les cursives són nostres).

¹¹⁸ Gaseta de Madrid núm. 80, de 21 març de 1925.

¹¹⁹ Art. 5 Codi Penal de 1928 «Las disposiciones de este Código no excluyen ni limitan atribuciones que, por leyes municipales o cualesquiera otras especiales, competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, así como para corregir gubernativamente faltas, en los casos en que su represión les este encomendada por las mismas leyes. Sin embargo, en las Ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publiquen en lo sucesivo, y en los bandos de policía y buen gobierno que dicten las Autoridades, no se establecerán sanciones privativas de libertad, directas o subsidiarias, superiores a las señaladas en el Libro 3º de este Código, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales». Gaseta de Madrid núm. 257 de 13 de setembre de 1928.

¹²⁰ MEJÍA PATIÑO, O.A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo... op. cit., p. 268.

2.3.2.- La II República (1931-1939)

Aquesta situació de reforçament sancionador es continua durant la II República, amb la consolidació i augment de la potestat sancionadora del Ministeri de la Governació i del Consell de Ministres¹²¹. En opinió de PARADA VÁZQUEZ «la II República, fue, en efecto, y desde el principio, inconsecuente en este punto con los principios democráticos y liberales que la inspiraban y no menos dura en el diseño de la represión administrativa que lo fue la Dictadura»¹²². En aquest període s'aproven normes que tenen com objectiu el control de l'ordre públic i, a través d'aquest, el manteniment del poder derivat del règim totalitari anterior i que van possibilitar l'expansió del Dret administratiu sancionador¹²³.

La Constitució de 1931, de 9 de novembre, estableix la jurisdiccionalització de totes les penes o sancions, al determinar a l'art. 28 que només es castigaran els fets declarats punibles per llei anterior a la seva perpetració i que ningú serà jutjat sinó és pel jutge competent i d'acord amb els tràmits legals¹²⁴. Malgrat aquestes previsions, com veurem tot seguit, el quadre de garanties enunciat constitucionalment no quadra amb el règim sancionador establert en la legislació ordinària¹²⁵.

Als efectes del nostre estudi, d'aquest període destaquen tres lleis, que són considerades les grans normes sancionadores republicanes¹²⁶: la Llei de defensa de la República (1931), la Llei d'Ordre Públic (1933) i la Llei Municipal (1935).

¹²¹ CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 52.

¹²² PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I...* op. cit., 2012, p. 436.

¹²³ MEJÍA PATIÑO, O.A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo...» op. cit., pp. 259-284.

¹²⁴ En el mateix sentit, l'art. 29 estableix que «Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención.

Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente.

La resolución que se dictare será por auto judicial y se notificará al interesado dentro del mismo plazo. Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este artículo, y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad.

La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género». Norma disponible al web del Congrés dels Diputats. Accessible a http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf (última consulta novembre de 2020).

¹²⁵ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 79.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 82.

Llei de Defensa de la República, de 21 d'octubre de 1931¹²⁷, és una de les primeres lleis aprovades en el Parlament -abans que la Constitució de 1931- i, segons PARADA VÁZQUEZ, «apuntó directament contra los desafectos al nuevo régimen político».¹²⁸ Aquesta llei de salvaguarda de la naixent legalitat republicana -que va ser promulgada amb caràcter temporal fins a la dissolució de les Corts Constituents-, tipificava els actes d'agressió de la República (art. 1)¹²⁹ i els castigava amb pena de confinament o estranyament o amb la imposició -de pla- de multa de fins a 10.000 pessetes, amb confiscació dels mitjans materials i, a més, preveia uns terminis de reclamació brevíssims (24 hores per a les persones físiques i 5 dies per a la persona col·lectiva) (art. 2)¹³⁰. La seva aplicació corresponia al Ministre de Governació (art. 4)¹³¹ i les seves sancions eren independents de les penals -*bis in idem*- (art.5)¹³².

¹²⁷ Gaseta de Madrid, núm. 295 de 22 d'octubre 1931.

¹²⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I...* op. cit., p. 436.

¹²⁹ Article 1 «Son actos de agresión a la República y quedan sometidos a la presente ley: 1. La incitación a resistir o a desobedecer las leyes o las disposiciones legítimas de la Autoridad; 2. La incitación a la indisciplina o al antagonismo entre Institutos armados, o entre éstos y los organismos civiles; 3. La difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público; 4. La comisión de actos de violencia contra personas, cosas o propiedades, por motivos religiosos, políticos o sociales, o la incitación a cometerlos; 5. Toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las Instituciones u organismos del Estado; 6. La apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación, y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno u otras; 7. La tenencia ilícita de armas de fuego o de sustancias explosivas prohibidas; 8. La suspensión o cesación de industrias o labores de cualquier clase, sin justificación bastante; 9. Las huelgas no anunciadas con ocho días de anticipación, si no tienen otro plazo marcado en la ley especial, las declaradas por motivos que no se relacionen con las condiciones de trabajo y las que no se sometan a un procedimiento de arbitraje o conciliación; 10. La alteración injustificada del precio de las cosas; 11. La falta de celo y la negligencia de los funcionarios públicos en el desempeño de sus servicios».

¹³⁰ Article 2 «Podrán ser confinados o extrañados, por un período no superior al de vigencia de esta ley, o multados hasta la cuantía máxima de 10.000 pesetas, ocupándose o suspendiéndose, según los casos, los medios que hayan utilizado para su realización, los autores materiales o los inductores de hechos comprendidos en los números 1 al 10 del Artículo anterior. Los autores de hechos comprendidos en el número 11 serán suspendidos o separados de su cargo o postergados en sus respectivos escalafones.

Cuando se imponga alguna de las sanciones previstas en esta ley a una persona individual, podrá el interesado reclamar contra ella ante el señor Ministro de la Gobernación en el plazo de veinticuatro horas. Cuando se trate de la sanción impuesta a una persona colectiva, podrá reclamar contra la misma ante el Consejo de Ministros en el plazo de cinco días».

¹³¹ El Ministre de Governació també està facultat (art. 3) «1. Para suspender las reuniones o manifestaciones públicas de carácter político, religioso o social, cuando por las circunstancias de su convocatoria sea presumible que su celebración pueda perturbar la paz pública; 2. Para clausurar los Centros o Asociaciones que se considere incitan a la realización de actos comprendidos en el Artículo 1 de esta ley; 3. Para intervenir la contabilidad e investigar el origen y distribución de los fondos de cualquier entidad de las definidas en la Ley de Asociaciones; y, 4. Para decretar la incautación de toda clase de armas o sustancias explosivas, aun de las tenidas lícitamente».

¹³² Article 5 «Las medidas gubernativas reguladas en los precedentes Artículos no serán obstáculo para la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales».

En opinió de PARADA VÁZQUEZ l'esperit de la Llei de Defensa de la República i part de les seves disposicions van ser recollides, amb caràcter permanent -en vigència de la Constitució del 1931-, en la Llei d'Ordre Públic, de 28 de juliol de 1933¹³³. Per aquest autor, les innovacions substancials d'aquesta llei són tres: «la definició del orden público y el establecimiento de un catálogo de actos contrarios al mismo; la atribución al ejecutivo -sin necesidad de contar con el parlamento- de la facultad de declarar los estados de prevención, alarma y guerra, y, por último, la atribución a la autoridad gubernativa de facultades sancionatorias ordinarias fuera de la declaración formal de los estados de excepción»¹³⁴.

L'ordre públic es defineix a l'art. 1 com «El normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución». La norma estableix els actes contraris a l'ordre públic, d'entre els que destaquen els actes dirigits a pertorbar el funcionament de les institucions de l'Estat, la regularitat dels serveis públics o l'abastament i serveis necessaris a les poblacions; la vaga i la suspensió d'indústries il·legals, i els actes que, de qualsevol manera no prevista en els articles anteriors, alterin materialment la pau pública (art. 2 i 3)¹³⁵.

Les sancions contra els actes contraris a l'ordre públic les podia imposar l'autoritat governativa -Ministre de la Governació i Governadors civils-, sempre que no constituïssin delictes. Les multes havien de ser proporcionades al cabal o ingressos del multat i, en cas de reincidència, augmentaven un 50% sobre l'import de l'última imposada. En la llei

¹³³ Gaseta de Madrid núm. 211, de 30 juliol de 1933.

¹³⁴ PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 80.

¹³⁵ Article 2 «Son actos que afectan al orden público: 1. Los realizados con ocasión del ejercicio de los derechos garantizados en los artículos 27, 31, 33, 34, 35, 38, 99 y 41 de la Constitución; 2. Los realizados por colectividades cuando trasciendan a la vida pública ciudadana; 3. Los que, aun realizados individualmente, tengan por objeto una actividad, exhibición o influencia en la vía pública».

Article 3 «Se reputarán en todo caso actos contra el orden público: 1. Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos expresados en el párrafo primero del artículo anterior; 2. Los que se cometan o intenten cometer con armas o explosivos; 3. Aquellos en que se emplee pública coacción, amenaza o fuerza; 4. Los que no realizados por virtud de un derecho taxativamente reconocido por las leyes, o no ejecutados con sujeción a las mismas, se dirijan a perturbar el funcionamiento de las instituciones del Estado, la regularidad de los servicios públicos o el abastecimiento y servicios necesarios de las poblaciones; 5. La huelga y la suspensión de industrias, ilegales; 6. Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores, alteren materialmente la paz pública; 7. Aquellos en que se recomienden, propaguen o enaltezcan los medios violentos para alterar el orden legalmente establecido».

s'estableix un procediment d'imposició de multes gairebé de pla (art. 18), que reproduïm -malgrat ser llarg- perquè és molt il·lustratiu:

«(...)Al imponer la multa se fijará el plazo, nunca inferior a cuarenta y ocho horas, en que la misma haya de hacerse efectiva. Dentro de este término, cabrá recurrir ante el Ministro de la Gobernación o el Consejo de Ministros, según que la sanción dimanare de un Gobernador civil o del Ministro de la Gobernación.

Si a las veinticuatro horas de existir acuerdo definitivo en el orden gubernativo no se hubiese hecho efectiva la multa, se oficiará al Juez de instrucción correspondiente para la exacción, por vía de apremio, de la expresada sanción pecuniaria. En caso de insolvencia, el Juez decretará, si fuese requerido para ello por la Autoridad gubernativa, el arresto subsidiario del multado, por tiempo que no ha de exceder de un mes.

Si el multado careciese de arraigo en el lugar, la Autoridad gubernativa podrá disponer la detención preventiva del mismo, si no prestara caución.

Los recursos interpuestos en esta materia habrán de resolverse en el plazo improrrogable de diez días hábiles, desde que fueren aquéllos presentados.

Contra la imposición de las multas reguladas en este artículo podrá el multado reclamar ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por la vía del recurso de amparo, sin que por ello sea obligado suspender la ejecución de la sanción impuesta».

En aquest període, per primera vegada, cal diferenciar la jurisprudència contenciosa-administrativa de la constitucional, ja que són abundants les referències a les sancions administratives en les Sentències del Tribunal de Garanties Constitucionals¹³⁶. Aquest Tribunal es troba regulat al Títol IX de la Constitució de 1931, anomenat «Garantías y reformas de la Constitución», i té competències, entre d'altres, per conèixer els recursos d'emparament quan hagi estat ineficaç l'esmena davant d'altres autoritats (art. 121 a 124). Segons DOMÍNGUEZ VILA, a l'examinar la jurisprudència del Tribunal de Garanties en matèria de dret sancionador, s'observa que els pronunciaments giren al voltant de la Llei de Defensa de la República i de la Llei d'Ordre Públic i que estan íntimament relacionats amb les llibertats polítiques i el seu exercici i control¹³⁷.

¹³⁶ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 83.

¹³⁷ DOMÍNGUEZ VILA exposa que de la Llei de Defensa de la República ha estat impossible conèixer les conseqüències sancionadores, ja que els seus actes sancionadors no es publicaven a cap Butlletí Oficial i no admetia cap recurs (només hi ha constància de dues Sentències del Tribunal de Garanties Constitucionals i una del Tribunal Suprem, pronunciades quan la Llei ja es trobava derogada). Pel que fa a la Llei d'Ordre Públic, a la vista de la jurisprudència del Tribunal de Garanties Constitucionals, aquest autor determina -coincidint amb PARADA VÁZQUEZ- que es pot considerar que va ser hereva de la Llei de Defensa, ja que seguint la cita de ROYO VILLANOVA «Con esta Ley de Orden Público, el ciudadano, a pesar del Código Penal, a pesar del Tribunal de Garantías y de las Leyes administrativas, que respectivamente definen y garantizan el derecho de todos, en cuanto reza la ley de Orden Público, está entregado a la arbitrariedad de la autoridad gubernativa». *Ibíd.*, p. 86.

Pel que fa a la normativa local, en la Llei Municipal, de 31 d'octubre de 1935,¹³⁸ es manté la tradicional potestat sancionadora de l'Alcalde, tant en qualitat de President de la Corporació Local (art. 83.11)¹³⁹, com en qualitat de representant governatiu municipal (art. 84.3)¹⁴⁰. Aquesta dualitat de condicions de l'Alcalde produeix un règim divers de impugnació segons si actua en una o altra condició «Contra las multas impuestas por los Alcaldes cabrá recurso ante el Juez de instrucción, cuando las impongan en el ejercicio de su jurisdicción; y de alzada, en única instancia, ante el Gobernador civil, cuando lo hicieren como Delegados del Gobierno» (art. 222). L'instrument del poder sancionador municipal es troba en figura de la multa -sense la previsió d'arrest substitutori per impagament- i s'estableix la prohibició de sancionar una infracció simultàniament per autoritats de la mateixa índole (art. 145)¹⁴¹.

En relació amb la doctrina científica, des dels anys 1920 es va creant un cos de doctrina sobre la potestat sancionadora de l'Administració, amb diversos treballs monogràfics, d'entre els que destaquen GARCÍA OVIEDO¹⁴², FERNÁNDEZ DE VELASCO¹⁴³, MARTÍN-RETORTILLO¹⁴⁴ i GASCÓN Y MARÍN¹⁴⁵. L'estudi d'aquesta doctrina s'escapa a l'abast del present treball, malgrat això, volem destacar que es troba influïda per les doctrines alemanyes i italianes, fins al punt que, en opinió de DOMÍNGUEZ VILA, les doctrines d'aquests països han estat determinants en la constitució del Dret Administratiu Sancionador de l'Estat espanyol¹⁴⁶.

¹³⁸ Gaseta de Madrid, núm. 305, de 1 de novembre de 1935 (text íntegre tornat a publicar, per correcció d'errades, a la Gaseta de Madrid, núm. 307, de 3 de novembre de 1935).

¹³⁹ Article 83 «Como Jefe de la Administración municipal, el Alcalde ejerce las siguientes atribuciones: (...) 11. Imponer multas por infracción de las Ordenanzas y bandos municipales dentro de la cuantía que señala el artículo 145 de la presente ley».

¹⁴⁰ Article 84 «El Alcalde, como Delegado del Gobierno, es el representante de la Administración del Estado en el término municipal, y tiene a su cargo especialmente: (...) 3. Mantener el orden y proveer a la seguridad pública e individual con medidas preventivas y represivas».

¹⁴¹ Article 145 «Las infracciones de las Ordenanzas municipales podrán ser corregidas por los Ayuntamientos con la imposición de multas, que no excederán de 200 pesetas en las capitales de provincia y poblaciones de más de 50.000 habitantes; de 100, en más de 20.000 a 50.000; de 50, en las de 10.000 hasta 20.000; de 25, en las de 5.000 hasta 10.000, y de 10, en las demás.

En la misma medida podrán sancionar los Alcaldes las infracciones de los bandos de policía y buen gobierno.

La misma infracción no podrá ser sancionada simultáneamente por Autoridades de la misma índole.

En todo caso, serán de aplicación a las infracciones de las Ordenanzas municipales los plazos de prescripción que establezca el Código penal para las faltas».

¹⁴² GARCÍA OVIEDO, E., *Revista de legislación y Jurisprudencia de 1929*, pp. 601-637.

¹⁴³ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Revista de legislación y Jurisprudencia de 1927*, pp. 758-779.

¹⁴⁴ MARTÍN-RETORTILLO, C., *Revista de legislación y Jurisprudencia de 1929*, pp. 124-128.

¹⁴⁵ GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, C. Bermejo Impresor, 1933.

¹⁴⁶ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 106.

2.4.- La consolidació i expansió dels poders repressius sancionadors de l'Administració: la Dictadura del General Franco (1939-1975)

Des de 1939 ha estat constant l'augment qualitatiu dels sectors sancionables per l'Administració, i quantitatiu pel grau en què poden imposar-se les sancions en els sectors intervinguts, no només en matèria d'ordre públic, sinó en tots els sectors sotmesos a l'acció dels poders públics¹⁴⁷. És per això, que la doctrina especialitzada afirma que en aquesta etapa es produeix la consolidació del Dret administratiu sancionador¹⁴⁸.

Segons PARADA VÁZQUEZ, aquesta expansió del poder sancionador a l'àmbit de tots els sectors d'intervenció administrativa es realitza sense perdre les característiques provinents dels períodes anteriors i per mitjà de dos processos diferents: mitjançant la conversió del poder policial penal en potestat sancionadora de l'Administració a través de noves regulacions legislatives i reglamentàries (produint-se un traspàs de competències repressives del poder judicial a l'Administració); o configurant *ex novo* la potestat sancionadora en favor de l'Administració¹⁴⁹.

L'anàlisi de la legislació fonamental -en sentit estricte no pot parlar-se de Constitució- i de la legislació ordinària del Règim franquista permet distingir dues etapes que, segons han destacat alguns autors, corresponen a dues maneres d'entendre el Dret Administratiu Sancionador. Una primera etapa en què es continua en estat de guerra i que es perllonga fins al 1948 (any en que s'aprova el Decret de Presidència del Govern de 7 d'abril de 1948¹⁵⁰) i una segona etapa que va des de la dècada dels cinquanta, en què s'inicia una reforma administrativa que intenta reconstruir i perfilar un Estat amb aparença d'Estat de Dret, i que s'allarga fins al final de la dictadura¹⁵¹.

¹⁴⁷ CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 53.

¹⁴⁸ MEJÍA PATIÑO, O. A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo... op. cit., p. 269.

¹⁴⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. R. «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 82.

¹⁵⁰ El Decret de 7 d'abril de 1948 -pel qual es resol la competència suscitada entre el Jutjat Permanent núm. 2 de la Zona Aèria del Marroc i el Jutjat de Primera Instància de Tetuan-, estableix el moment en què s'ha de considerar que ja no subsisteix l'Estat de Guerra. En concret, el litigi en qüestió es resol establint la competència en favor de la jurisdicció ordinària en base, entre d'altres, als següents arguments (Considerant 5è): «Considerando que la cuestión se reduce a declarar si subsistía el estado de guerra al cometerse los hechos en diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, supuesto inaceptable, por cuanto el Gobierno de la Nación desde que terminó la Guerra de Liberación en primero de abril de mil novecientos treinta y nueve ha venido dictando diversas medidas tendentes todas al restablecimiento de un estado de derecho más amplio que el de guerra significa (...)».

¹⁵¹ Per tots, DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 133.

a) Primera etapa

La legislació bàsica de la primera etapa d'excepció -que engloba la Guerra Civil i els primers anys de la postguerra- remet gairebé tota la potestat sancionadora a la jurisdicció militar. Destaquen les següents normes:

- El Ban de la Junta de Defensa Nacional de 28 de juliol de 1936, declaratori de l'Estat de Guerra, atribueix a la Justícia Militar tot el camp infractor, punitiu o sancionador estatal¹⁵².
- El Decret núm. 131, de 13 de setembre de 1936, sobre Partits Polítics, remet a les autoritats militars la imposició de les sancions¹⁵³.
- La Llei de 30 de gener de 1938, de la que s'ha afirmat que fa tornar a l'Estat espanyol la colegislació del poder estamental i del Monarca dels estats absolutistes¹⁵⁴.
- La Llei de 8 d'agost de 1939 modificant l'organització de la Administració Central de l'Estat establerta per les lleis de 30 de gener i 29 de desembre de 1938, que reforça les potestats legislatives del Cap de l'Estat¹⁵⁵.

En aquest període s'aprova la primera de les set Lleis Fonamentals del Règim, la Llei del «Fuero del Trabajo» de 9 de març de 1938¹⁵⁶ que, en opinió de DE ESTEBAN,

¹⁵² BOE núm. 3, de 30 de juliol de 1936.

¹⁵³ L'article 3 preveu que «Las Autoridades militares cuidarán rigurosamente, del cumplimiento de este Decreto, imponiendo las sanciones que procedan a los infractores del mismo». «Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España», núm. 30, de 28 setembre 1936

¹⁵⁴ Així, per exemple, l'article 17 preveu que «Al Jefe del Estado, que asumió todos los Poderes por virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936, corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general.

Las disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno, y a propuesta del Ministro del ramo, adoptarán la forma de Leyes cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país, y Decretos en los demás casos.

En el ejercicio de la potestad reglamentaria y, en general, en la realización de las funciones administrativas, las resoluciones y disposiciones de los Ministros revestirán la forma de Ordenes». BOE, núm. 467, de 31 de gener de 1938.

L'afirmació feta en el text és de DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 133.

¹⁵⁵ L'article 7 preveu que «Correspondiendo al Jefe del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, conforme al artículo decimoséptimo de la Ley de treinta de enero de mil novecientos treinta y ocho, y radicando en él de modo permanente las funciones de gobierno, sus disposiciones y resoluciones, adopten la forma de Leyes o de Decretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones». BOE, núm. 221, de 9 d'agost de 1939.

¹⁵⁶ BOE, núm. 505, de 10 març de 1938.

respon al caràcter totalitari del nou Règim, sent la seva principal aportació l'organització dels Sindicats únics verticals com a base fonamental del nou Estat¹⁵⁷. Aquesta norma, però, no aporta novetats a la matèria del nostre estudi.

En relació amb la legislació sancionadora d'aquest primer període, es pot afirmar que existeix un àmbit de l'ordenament jurídic punitiu reservat al Dret Sancionador en contínua expansió, que incrementa notablement les competències sancionadores de l'Administració Central de l'Estat. Destaca especialment la intervenció en sectors com l'agricultura, l'ordre públic, el sòl i l'ordenació urbana¹⁵⁸.

Pel que fa als límits i als criteris de delimitació entre el Dret Administratiu Sancionador i el Dret Penal Comú, s'observa que ambdós règims punitius es troben absolutament difusos. Amb caràcter general es produeix una despenalització de determinades matèries per sotmetre-les a sancions administratives (especialment, en els sectors de contraban i defraudació, per exemple el Decret de 10 de novembre de 1945 pel qual s'estableix un procediment sumari per jutjar les faltes de contraban o de defraudació de menor quantia¹⁵⁹); mentre que en altres sectors es sotmet a la jurisdicció ordinària la punibilitat de les infraccions (per exemple, en el sector de la navegació aèria en la Llei de Bases de 27 de desembre de 1947¹⁶⁰)¹⁶¹.

El Codi Penal de 1944, en l'art 603, manté la regulació establerta en els codis anteriors, en establir que «En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de Policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, *no se establecerán penas mayores que las señaladas en este Libro*, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones

¹⁵⁷ DE ESTEBAN, J., *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio Publicaciones. Facultad Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992-1994, p. 57.

¹⁵⁸ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 122.

¹⁵⁹ Aquesta confusió entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal es veu clarament en aquest Decret:

«Artículo 2. Las faltas definidas en el artículo anterior serán sancionadas con multa del duplo del valor de los géneros aprehendidos y comiso de éstos, en las de contrabando, y del triplo de los derechos en las de defraudación.

Artículo 3. Si el hecho constitutivo de contrabando o defraudación a que se refiere el artículo primero estuviese también comprendido en los preceptos del Decreto de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, será sancionado, además, con multa del duplo del valor de los géneros aprehendidos, valorados como dispone el artículo octavo de aquel Decreto, y con el comiso de dichos efectos, si no procediese otro destino de los mismos o de su importe en venta con arreglo a los preceptos de la vigente Ley penal y procesal en materia de Contrabando y Defraudación». BOE núm. 325, de 21 novembre 1945.

¹⁶⁰ BOE núm. 1, de 1 de gener de 1948.

¹⁶¹ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 122.

gubernativas, *a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales*. Conforme a este principio, las disposiciones de este Libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competían a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de Policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes» (les cursives són nostres)¹⁶².

En relació amb la legislació de règim local, al marge d'algun projecte que no va arribar a veure la llum¹⁶³, s'aprova la Llei de Bases de Règim Local de 17 de juliol de 1945¹⁶⁴, que va ser articulada pel Decret de 16 de desembre de 1950¹⁶⁵, en la què, seguint a ORDUNA REBOLLO, l'intervencionisme governatiu és palpable en tota la Llei, amb la designació dels alcaldes i dels presidents de la Diputació¹⁶⁶. Continuant amb la tradició històrica iniciada en el segle anterior, l'Alcalde manté la funció President de l'Ajuntament, Cap de l'Administració municipal i Delegat del Govern (art. 50). Però en aquest període a més, en moltes ocasions, el càrrec d'alcalde porta afegit el de cap local del Moviment; és a dir, del Partit Únic¹⁶⁷. La potestat sancionadora dels Alcaldes està regulada en els articles 105 i 111 a 115, que el faculten per imposar multes per infracció d'ordenances, bans o reglaments municipals amb l'establiment d'uns límits de quantia per tram de població, límits que poden ser alterats mitjançant llei especial.¹⁶⁸ La modificació fruit de la Llei de 3 de desembre de 1953 no aporta novetats importants, sinó que realitza una refosa de l'anterior, amb pretensió modernitzadora, però sense canvis més enllà de nous instruments de control, fiscalització i potenciadors d'una major intervenció de l'Estat en l'esfera local¹⁶⁹.

¹⁶² BOE núm. 13, de 13 gener de 1945.

¹⁶³ Ens referim al Projecte de Codi de Govern i Administració Local, elaborat el setembre de 1940 i que ha estat qualificat per ORDUNA REBOLLO d'inviàble. Segons aquest autor, en aquest Projecte es barrejaven conceptes de la Llei Municipal moderada de 1844 amb figures de l'intervencionisme estatalista del feixisme italià. ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 189.

¹⁶⁴ BOE núm. 199, de 18 de juliol de 1945.

¹⁶⁵ BOE núm. 363, de 29 de desembre de 1950.

¹⁶⁶ ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 190.

¹⁶⁷ ORDUÑA REBOLLO, E., *Municipios y provincias. Historia de la Organización Territorial Española*, Madrid, INAP, 2003, p. 600.

¹⁶⁸ Article 111 «Las multas por infracción de las Ordenanzas, Reglamentos y Bandos municipales a que se refiere este Capítulo, así como las que se impongan por los Alcaldes en caso de faltas por desobediencia a su Autoridad, no podrán exceder, salvo que en leyes especiales se autorice, de quinientas pesetas en Municipios de más de cincuenta mil habitantes; de doscientas cincuenta pesetas en los de veinte mil uno a cincuenta mil; de cien pesetas en los de diez mil uno a cincuenta mil; de cincuenta pesetas en los demás Municipios».

¹⁶⁹ ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación...* op. cit., p. 190.

D'entre la doctrina científica de la època destaquen autors com ROYO VILLANOVA¹⁷⁰, ÁLVAREZ-GENDÍN¹⁷¹, GASCÓN Y MARÍN¹⁷², GARCIA OVIEDO¹⁷³, VILLAR Y ROMERO¹⁷⁴ i GARRIDO FALLA¹⁷⁵. En aquest apartat no ens detindrem a analitzar les tesis d'aquests autors, sinó que ens limitarem a fer nostre la reflexió de DOMÍNGUEZ VILA qui estableix que, el fil conductor que uneix a tots els autors citats és la justificació, des de la dogmàtica administrativista, de les estructures bàsiques juridicopolítiques del règim¹⁷⁶.

En una línia diferent a la dels autors citats, el penalista CASTELLÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA¹⁷⁷ realitza una anàlisi de la potestat sancionadora de l'Administració relacionant-la amb el Dret Penal -especialment amb les faltes penals- i proposa solucions per corregir la hipertrofia de normes amb preceptes sancionadors. Com a alternativa al creixement indiscriminat del Dret Administratiu Sancionador, l'autor proposa la redacció d'un Codi de Policia que contingui les faltes recollides en el Codi Penal i les contravencions administratives. Els il·lícits inclosos en aquest Codi haurien de ser jutjats per un tribunal de Policia amb caràcter judicial i no administratiu, i amb un procediment basat en una renovació de la Llei d'Enjudiciament Criminal. El 1955 l'autor publica un Avantprojecte de Codi de Faltes i Infraccions, que porta a la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació¹⁷⁸.

¹⁷⁰ ROYO VILLANOVA, A., *Derecho administrativo del nuevo estado español. Apéndice a la décimaquinta edición de los Elementos de Derecho administrativo*, Valladolid, Librería Santarén, 1939.

¹⁷¹ ÁLVAREZ-GENDÍN, S., *Manual de derecho administrativo*, Zaragoza, Librería General, cop., 1941.

¹⁷² GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho administrativo: principios y legislación española*, Madrid, Bermejo, 1943.

¹⁷³ GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho Administrativo*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1943.

¹⁷⁴ VILLAR Y ROMERO, J. M., *Derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1948.

¹⁷⁵ GARRIDO FALLA, F. «Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953, p. 11-32.

¹⁷⁶ Segons DOMÍNGUEZ VILA «Había que justificar la distribución, más bien unificación, de los poderes del Estado, así como toda la política de restricción de libertades públicas, usando para ello indiscriminadamente las instituciones y conceptos del Derecho Administrativo garantizador, por ello tampoco existió una preocupación por acotar lo administrativo de lo político. No existió una reflexión sobre los fundamentos de la potestad sancionadora, conforme a la lógica del sistema, considerando la existencia del Derecho Sancionador como lógica dentro de la «normalidad institucional» en el contexto de la configuración del Estado». DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 130.

¹⁷⁷ CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1950.

¹⁷⁸ CASTELLÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas. Apéndice primero: comprende el anteproyecto de código de faltas e infracciones, su discusión en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la reforma del Código Penal en la materia*, Madrid, Inst. Est. Adº Local, 1955.

b) Segona etapa

En la segona etapa de la dictadura es promulguen les altres sis Lleis Fonamentals del nou Estat¹⁷⁹, que el doten d'una aparença de garanties formals. Destaquen als efectes del present estudi, les següents:

- La Llei Constitutiva de les Corts, de 17 de juliol de 1942, que a l'art. 10 estableix la competència del Ple de les Corts per conèixer de determinades matèries, entre les quals destaquen les bases del dret civil, mercantil, Social, Penal i Processal i de l'Organització judicial i de l'Administració pública¹⁸⁰.
- La Llei «del Fuero de los Espanyoles», de 17 de juliol de 1945, que regula els drets i deures dels espanyols i les seves garanties, i que a l'art. 19 preveu que «Nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado»¹⁸¹.
- La Llei Orgànica de l'Estat, núm. 1/1967, de 10 de gener, que estableix a l'art. 31 que «La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley orgánica de la Justicia, según su diversa competencia». Establint a l'art. 41 que l'Administració no podrà dictar disposicions contràries a les lleis, ni regular, sense autorització expressa, matèries que siguin competència exclusiva de les Corts, i afegint a l'art. 42, que les resolucions i acords de l'Administració es dictaran d'acord amb les normes que regulen el procediment administratiu¹⁸².

En aquesta etapa, es comença una reforma administrativa -realitzada pels administrativistes afectes al règim- en què s'aprova un cos significatiu de lleis, entre les quals destaquen la Llei de la Jurisdicció Contenciosa-Administrativa de 1956, la de Règim Jurídic de l'Administració de l'Estat de 1957, la Llei de Procediment Administratiu de 1958 i la de Funcionaris Civils de 1964. BALLBÉ es refereix a aquesta

¹⁷⁹ Com s'ha apuntat *supra*, durant el règim franquista es van aprovar set lleis fonamentals: la Llei del «Fuero del Trabajo» de 1938; la Llei Constitutiva de les Corts de 1942; La Llei del «Fuero de los Españoles» de 1945, la Llei del Referèndum Nacional de 1945; La Llei de Successió a la Jefatura de l'Estat de 1947, i la Llei Orgànica de l'Estat de 1967. Una anàlisi d'aquestes lleis la trobem a DE ESTEBAN, J., *Curso de Derecho Constitucional...* op. cit., p. 57 i següents.

¹⁸⁰ BOE, núm. 200, 19 de juliol de 1942.

¹⁸¹ BOE, núm. 199, de 18 juliol 1945.

¹⁸² BOE, núm. 9, de 11 de gener de 1967.

etapa com «la escenificación de un estado de Derecho con pervivencia de leyes excepcionales»¹⁸³, ja que s'estableix una aparença de garanties formals que es veuran conculcades respecte al principi d'independència del poder judicial, al principi de legalitat en matèria sancionadora i de les garanties suficients del ciutadà¹⁸⁴.

Per il·lustrar aquesta «escenificació» es pot acudir a la Llei de 17 de juliol de 1958¹⁸⁵, sobre Procediment Administratiu, que dissenya un procediment sancionador en el que s'estableixen unes garanties formals d'importància notòria¹⁸⁶ (especialment, als articles 136 i 137)¹⁸⁷ -que poden ser ignorades a través de disposicions especials (article 133)¹⁸⁸- i immediatament aquestes garanties s'excepcionen per a la responsabilitat política, l'ordre públic i, en general, la repressió de les llibertats, en virtut del Decret de 10 d'octubre de 1958, pel qual s'assenyalen els procediments especials que, per raó de la

¹⁸³ Autor citat per DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 110.

¹⁸⁴ En paraules de DOMÍNGUEZ VILA «No se puede hablar de principio de legalidad en un Estado donde el Jefe del mismo tiene capacidad legislativa (art. 8 de la LOE), las funciones de las Cortes están tasadas (art. 12 de la Ley de las Cortes); por lo que resulta perfectamente posible en este marco jurídico, y hasta adecuado a la lógica y dinámica propias del régimen, la existencia de una Administración con potestad sancionadora independiente e ilimitada que impide o cercena rápidamente los conflictos, frente a un poder legislativo, deslegitimado de representación y soberanía popular en su origen «constitucionalmente» débil, y un poder judicial sometido al régimen político». *Ibíd.*, p. 112.

¹⁸⁵ BOE núm. 171, de 18 de juliol de 1958.

¹⁸⁶ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador de la Administración...* op. cit., p. 82.

¹⁸⁷ Article 136 «Uno. El Instructor ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción.

Dos. A la vista de las actuaciones practicadas, se formulará un pliego de cargos, en el que se expondrán los hechos imputados.

Tres. El pliego de cargos se notificará a los interesados, concediéndoles un plazo de ocho días para que puedan contestarlo».

Article 137 «Uno. Contestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo para hacerlo, el Instructor formulará propuesta de resolución. que se notificará a los interesados para que en el plazo de ocho días puedan alegar cuanto consideren conveniente a su defensa.

Dos. La propuesta de resolución con todo lo actuado, se remitirá al órgano que ordenó la incoación del expediente, para que lo resuelva o lo eleve al que compete la decisión, cuando corresponda a órgano distinto».

¹⁸⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR destaca que l'art. 133, en establir que no «podrá imponerse una sanción administrativa sino en virtud del procedimiento regulado en el presente capítulo, salvo lo dispuesto en disposiciones especiales», va comportar que la remissió a disposicions especials consistís no en adaptacions a les exigències dels concrets sectors objecte de regulació administrativa, sinó en una disminució substancial de les garanties i, fins i tot, establir la possibilitat d'imposar sancions sense previ procediment, com succeeix en matèria d'ordre públic. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Pamplona, Civitas, 2007, p. 30.

seva matèria, continuaran vigents a l'entrada en vigor de la Llei de procediment administratiu, d'acord amb la seva disposició final primera, número tres¹⁸⁹.

D'aquesta etapa limitarem en nostre estudi a les normes sancionadores en matèria d'ordre públic, les quals, com veurem, van ser utilitzades indiscriminadament respecte de les conductes més variades¹⁹⁰. Malgrat això, cal tenir present, seguint a PARADA VÁZQUEZ, que el més característic d'aquest període no és tant l'augment quantitatiu del poder sancionador en l'àmbit de la policia general d'ordre públic, sinó el desenvolupament qualitatiu del poder sancionador en totes els àmbits de la intervenció administrativa¹⁹¹.

La primera norma destacada en matèria d'ordre públic és el Decret de 10 d'octubre de 1958 pel qual es regulen les atribucions i deures dels governadors civils¹⁹² (dotant-los

¹⁸⁹ Article 1. «Se consideran procedimientos administrativos especiales, a efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo, los siguientes: 1.-Los procedimientos en materia de expropiación forzosa; 2.-Los relativos a contratación administrativa. 3.-Los de actuación de los órganos colegiados de la Administración; 4.-Los procedimientos sobre elaboración de estudios y proyectos de planes, trabajos y obras; 5.- El régimen para determinadas correcciones del apartado primero del artículo sesenta y uno del Reglamento de Funcionarios (...); 6.-Los procedimientos especiales en materia de gracia del Ministerio de Justicia; 7.-Los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecario y Notarial (...); 8.-El procedimiento sobre nacionalidad; 9.-Los procedimientos de liquidación, inspección, investigación y gestión de los diferentes impuestos y contribuciones; 10.-Los procedimientos para hacer efectivos los créditos y derechos a favor de la Hacienda Pública y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; 11.-Los procedimientos para reprimir y sancionar los fraudes fiscales; 12.-El procedimiento para la suspensión de acuerdos y resoluciones por el Gobernador civil, según el art. 13 del Decreto de 10/10/1958; 13.-El de régimen disciplinario de la policía armada y de tráfico; 14.-Los procedimientos sobre extranjería pase de fronteras y sanciones gubernativas en los casos y circunstancias de la Ley de Orden Público, disposiciones complementarias y apartado 5 del art. 137 del reglamento de 31/01/1947; 15.- El procedimiento de las Comunidades Regantes, Jurados de Riego y Canal Imperial de Aragón; 16.- El procedimiento ante las Juntas de tasas; 17.- El procedimiento de disciplina académica; 18.- Los procedimientos relativos a crisis de trabajo y modificación de condiciones contractuales; 19.- Los procedimientos de imposición de sanciones por infracción de Leyes sociales y liquidación de cuotas de Seguros Sociales y Mutualismo Laboral; 20.- El procedimiento sobre autorización de trabajo a extranjeros; 21.- Los procedimientos relativos a propiedad industrial en sus diversas modalidades; 22.- El procedimiento en materia de colonización, parcelación y concentración parcelaria; 23.- Los procedimientos relativos a actividades bancarias (...); 24.- Los procedimientos que dan lugar a los actos enunciados en el artículo 40 c) de la Ley de la jurisdicción Contenciosa-administrativa, así como los actos de policía en materia turística; 25.- Los procedimientos para otorgar ayuda económica o material en el fomento de actividades informativas o turísticas; 26.- Los regulados por la Ley sobre Régimen del Suelo y ordenación Urbana (...); 27.- El procedimiento de desahucio administrativo». BOE núm. 258, de 28 d'octubre de 1958.

¹⁹⁰ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 381.

¹⁹¹ PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit., p. 82.

¹⁹² BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1958.

d'un Estatut propi). Aquest Decret estableix que els Governadors Civils hauran de ser notificats de totes les sancions administratives que s'imposin en la seva jurisdicció, podent suspendre-les quan ho estimi convenient, donant-ne compte al Ministre del ram, que podrà revocar-la o dissentir, executant-se l'acord en el darrer cas (art. 13)¹⁹³. També atribueix una potestat sancionadora general i genèrica als Governadors Civils amb previsió d'arrest substitutori per impagament (art. 22)¹⁹⁴ i amb l'expressa possibilitat

¹⁹³ L'article 13.3 estableix que al Governador civil, com a Delegat permanent del Govern a la província i se'ns perjudici de les funcions que exerceixi com a Cap provincial del Moviment, li correspon «El impulso, fiscalización y orientación, conforme a las directrices de los Ministerios respectivos, de todos los Servicios y Delegaciones de los Órganos de la Administración central Civil, de modo especial en las materias que refieren los artículos veinticinco a treinta y cuatro de este Decreto.

Las expresadas entidades y los Delegados o representantes de los Departamentos ministeriales habrán de poner en conocimiento del Gobernador, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su fecha, los acuerdos o resoluciones por ellos adoptados que, por su interés para el buen régimen económico y político de la provincia, el Gobernador disponga con carácter general que le sean comunicados, y aquellos otros que, en cada caso, concretamente determine.

Se le notificaran, sin excepción, las sanciones que se impongan por infracciones de carácter administrativo.

El Gobernador, en un plazo de tres días, podrá suspender aquellos acuerdos y sanciones con expresión de las causas motivadoras de la resolución adoptada, dando cuenta de la suspensión a la entidad o funcionario que las adoptó y al Ministerio del Ramo competente.

Si el Ministerio confirma el acuerdo del Gobernador, se entenderá revocada la resolución considerándose tal conformidad tácitamente prestada cuando en el plazo de un mes no manifestase su discrepancia.

En caso de disenso el Ministerio correspondiente dentro del plazo marcado pondrá en conocimiento del Gobernador su disconformidad, levantándose la suspensión por éste decretada. De tal acuerdo se dará traslado al Ministerio de la Gobernación.

A los efectos previstos en este artículo ninguno de los acuerdos susceptibles de suspensión será ejecutivo hasta que transcurran cinco días, contados desde el siguiente al de la fecha de su adopción.

En materia de Administración Local la suspensión de los acuerdos de las Corporaciones llevada a cabo por el Gobernador, se regirá por su legislación privativa».

¹⁹⁴ Article 22 «Las sanciones que pueden imponer los Gobernadores Civiles lo serán mediante expediente, y si consistieran en multas, deberán abonarse en papel de pagos al estado y no podrán exceder del límite que la Ley de Orden Público u otras disposiciones especiales autoricen en cada caso.

Para la graduación de las multas se tendrá en cuenta no sólo la gravedad y trascendencia del hecho realizado, sino también los antecedentes y conductas del infractor, y muy especialmente, su solvencia económica.

Al imponer la multa se fijará el plazo dentro del cual habrá de hacerse efectiva, que no será inferior a tres días hábiles, a partir de la notificación, pudiendo acordarse igualmente el pago fraccionado en los plazos que se indiquen.

En caso de falta de pago las multas, una vez firme la resolución que las impuso, el Gobernador podrá oficiar al juzgado competente, con copia autentica de la resolución, para que proceda a su exacción por vía de apremio, o bien el mismo Gobernador decretará el arresto sustitutivo de la multa hasta el máximo que autorice la Ley de Orden Público, el Decreto-ley de 4 de agosto de 1952 y demás disposiciones vigentes.

La imposición de arresto sustitutivo por el impago de multas acordadas por autoridades gubernativas inferiores corresponderá al Gobernador Civil, con el límite señalado en el párrafo anterior.

d'imposar sancions d'ordre públic (art. 23), urbanístiques (art. 28), en matèria d'infraccions de circulació (art. 29) i en matèria d'assistència escolar (art. 30).

Posteriorment, s'aprova la Llei 45/1959, de 30 de juliol, d'Ordre Públic¹⁹⁵, norma sancionadora per excel·lència en aquesta matèria, entre d'altres raons, perquè manté la seva vigència fins l'any 1992, quan es deroga per la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre Protecció de la Seguretat Ciutadana. La importància d'aquesta norma és tal que ha estat qualificada per DOMÍNGUEZ VILA de capital de tota la història del Dret Sancionador de l'Estat espanyol¹⁹⁶.

Aquesta Llei d'Ordre Públic estableix la capacitat sancionadora de les autoritats governatives en aquesta matèria, sens perjudici de la competència dels Tribunals o autoritats d'una altra jurisdicció (art. 18), i possibilita que les autoritats locals i l'Administració de l'Estat imposin de multes amb quanties que van de 500 a 500.000 pessetes (art. 19)¹⁹⁷, que s'hauran de graduar en funció de la gravetat del fet, els antecedents de l'infractor, la seva capacitat econòmica i les carregues familiars (art. 20). Per poder recórrer exigeix el dipòsit previ d'un terç de la quantia de la multa (art. 21)¹⁹⁸

Contra la imposición de las sanciones y de las multas a que se refiere este artículo procederán, en su caso, y habida cuenta de la naturaleza de la infracción, los recursos prevenidos en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo».

¹⁹⁵ BOE núm. 182, de 31 de juliol de 1959.

¹⁹⁶ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 148.

¹⁹⁷ Article 19 «Uno. Los Alcaldes podrán sancionar los actos contra el orden público con multas que no excedan de doscientas cincuenta pesetas en Municipios de hasta diez mil habitantes; de quinientas pesetas en los de diez mil a veinte mil; de mil pesetas en los de más de veinte mil; de dos mil quinientas pesetas en los de más de cincuenta mil, y de cinco mil pesetas en los de más de cien mil.

Dos. Los Delegados del Gobierno en las islas Canarias y Baleares podrán sancionar las mismas faltas con multas de hasta dos mil quinientas pesetas. Los Gobernadores civiles podrán hacerlo en cuantía que no exceda de veinticinco mil pesetas; el Director general de Seguridad hasta cincuenta mil pesetas; el Ministro de la Gobernación hasta cien mil pesetas, y el Consejo de Ministros hasta quinientas mil pesetas.

Tres. Seguirán encomendadas al Director general de Seguridad las atribuciones que en este orden le corresponden en Madrid y su provincia, sin perjuicio de las peculiares del Gobernador civil en materia de régimen local u otras cuestiones»

¹⁹⁸ Article 21 «Uno. Contra las sanciones gubernativas sólo podrá el interesado interponer recurso, que tendrá el doble carácter de súplica ante la Autoridad que corrigió, y de alzada, ante el superior inmediato de aquélla.

Dos. El plazo de interposición de este recurso será el de diez días hábiles, a contar del siguiente al de notificación de la sanción.

Tres. Si se estimase totalmente como recurso de súplica, perdería su carácter subsidiario de recurso de alzada, si se desestimase total o parcialmente, o no fuese resuelto en el plazo de quince días, la Autoridad sancionadora cursará el escrito en que se contenga al superior correspondiente, acompañando, a modo de informe, la resolución desestimatoria del recurso.

i preveu l'increment d'un 50% de la sanció si l'infractor té antecedents policials o penals (art. 23)¹⁹⁹.

La definició de l'ordre públic la trobem a l'art. 1, que determina que «el normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público». Destaca d'aquesta definició el fet que és gairebé idèntica a l'establerta pel legislador de la II República a Llei d'Ordre Públic, de 28 de juliol de 1933²⁰⁰.

En la disposició transitòria segona de la Llei d'Ordre Públic de 1959 es preveu que «Seguirá entendiendo la jurisdicción militar de los delitos que, afectando al orden público, le están atribuidos con arreglo a lo establecido en Leyes especiales, sin perjuicio de las inhibiciones que se acordaren en favor de la jurisdicción ordinaria y en tanto que el Gobierno revise y unifique las normas de competencia relativas concretamente a dichos delitos, autorizándosele especialmente para ello». Aquesta previsió va servir de base perquè mitjançant el Decret 1794/1960, de 21 de setembre, s'excepcionés el règim general i s'atribuís a la jurisdicció Militar la competència per conèixer determinades infraccions²⁰¹.

Cuatro. Para recurrir contra la imposición de una multa como sanción gubernativa se verificará previamente el depósito del tercio de su cuantía, salvo los casos de notoria incapacidad económica apreciada por la Autoridad que sancionó.

Cinco. Para la resolución de los recursos de alzada son superiores de los Alcaldes y Delegados del Gobierno en las provincias insulares los Gobernadores civiles respectivos; del Director general de Seguridad y de los Gobernadores civiles el Ministro de la Gobernación, y de éste, el Consejo de Ministros».

¹⁹⁹ Article 23 «Uno. Cuando de los antecedentes policiales o penales apareciese ser el inculpado infractor habitual o estuviera conceptualizado como peligroso para el orden público, o que por su conducta suponga una amenaza notoria para la convivencia social, el Gobernador civil, el Director general de Seguridad y el Ministro de la Gobernación podrán sancionarlo con multa en un cincuenta por ciento superior a la autorizada en el artículo diecinueve, sin perjuicio de que sea puesto, cuando proceda, a disposición de la jurisdicción de Vagos y Maleantes.

Dos. Si el inculpado a que se refiere el párrafo anterior, sea cual fuere la cuantía de la sanción impuesta, careciese de arraigo en el lugar o de solvencia conocida, la Autoridad gubernativa podrá disponer su detención mientras no haga efectiva la multa o no preste caución suficiente, a juicio de aquélla, por plazo no superior a treinta días, que le será de abono para el cumplimiento del arresto supletorio».

²⁰⁰ Recordem que l'art. 1 de la Llei d'Ordre Públic, de 28 de juliol de 1933, el defineix en els següents termes «El normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución».

²⁰¹ Article 2 «Serán considerados reos de delito de rebelión militar, de acuerdo con el número quinto del artículo doscientos ochenta y seis del Código de Justicia Militar y penados conforme a lo dispuesto en ese Código:

Posteriorment, la Llei 154/1963, de 2 de desembre, sobre creació del Jutjat i Tribunals d'Ordre Públic, crea una jurisdicció especial per al coneixement dels delictes establerts en l'esmentat Decret 1794/1960, de 21 de setembre²⁰². Al seu torn, mitjançant la Llei 36/1971, de 21 de juliol, es modifiquen determinats articles de la Llei d'Ordre Públic, elevant les quanties de les multes governatives (que van de 500.000 pessetes a un milió) i elevant correlativament, l'arrest substitutori per impagament. En aquesta norma s'estableix que cap acte contra l'ordre públic podrà ser objecte de més d'una sanció, és a dir, s'estableix el *non bis in idem* en l'àmbit de les sancions administratives (art. 19)²⁰³.

Primero. Los que difundan noticias falsas o tendenciosas con el fin de causar trastornos de orden público interior, conflictos internacionales o desprestigio del Estado, sus Instituciones, Gobierno, Ejército o Autoridades.

Segundo. Los que por cualquier medio se unan, conspiren o tomen parte en reuniones, conferencias o manifestaciones, con los mismos fines expresados en el número anterior. Podrán también tener tal carácter los planteos, huelgas, sabotajes y demás actos análogos cuando persigan un fin político o causen graves trastornos al orden público». BOE núm. 231, de 26 setembre 1960.

²⁰² Article 3 «Dentro de la jurisdicción ordinaria, con sede en Madrid se crea un Tribunal de Orden Público al cual se le confiere competencia privativa en todo el territorio nacional respecto de los demás Juzgados y Tribunales de dicha jurisdicción para juzgar los hechos delictivos siguientes:

a) Los comprendidos en el título I –contra la seguridad exterior del Estado–; en el título II, capítulo I –contra el Jefe del Estado, las Cortes, Consejo de Ministros y forma de Gobierno–, Secciones primera y cuarta del capítulo II –con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes–, capítulo III –rebelión–, capítulo IV –sedición–, capítulo V –disposiciones comunes a los dos anteriores–, capítulo IX –desórdenes públicos–, y en su caso capítulo X –disposición común– y capítulo XI –propagandas ilegales– y en el título XII, siempre que obedezcan a un móvil político o social, los del capítulo I –detenciones ilegales–, capítulo II –sustracción de menores–, capítulo V –allanamiento de morada–, capítulo VI –amenazas y coacciones– y capítulo VII –descubrimiento y revelación de secretos–, todos los del libro II del Código Penal.

b) Aquellos de cuyo conocimiento se inhiba la jurisdicción militar, a tenor del párrafo último del artículo octavo del Decreto mil setecientos noventa y cuatro/mil novecientos sesenta, y estén comprendidos en esta Ley.

c) Los delitos conexos y las faltas incidentales de los delitos mencionados en los dos apartados anteriores.

Este Tribunal conocerá también, en el supuesto a que se contrae el párrafo primero del artículo cuarenta y tres de la Ley de Orden Público de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve y con jurisdicción en todo o parte del territorio nacional a que afecte la declaración del estado de excepción a que se refiere, de los hechos delictivos que el artículo cuarenta y cuatro de dicha Ley atribuye al Tribunal de Urgencia». BOE núm. 291, de 5 de desembre de 1963.

²⁰³ Article 19 «Uno. Los Alcaldes podrán sancionar los actos contra el orden público con multas que no excedan de quinientas pesetas, en Municipios de hasta diez mil habitantes; de mil pesetas, en los de diez mil a veinte mil; de dos mil pesetas, en los de más de veinte mil; de cinco mil pesetas, en los de más de cincuenta mil, y de diez mil pesetas, en los de más de cien mil.

Dos. Los Delegados del Gobierno en las islas Canarias y Baleares podrán sancionar las mismas faltas con multas de hasta diez mil pesetas. Los Delegados del Gobierno a efectos de orden público en Ceuta y Melilla podrán imponer sanciones de hasta veinticinco mil pesetas. Los Gobernadores civiles podrán hacerlo en cuantía que no exceda de cien mil pesetas; el Director general de Seguridad, hasta doscientas cincuenta mil pesetas; el Ministro de la Gobernación, hasta quinientas mil pesetas, y el Consejo de Ministros, hasta un millón de pesetas.

Diversos autors han destacat el paper que ha desenvolupat en el Dret administratiu espanyol la «clàusula d'ordre públic» com a límit imprecís a l'exercici dels drets. En aquest sentit, MARTIN-RETORTILLO BAQUER assenyala que la interpretació de la clàusula d'ordre públic en el període de la Dictadura no és restrictiva per protegir el drets sinó extraordinàriament expansiva i això comporta una interpretació de la clàusula que «la ha liberado de contenciones de forma que se ha expandido hasta alcanzar cotas sorprendentes» i «que ha superado con mucho la funcionalidad tolerable de la cláusula»²⁰⁴.

Convé fer esment a la petita síntesi que aquest autor realitza de les lleis d'ordre públic de 1870, de 1933 i de 1959, en la qual posa de manifest el pas des de la inicial excepcionalitat de la Llei d'ordre públic de 1870 (que s'aplica quan les garanties constitucionals havien estat suspeses i es refereix a revoltes populars i a amotinaments per subvertir l'ordre establert; per tant, una norma d'ordre públic prevista per a les situacions molt greus i violentes) a la Llei d'ordre públic de 1933 que preveu situacions excepcionals com l'estat d'alarma i l'estat d'excepció, però ja defineix l'ordre públic i, per tant, la seva alteració, sense exigir-ne l'anterior gravetat i violència (article 3, en especial l'apartat 6 en referir-se a l'alteració material la pau pública), i converteix les facultats governatives atribuïdes per la norma per restringir els drets en facultats que es poden utilitzar en qualsevol moment. Finalment, la Llei d'ordre públic de 1959 clou el

Tres. Seguirán encomendadas al Director general de Seguridad las atribuciones que en este orden le corresponden en Madrid y su provincia, sin perjuicio de las peculiares del Gobernador civil en materia de régimen local u otras cuestiones.

Cuatro. Ningún acto contra el orden público podrá ser objeto de más de una sanción de las establecidas en esta Ley». BOE núm. 175, de 23 juliol 1971.

²⁰⁴ Aquest autor fa una llarga llista de normes que utilitzen la clàusula d'ordre públic de manera expansiva per restringir els drets individuals i socials: premsa i impremta; llibertat religiosa; associacions; la prohibició de renúncia de drets al codi civil; la pèrdua de la pensió dels funcionaris per realitzar activitats contraries a la seguretat nacional -clàusula que assimila a la pertorbació de l'ordre públic-; la substitució i destitució de regidors per motius greus d'ordre públic, i la suspensió dels acords de les corporacions locals contraris a l'ordre públic. També examina breument un seguit de sentències que permeten copsar l'ambient d'excepcionalitat judicial que accepta com infraccions d'ordre públic alguns escrits de queixa dels ciutadans, l'exercici de la llibertat religiosa, articles d'opinió a la premsa que criticaven actuacions en relació amb els danys causats pels aiguats o, entre d'altres, comentaris fets entre familiars a la via pública -que no volien creuar-se amb un veí- i que escoltats per un agent constituïen una infracció d'ordre públic sancionada amb 25.000 pessetes de l'època, per manifestar la voluntat en públic de no ser present quan passés "el Caudillo", i que no és fins arribar al Tribunal Suprem, que es dona la raó al sancionat (SSTS de 12 de juny de 1965, de 6 d'octubre de 1967, 23 de març 1963 i de 28 de gener 1964). MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La Cláusula de orden público como límite - impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Madrid, Civitas, 1975, pp. 14, 20-27, 33-34 i 55-67.

procés i el seu contingut és una continuació de l'esquema de la Llei de 1933, si bé s'amplien de manera considerable la llista dels actes contraris a l'ordre públic. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, destaca la diferència substancial entre les dues normes a conseqüència del entorns en què s'apliquen: la República era una democràcia burgesa, que reconeixia la pluralitat política i els drets individuals i socials, en la qual la restricció de drets -que significava el marc regulador de l'ordre públic- tenia contrapesos (en especial els Tribunals de Justícia i, fins i tot, el Tribunal de Garanties Constitucionals); mentre que la Dictadura va ser un règim que ja s'autoqualificava d'autoritari i va desplegar un arsenal legislatiu per impedir la pluralitat política i impedir l'exercici dels drets individuals i socials. En paraules d'aquest autor «aunque no hubiera cambiado nada del texto concreto de la ley, al cambiar tan intensamente el sistema en que debía aplicarse, la mutación efectiva del derecho hubiera sido considerable i rigurosa» i afegeix que si bé l'esquema de la llei no canvia «la lista de los actos contrarios al orden público se ampliará de manera destacada»²⁰⁵.

Pel que fa al Codi Penal, en aquest període es realitzen dues reformes legislatives. La Llei 79/1961, 23 de desembre, de Bases per una revisió parcial del Codi Penal i altres Lleis penals²⁰⁶, ordena l'augment de la quantia de les multes del Codi Penal (Base 1). Aquesta llei s'articula mitjançant Decret 168/1963, de 24 de gener²⁰⁷, que eleva l'import de les faltes del Llibre III a 5.000 pessetes, quantia que, com hem vist, se situa molt per sota de la majoria de preceptes sancionadors previstos en la legislació. L'altra reforma és la realitzada per la Llei 44/1971, de 5 de novembre²⁰⁸, que no introdueix canvis en la matèria aquí estudiada.

Per últim, en matèria de llibertats polítiques i altres drets fonamentals, cal destacar la Llei 191/1964, de 24 de desembre, d'Associacions, que possibilita els Governadors civils i el Ministre de la Governació la imposició multes a associacions amb un quantia que va des de 25.000 a 500.000 pessetes, sens perjudici de qualsevol altra sanció prevista a la Llei d'Ordre Públic (art. 10)²⁰⁹. I la Llei 14/1966, de 18 de març, de Premsa i Impremta, que als arts. 63 a 72 estableix la possibilitat d'imposar sancions administratives, independentment i sens perjudici de les penals, qualificant les infraccions administratives en molt greus, greus i lleus, amb sancions que van de 1.000 a 250.000

²⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 36 a 54, les cites textuales són de les pp. 48 i 49.

²⁰⁶ BOE núm. 309, de 27 de desembre de 1961.

²⁰⁷ BOE núm. 29, de 2 de febrer de 1963.

²⁰⁸ BOE núm. 274, de 16 de novembre de 1971.

²⁰⁹ BOE núm. 311, de 28 de desembre de 1964.

pessetes i accessòries de suspensió i clausura de mitjans de comunicació (norma que després de diverses modificacions segueix vigent)²¹⁰.

En relació amb aquestes normes, LOPEZ GONZALEZ posa també de manifest el convencionalisme i l'arbitrarietat amb què el legislador, primer, i la jurisprudència després han tractat la noció d'ordre públic en el Dret administratiu d'aquest període. La qual cosa porta a aquest autor a afirmar que «la Administración del Estado no ha conocido fronteras ni límites para neutralizar la eficacia de múltiples manifestaciones de los ciudadanos», en àmbits com els compresos per la Llei d'Ordre Públic de 1959, la Llei d'Associacions de 1964 o la Llei de Premsa i Impremta de 1966. L'autor conclou que els òrgans de l'Administració de l'Estat, quant a titulars d'importants competències sancionadores, «han ignorado durante esta época la regla de la proporcionalidad al limitar groseramente muchas veces el ejercicio de derechos y libertades de los particulares, con un muy exorbitante ejercicio de la potestad sancionadora en ámbitos tan amplios como el orden público, la libertad de expresión, de asociación y de reunión, etc.»²¹¹.

Com es desprèn de l'anàlisi realitzada i seguint a SANTAMARIA PASTOR²¹², la potestat sancionadora de la Dictadura franquista, de manera molt esquemàtica, es caracteritza per:

- El desconeixement pràcticament total del principi de legalitat
- L'oblit sistemàtic del principi de tipicitat
- L'elusió del principi de culpabilitat
- L'omissió de qualsevol règim de prescripció de les infraccions i sancions
- La utilització normal del *bis in idem*
- La limitació dràstica de les garanties jurisdiccionals contra els actes sancionadors, mitjançant tècniques com el caràcter no suspensiu dels recursos, l'exigència de pagament previ com a requisit d'admissibilitat del recurs (*solve et repete*) i la possibilitat d'agravació de la sanció en cas de desestimació del recurs (*reformatio in pejus*)

En aquesta època es produeix una eclosió de la preocupació dels administrativistes per l'estudi de les sancions administratives. Aquests estudis es centren en diverses

²¹⁰ BOE núm. 67, de 19 març 1966.

²¹¹ LOPEZ GONZALEZ, J. I., *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p. 22.

²¹² SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 382.

qüestions del Dret administratiu sancionador tals com l'origen historicojurídic d'aquesta branca del Dret, la seva justificació, les garanties de l'administrat, el procediment administratiu sancionador, les potestats sancionadores en determinats àmbits sectorials (ordre públic, urbanismes, etc.) i, alguns d'ells, a més, realitzen una profunda crítica al sistema administratiu sancionador vigent.

Com destaca SUAY RINCÓN, el debat doctrinal a l'Estat espanyol gira al voltant de dues línies de pensament²¹³. D'una banda, hi ha els autors que defensen que a les sancions administratives se'ls ha d'aplicar els mateixos principis que a les sancions penals, donada la identitat substancial que existeix entre ambdues figures. Per a aquesta doctrina, el poder sancionador és un poder jurisdiccional de caràcter repressiu o penal. En conseqüència, en un Estat de Dret no hauria d'estar en mans de l'Administració sinó que hauria de pertànyer al jutge penal. Són raons de tipus pragmàtic les que han motivat que el jutge penal no tingui el monopoli del tot el poder sancionador-repressiu i se n'hagi atribuït una part a l'Administració. Però això no canvia el fet que «el poder siga siendo sustancialmente penal i que la actividad que se realiza sea materialmente jurisdiccional» i, en conseqüència, no hi ha justificació perquè els principis que se'ls apliqui siguin diferents. En aquest corrent, entre els administrativistes, destaquen PARADA VÁZQUEZ, MARTÍN-RETORTILLO, GARCÍA DE ENTERRÍA i, entre els penalistes, CEREZO MIR i BAJO FERNÁNDEZ²¹⁴.

D'altra banda, un sector doctrinal defensa que les sancions administratives constitueixen una figura amb perfils propis pel fet que hi ha una autèntica diversitat substancial entre una i altra institució, ja que ambdues estan al servei de finalitats diferents i tenen una un diversa raó de ser. En conseqüència, les sancions administratives estan subjectes a uns principis propis i específics, que no tenen perquè coincidir amb els penals, amb els que podrien, fins i tot, estar en contradicció. Entre aquest segon grup es troben els administrativistes GARRIDO FALLA, MONTORO PUERTO i VILLAR PALASÍ²¹⁵.

D'entre tota la doctrina existent centrarem l'atenció a la posició adoptada per alguns autors concrets, bé per representar el corrent imperant en la Dictadura (GARRIDO FALLA i MONTORO PUERTO) bé per la seva influència en les concepcions actuals (PARADA VÁZQUEZ, MARTÍN-RETORTILLO i GARCÍA DE ENTERRÍA).

²¹³ SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 34.

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 34.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 35.

GARRIDO FALLA, en el treball de 1959 «Los medios de policía y la teoría de las Sanciones Administrativas»²¹⁶, formula una teoria sobre les sancions administratives que parteix de la consideració de les sancions com un instrument més de l'activitat de policia. La policia suposa, segons la seva construcció, un fonament jurídic de la potestat sancionadora; si bé cal distingir el concepte de policia de l'Estat abstencionista del de l'Estat intervencionista. Així, en el primer, l'efecte directe de la policia és la coacció sobre els administrats, que es troba justificada únicament en l'ordre públic; en canvi, en el segon, la intervenció administrativa de policia es basa en la llibertat i la propietat dels particulars.

Segons aquest autor, el fonament de l'existència del Dret Administratiu Sancionador prové de l'atribució al poder executiu, per part del legislador, de facultats per reprimir determinades actuacions privades considerades il·lícites. El fonament d'aquesta atribució es troba en les competències encomanades a l'Administració, i en el fet que ha d'exercir-les de manera autosuficient. Això justifica que tingui un poder sancionador correlatiu a l'executiu i que pugui executar els seus actes administratius sense necessitat d'acudir als Tribunals de Justícia.

Al seu torn, MONTORO PUERTO publica al 1965 un estudi monogràfic sobre la infracció administrativa²¹⁷, on defensa que s'ha de partir de la diferent naturalesa entre les infraccions penals i les administratives. Per afirmar aquesta diferència, es basa en què existeix una vulneració d'ordenaments jurídics diferents en cada cas i, per tant, de diferents interessos tutelats en cada ordre. Aquesta diferenciació genèrica es completa amb d'altres particulars com les següents: la infracció penal requereix un element de culpabilitat que no és necessari en la infracció administrativa i, a més, la infracció penal no pot existir sense el principi de legalitat, principi que no necessita l'administrativa.

Aquest autor s'emmarca en el corrent que defensa que existeixen *diferències ontològiques* entre les sancions penals i les sancions administratives, la qual cosa el porta a concloure que el Dret administratiu sancionador és un àmbit separat del Dret penal i que està sotmès únicament a les seves regles -i no a les de l'ordre penal. En base a aquesta afirmació, s'expliquen les diverses peculiaritats del Dret administratiu sancionador -que normalment equivalen a l'eliminació o la reducció de les garanties que ofereix el Dret penal-, tals com el caràcter objectiu de la responsabilitat per infraccions administratives,

²¹⁶ GARRIDO FALLA, F., «Los medios de policía y la teoría de las Sanciones Administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 28, 1959, p. 11-50.

²¹⁷ MONTORO PUERTO, M., *La Infracción administrativa: características, manifestaciones y sanción*, Barcelona, Nauta, cop., 1965.

i serveix també per justificar la seva compatibilitat amb les sancions penals sense vulnerar el *non bis in idem*.

Dins de l'altre sector d'autors, un dels treballs més influents de l'època és l'elaborat per PARADA VÁZQUEZ «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal»²¹⁸ -que ha estat citat al llarg del present Capítol- en el qual s'aborda la problemàtica del Dret administratiu sancionador des del punt de vista de les garanties dels particulars i que parteix de la negació de diferències ontològiques entre els Drets Penal i Administratiu sancionador. L'autor sosté la inconstitucionalitat de les sancions administratives -per la seva incompatibilitat amb preceptes de la Constitució republicana de 1931 i amb les Lleis Fonamentals que, com hem vist, atribueixen als jutges i Tribunals la potestat judicial- i proposa l'establiment d'un sistema com l'italià o l'alemany, en què els jutges penals recuperen la competència en el moment en què les sancions són impugnades.

El 1975 MARTÍN-RETORTILLO publica «Multas administrativas»²¹⁹ on sosté que no existeixen diferències substantives o qualitatives entre la sanció administrativa i la penal, la qual cosa el porta a exigir l'aplicació total i supletòria dels principis i criteris del Dret Penal a l'Administratiu sancionador. En relació amb les causes de la hipertròfia del sistema administratiu sancionador, aquest autor enumera les següents: la ineficàcia del subgrup de les faltes en el Codi Penal; la no incorporació al Codi d'una categoria similar a la de les contravencions o delictes de policia; l'escassa dotació de l'Administració de Justícia; l'absència de modalitats processals àgils i ràpides; la prevalença de l'Administració Pública en un Estat totalitari; l'interès de les autoritats polítiques per conservar la seva influència en el sistema repressiu, i la força expansiva de l'Administració davant del encartonament dels sistema judicial.

Ara bé, l'article que més clarament ha marcat l'evolució posterior del Dret Administratiu Sancionador²²⁰ és el publicat per GARCÍA DE ENTERRÍA el 1976 «El problema jurídico de las sanciones administrativas»²²¹, en el qual proposa una reducció dràstica de l'àmbit de la potestat sancionadora, en la línia proposada per PARADA

²¹⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El poder sancionador de la Administración... op. cit.

²¹⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas»... op. cit.

²²⁰ Aquesta opinió és també sostinguda per: HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., p. 20 i per DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo...* op. cit., p. 191.

²²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones... op. cit. En contingut del qual és incorporat posteriorment en les diverses edicions del seu *Curso de derecho administrativo* (amb la coautoria de FERNÁNDEZ, T.-R.).

VÁZQUEZ, però sense anar tant enllà. En aquest treball es depura la determinació conceptual de les sancions administratives, separant-les d'altres tècniques d'intervenció administrativa -derivades de la policia i de la coacció per a l'exercici de l'activitat administrativa- i de les d'execució dels actes administratius. L'autor distingeix entre les sancions d'autoprotecció i les de protecció de l'ordre general. Les sancions d'autoprotecció són les corresponents a la potestat domèstica de l'Administració, vinculades més a la pròpia protecció que a altres finalitats socials generals. S'inclouen dins d'aquesta categoria les sancions disciplinàries, les de policia demanial, les rescissòries d'actes administratius favorables i les sancions tributàries. Per contra, les sancions de protecció de l'ordre general tenen com a objectiu la tutela de l'ordre social en el seu conjunt. GARCÍA DE ENTERRÍA considera que les sancions administratives, en general, són un abús de l'autotutela, el qual és justificable només en el cas de les sancions d'autoprotecció i critica obertament l'extensió obtinguda per les sancions de protecció de l'ordre general.

Aquest autor qualifica el Dret administratiu sancionador de «prebeccariano» per la seva deliberada omissió de les innovacions tècniques i polítiques realitzades en el Dret penal -especialment, arran de l'obra de BECCARIA²²²- i sosté la necessitat d'aplicar els principis del Dret penal al Dret Administratiu Sancionador, com a conseqüència de la seva inclusió comuna a un únic *ius puniendi* de l'Estat.

3.- LA CONSTITUCIÓ DE 1978 I EL DESENVOLUPAMENT LEGISLATIU DE LA POTESTAT SANCIONADORA

En opinió de la doctrina majoritària i de la jurisprudència consolidada, la Constitució de 1978 realitza un reconeixement de la potestat sancionadora de l'Administració a l'art. 25 apartat 1, en referir-se a la «infracció administrativa» i apartat 3, en l'establir que «L'Administració civil no podrà imposar sancions que, directament o subsidiàriament, impliquin privació de llibertat». D'aquest darrer apartat majoritàriament s'extreuen dues lectures: de la primera es desprèn que el poder judicial té el monopoli de les intervencions en la llibertat ciutadana. Mentre que la segona lectura permet entendre, *a sensu contrari*, que és possible que l'Administració pública imposi sancions, ja no

²²² BECCARIA, C., «Dels delictes i de les penes», publicada per primer cop el 1764.

privatives però sí restrictives de llibertat i, per descomptat, multes de caràcter administratiu²²³.

Al seu torn, el reconeixement constitucional de la potestat sancionadora també s'infereix de l'art. 45.3 que permet la imposició de sancions administratives en matèria de medi ambient (sobre aquest article tornarem més endavant, vid. Capítol 3).

Així és que -sobre la base d'aquests dos preceptes (25 i 45.3 CE)- l'entrada en vigor de la CE no ha suposat una correcció del desmesurat abast obtingut per potestat sancionadora de l'Administració en els períodes anteriors, sinó que l'expansió dels poders sancionadors ha continuat a tots els camps d'intervenció administrativa sectorial. En aquest mateix sentit, REBOLLO PUIG argumenta que, tot i que la finalitat fos consagrar drets fonamentals davant de l'Administració, no es pot deixar de reconèixer que la constitucionalització expressa de les infraccions i sancions administratives als articles 25 i 45.3 CE opera precisament en favor de la seva generalització, sobretot quan se la presenta com el mitjà idoni per garantir els béns constitucionalment consagrats (en el cas de l'art. 45, el medi ambient)²²⁴.

²²³ Alguns autors han qüestionat les dues lectures que, majoritàriament, són acceptades sobre l'abast i el significat de l'article 25.3 CE. En aquesta línia, TORIO LÓPEZ considera que la segona lectura és problemàtica des de l'òptica de l'Estat de Dret. Per a aquest autor, el que qüestiona la possibilitat que l'Administració pública estableixi mitjançant simple llei material infraccions i sancions administratives -és a dir, violentant el principi de reserva formal de llei- és la perspectiva del principi de divisió de poders, segons la qual qui administra no legisla. En sentit complementari, la possibilitat que, qui està predisposat per defensar l'ordre i la protecció de la seguretat, pugui simultàniament enjudiciar les accions i omissions que menyscaben o pertorben aquests fins, declarant el dret aplicable al cas i pronunciant la sanció corresponent, no deixa de comprometre la idea que qui administra no ha de jutjar. Aquestes consideracions el porten a concloure la impossibilitat d'una doble lectura de l'article 25.3 CE, ja que la norma es limita a reaccionar contra el pretèrit -en referència a la fase autocràtica anterior-, tancant cap al futur l'època històrica en què les autoritats governatives compartien amb la Jurisdicció la imposició de sancions privatives de llibertat. Però no pot ser entesa, *a sensu contrari*, en el sentit que segueix encara autoritzant la definició de l'injust administratiu. Per a l'autor, aquesta lectura es trobaria en contradicció amb el principi de legalitat reconegut a l'article 25.1 i amb el principi de jurisdiccionalitat proclamat a l'article 117.3 CE. Afegeix la idea que la persona té dret a un judici imparcial (positivitzada a l'article 24 CE) i que aquell que és part en la relació jurídica material considerada no ha de jutjar en cap cas; idees que són insuprimibles en l'Estat de Dret. TORIO LÓPEZ, A. Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones). A: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. 3: La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas*, Pamplona, Civitas, 1991, pp. 2529-2546.

²²⁴ REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación...* op. cit., p. 417.

Per SUAY RINCÓN, malgrat que algun sector doctrinal creia que amb el nou règim democràtic la situació de la potestat sancionadora de l'Administració canviaria²²⁵, la realitat és que lluny d'aturar-se, aquesta potestat ha augmentat i a major velocitat que en períodes anteriors²²⁶. Aquest autor destaca dues causes d'aquests nou increment del poder sancionador. D'una banda, l'aparició de les Comunitats Autònomes, les quals en matèria de les seves competències i, en base al seu poder legislatiu, han reclamat que se'ls reconegui aptitud per regular el seu poder sancionador, incrementant els supòsits en els que es pot recórrer a aquest i multiplicant les sanciones que poden imposar-se. I, d'altra banda, pel sensible augment de la intervenció de les administracions en la vida social, que ha anat multiplicant-se durant el S.XX, i que actualment troba la seva expressió en la clàusula de l'Estat social de l'art. 1 CE. Per tal de garantir l'èxit d'aquestes intervencions, l'Administració sol·licita nous poders sancionadors -per reprimir a qui pretengui pertorbar l'acció administrativa- i les lleis amb tota freqüència els hi concedeix (fins al punt que l'atribució d'aquesta potestat sancionadora s'ha convertit pràcticament en un clàusula d'estil)²²⁷.

Pel que fa al problema de la dispersió normativa en matèria sancionadora i la inseguretat jurídica que porta aparellada, la CE no aporta una solució unívoca. No hi ha cap indicació constitucional que pugui interpretar-se com una inclinació oberta cap una determinada solució i, per tant, aquesta elecció queda en mans del legislador²²⁸.

²²⁵ Entre d'altres, el mateix SUAY RINCÓN havia defensat aquest canvi a SUAY RINCÓN, J., «El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma», *Revista de administración pública*, núm. 109, 1986, p. 187-188.

²²⁶ En paraules de SUAY RINCÓN, «ahora, además, con la consciencia bien tranquila, de quien se sabe estar actuando dentro de un Estado democrático y con la legitimidad y comodidad que ello proporciona, como si la simple existencia de dicho Estado autorizase ya cualquier cosa». SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 25.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 26.

²²⁸ En opinió de CARRETERO PÉREZ, i CARRETERO SÁNCHEZ les possibles solucions que el legislador podia adoptar són tres: la Codificació administrativa, l'adopció d'una Llei general sancionadora o la promulgació de Lleis especials. La Codificació administrativa suposa l'adopció d'un Codi de Policia o de contravencions a mode del Codi Penal, havent-se de determinar criteris per qualificar els fets com a delictes penals o infraccions administratives. La segona opció és l'adopció d'una Llei General Sancionadora que reculli sistemàticament els principis sobre les infraccions i les sancions i una part comuna a totes les potestats sancionades de les diverses administracions. A aquesta Llei s'haurien d'adaptar totes les normes administratives, les quals no podrien senyalar penes diferents ni recollir altres principis, sinó que només haurien d'efectuar determinades regulacions de detall. Per últim, es pot apostar per la promulgació de Lleis especials que imposin sancions a les contravencions en determinades matèries. CARRETERO PÉREZ, A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 62.

Malgrat la llibertat del legislador, la doctrina de manera reiterada ha reclamat la necessitat de disposar de una regulació general de la potestat sancionadora²²⁹ i ha destacat la capacitat -les competències- del legislador estatal per aprovar-la. En aquest sentit es pronuncia, per exemple, REBOLLO PUIG qui afirma que davant la situació d'inseguretat i d'excessiva dispersió de les normes que componen el Dret administratiu sancionador, l'Estat té competències per donar-hi resposta i aprovar una Llei general de la potestat sancionadora de las Administracions Públiques (en base a la competència atribuïda per l'art. 149.1.18 CE)²³⁰. Així mateix, EZQUERRA HUERVA esgrimeix que, d'acord amb la doctrina del TC, la competència per tipificar infraccions i sancions forma part de les diverses competències sectorials; no obstant, la competència sobre les bases del règim jurídic de les Administracions Públiques, la regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat dels espanyols en l'exercici dels drets i deures constitucionals i la competència sobre procediment administratiu comú, permeten a l'Estat²³¹:

a) La regulació dels aspectes materials de la potestat sancionadora que conformin la part general de la matèria per garantir la seguretat jurídica i els drets dels ciutadans que són afectats per l'exercici de la potestat sancionadora (hauria de regular, per exemple, la culpabilitat, la punibilitat, les causes d'exempció de la responsabilitat i les circumstàncies modificatives de la responsabilitat, la responsabilitat i l'autoria, la sanció, el concurs de

²²⁹ Així, per exemple, HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., pp. 129-130; REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., i BUENO ARMIJO, A. M., «Panorama del derecho administrativo sancionador en España», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, núm. 1, 2005, p. 29; PRIETO SANCHIS, L., «La jurisprudencia constitucional y el problema... op. cit., pp. 103-104; QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, p. 256; CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 201, 2016, pp. 33-36; CANO CAMPOS, T., «La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciososa», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 2, 2015; PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014, pp. 22-26; FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., «El principio de responsabilidad en la potestad sancionadora de la administración pública bajo la Ley 40/2015», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 186, 2017, pp. 291-319, *passim*; PEMÁN GAVÁN, J., «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona», *Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 305, 2011, p. 52.

²³⁰ REBOLLO PUIG, M., Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas. A: SAINZ MORENO, F. (director), *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 462. En el mateix sentit, CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 32.

²³¹ EZQUERRA HUERVA, A., Regulación de la potestad sancionadora. A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 966-974.

normes i el concurs d'infraccions, l'extinció de la responsabilitat, l'indult o la commutació dels sancions).

b) La regulació -com a part del procediment comú- del procediment sancionador que permeti al legislador sectorial establir especialitats procedimentals derivades de les singularitats de l'organització administrativa i *ratione materiae* (concepte que, segons aquest autor, no ha d'interpretar-se com a sinònim de procediment sectorial o procediment complet).

Tot seguit examinarem el camí seguit pel legislador estatal (que, com sabem, no ha estat el proposat pels autors citats), centrant-nos en l'anàlisi de la legislació estatal que desplega el títol competencial «bases del regim jurídic de les Administracions públiques» (article 149.1.18 CE), en relació amb el de «la regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat dels espanyols en l'exercici dels drets i el compliment el deures constitucionals» (article 149.1.1 CE) i «procediment administratiu comú» (article 149.1.18 CE). Aquesta legislació s'ha concretat en la LPA, la LRJPAC i les LPAC i LRJSP.

3.1.- El període de vigència de la LPA

La LPA va establir un procediment general i tres procediments especials, d'entre els quals, el sancionador (els altres dos són: el d'elaboració de disposicions reglamentàries i el de reclamacions prèvies a l'exercici d'accions civils i laborals). Tal com ja hem assenyalat *supra*, aquesta norma dissenya un procediment sancionador en el qual s'estableixen unes garanties formals d'importància notòria (especialment, als arts. 136 i 137), però la norma preveu expressament que les disposicions especials poden establir altres procediments sancionadors (art. 133). Aquesta habilitació va permetre que, durant la vigència de la LPA, s'establissin procediments en disposicions especials amb disminució de garanties o, fins i tot, que es preveïessin sancions sense previ procediment (fins que no entra en vigor la CE). A més, cal tenir present que, tal com hem indicat, immediatament després d'aprovar-se la LPA, les garanties previstes als arts. 136 i 137 van excepcionar-se per a la responsabilitat política, l'ordre públic i, en general, la repressió de les llibertats, en virtut del Decret de 10 d'octubre de 1958 (en el qual s'assenyalen els procediments especials que, per raó de la seva matèria, continuaran

vigents a l'entrada en vigor de la LPA, d'acord amb la seva disposició final primera, número tres)²³².

Així, en entrar en vigor la Constitució de 1978, existia una norma general que establí un procediment sancionador amb garanties i diverses normes procedimentals dictades en disposicions especials que establíen procediments sancionadors amb un nivell de garanties molt divers -i ocasions molt limitat- i, fins i tot, algunes preveien sancions sense procediment. Tanmateix, en tractar-se la LPA d'una norma preconstitucional calia establir si el procediment general que regulava era el procediment administratiu comú previst a l'article 148.1.18 CE i, més concretament, pel que aquí interessa, si els arts. 133 a 137 -des de la perspectiva d'aquest precepte constitucional- formaven part del procediment administratiu comú (per a l'exercici de la potestat sancionadora); supòsits en els quals tant el procediment general com l'especial sancionador (en la terminologia de la LPA) serien d'aplicació a les Comunitats Autònomes no per la via de la supletorietat, sinó per la de l'aplicació directa.

En relació amb el procediment general previst al Títol IV de la LPA, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER destaca que, de manera molt majoritària, la doctrina entenia que aquest procediment general era el procediment administratiu comú previst a l'art. 149.1.18 CE i que, per tant, era d'aplicació directa a les CCAA. Malgrat això, tal com assenyala aquest autor, moltes normes legals autonòmiques postconstitucionals no ho entenen així i li atribueixen el caràcter de norma supletòria²³³.

En relació amb el procediment sancionador la qüestió es planteja en termes diferents per la posició del Tribunal Constitucional i pel fet que l'art. 133 de la LPA preveu expressament procediments sancionadors especials. En concret, la doctrina del Tribunal Constitucional no era concloent en relació amb si la CE reserva a l'Estat la regulació del procediment sancionador per formar part del procediment administratiu comú o si és una competència connexa a les que l'Estat o les CCAA ostenten per regular el règim substantiu de cada activitat o servei de l'Administració²³⁴.

²³² Veure nota núm. 189.

²³³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Reflexiones sobre el Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 1993, pp. 13-14.

²³⁴ EZQUERRA HUERVA assenyala la STC 227/1998, de 29 de novembre (que resol els recursos d'inconstitucionalitat contra la Llei 28/1985, de 2 d'agost, d'aigües, i diversos conflictes de competència en relació amb normes reglamentàries que la despleguen), com una de les més significatives de la posició del TC en la determinació de la competència estatal sobre procediment administratiu comú i de la competència de les CCAA per regular els procediments especials en les matèries i sectors en relació amb els quals tenen competències normatives. Aquest autor destaca

Deixant al marge aquesta controvèrsia, convé destacar que, tal com detalla GONZÁLEZ NAVARRO, l'aplicació del procediment sancionador previst a la LPA en la *realitat* de l'ordenament jurídic era molt elevada²³⁵. Concretament, aquest autor conclou que el 81,28% de les normes substantives sancionadores de l'Administració General de l'Estat es remetem al procediment sancionador previst a la LPA (d'acord amb l'informe del MAP de desembre de 1992 sobre procediment administratiu sancionador per donar compliment a la DA 3^a LRJPAC reguladora de l'adequació de procediments)²³⁶. L'aplicabilitat del procediment sancionador previst a la LPA, en els termes que resulten de l'informe del MAP de desembre de 1992, és la lògica conseqüència de la possibilitat d'excepció a través de disposicions especials prevista a l'art. 133 LPA, que comporta que per a aquesta norma hi ha un procediment sancionador ordinari i una pluralitat de procediments especials²³⁷.

Per tant, durant el període comprès entre l'aprovació de la CE i l'aprovació de la LRJPAC és habitual que la majoria de normes substantives sancionadores estatals i autonòmiques es remetin (tàcita o expressament) al procediment sancionador previst a la LPA²³⁸, o el reproduïxin o en modifiquin alguns aspectes concrets²³⁹; mentre que

especialment el FJ 32. EZQUERRA HUERVA, A., Regulación de la potestad sancionadora... op. cit., p. 969.

²³⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El "Big-Bang" del procedimiento administrativo sancionador común» *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, pp. 223-225.

²³⁶ Especialment rellevant en l'àmbit sancionador pel fet que la LRJPAC deroga expressament els arts. 133-137 LPA.

²³⁷ SUAY RINCÓN, J., «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, p. 157.

²³⁸ Per exemple, la Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, en regular en el Títol 3 «L'actuació administrativa», fa una regulació no sistemàtica (no adopta l'opció de reproduir preceptes de la LPA), que necessàriament exigeix aplicar preceptes del procediment general previstos a la LPA, tot i que no fa cap indicació de l'aplicació supletòria o directa de la llei preconstitucional.

²³⁹ Aquesta era la situació habitual de la legislació sobre procediment a Catalunya. Per constatar-ho podem acudir a l'exposició de motius del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat que estableix: «així mateix, la derogació que efectua la Llei 30/1992 del procediment sancionador establert a la LPA fa necessari que s'aprovi un procediment sancionador que hauran d'aplicar els òrgans de l'Administració de la Generalitat en aquells àmbits o sectors materials en relació als quals la Generalitat té competències normatives i que ahora tindrà caràcter supletori respecte de les disposicions sectorials que siguin aplicables». Aquesta formulació respon al fet que moltes normes catalanes hi feien remissions o l'entenien aplicable, sense que existís una norma catalana pròpia que preveïés un procediment sancionador general (la Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, no preveu cap procediment sancionador general). Així, per exemple, la Llei 4/1983, de 9 de març, de Cooperatives de Catalunya, a l'article 100.10 estableix «La tramitació dels expedients

d'altres, les menys proporcionalment (tot i ser moltes), estableixin normes de procediments singulars. De manera que, en la situació anterior a la LRJPAC, el legislador és lliure d'establir un règim d'infraccions i sancions en un sector regulat per l'ordenament jurídic administratiu i per determinar el procediment sancionador. No obstant, aquesta llibertat del legislador resta subjecte als límits que resulten dels principis aplicables a la potestat sancionadora -pel fet de formar part del dret punitiu estatal-, establerts primer pel Tribunal Suprem i reafirmats després pel Tribunal Constitucional, en connectar el procediment sancionador amb l'art. 24 CE (com veurem *infra*, Capítol II).

En l'àmbit substantiu, no existeix cap norma general en aquest període que reguli la potestat sancionadora (com succeeix en relació amb el procediment que té una regulació general en una norma preconstitucional, l'aplicabilitat de la qual presenta totes les limitacions assenyalades) i que permeti saber com han de ser protegits els drets dels ciutadans davant de la potestat sancionadora.

Ben al contrari, l'ordenament jurídic administratiu, en aprovar-se la Constitució, es troba totalment orfe de normes generals que permetin resoldre en l'exercici de la potestat sancionadora múltiples qüestions substantives clau per la defensa dels drets dels ciutadans com: l'abast del principi de legalitat formal i la possibilitat de col·laboració reglamentaria; la distinció entre les sancions administratives i d'altres figures afins limitatives de drets de caràcter no sancionador; el caràcter reglat o discrecional de l'exercici de la potestat administrativa sancionadora (a l'inici de procediment administratiu sancionador) i de la decisió de sancionar la infracció (amb la necessitat, per tant, de determinació legal de l'abast del principi d'oportunitat); la posició jurídica del denunciador; l'exigibilitat necessàriament de dol o culpa i la possibilitat d'admetre o no la responsabilitat objectiva en el Dret administratiu sancionador; la rellevància de la ignorància i l'error; com s'ha de resoldre la inimputabilitat o l'estat de necessitat en relació amb les infraccions administratives i, en general, les causes que eximeixen la responsabilitat des de la perspectiva de l'antijuridicitat material de les conductes definides com infraccions; com cal aplicar el principi *non bis in idem* des de la perspectiva del

sancionadors ha de respectar la normativa del procediment administratiu»; la Llei 9/1981, de 18 de novembre, sobre protecció de la legalitat urbanística, a l'article 23.6 estableix «Pel que fa al que no hi ha previst en aquest article, l'Administració que instrueixi el procediment sancionador aplicarà la legislació comuna i la que li sigui específica»; la Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics, a l'article 31.1 «La imposició de les sancions previstes en aquesta Llei es regirà per la normativa vigent en matèria de procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, amb les particularitats que s'especifiquen en els apartats següents» (relatives a la competència dels òrgans) o la Llei 11/1981, de 7 de desembre, de patrimoni de la Generalitat de Catalunya, que en regular al capítol VII les responsabilitats i sancions, no fa cap esment al procediment sancionador.

procediment i de l'exercici de la potestat quan concorren diverses infraccions administratives o infraccions i faltes, i delictes com a conseqüència dels mateixos fets; el règim jurídic dels concursos de normes i dels concursos d'infraccions; si la infracció administrativa s'ha de sotmetre al dogma del fet (culpabilitat pel fet) o si és possible exercir l'autotutela administrativa per sancionar conductes habituals o maneres de viure que es consideren contràries als béns jurídics protegits pels diferents sectors de l'activitat administrativa; l'autoria en les infraccions administratives; o les singularitats de la responsabilitat de les persones jurídiques, entre d'altres.

En aquest període aquestes qüestions (i algunes d'elles, encara ara) no tenen cap resposta general per part del legislador i només de manera ocasional i asistemàtica tenen resposta en alguna de les múltiples i disperses normes sancionadores que es van aprovant i que estableixen regulacions *ad hoc*, per exemple, sobre les persones responsables²⁴⁰, l'exigència de dol o culpa²⁴¹, la comissió per inducció²⁴², o d'altres aspectes vinculats amb els drets dels ciutadans afectats per exercici de la potestat sancionadora.

²⁴⁰ Un exemple de com es desplaça a les normes concretes allò que hauria de ser objecte d'una regulació general el trobem a l'art. 9 del Reial decret 1945/1983, de 22 de juny, pel qual es regulen les infraccions i sancions en matèria de defensa del consumidor i de la producció agroalimentària. Aquest article, entre altres prescripcions relatives a les persones responsables de la infracció, estableix a l'apartat 4 que, quan una infracció sigui imputada a una persona jurídica, podran ser considerades també com a responsables les persones que integren els seus organismes rectors o de direcció, així com els tècnics responsables de l'elaboració i control.

En relació amb aquest Reial decret cal destacar la seva singular cobertura legal -que acredita la flexibilitat amb la qual interpreten els tribunals la reserva formal a la llei en matèria reglamentària. D'acord amb la STS, de 6 de juny 1988, la cobertura legal es troba l'art. 10.3 de Decret-Llei preconstitucional 6/1974, de 27 de novembre, que va ordenar al Govern que desenvolupés i refongués les disposicions vigents en matèria de disciplina de mercat. El Govern va fer inicialment aquesta refosa a través de Decret de 20 de desembre de 1974 (que va ser anul·lat per la STS de 18 de març de 1981) i, finalment, assenyala la sentència ho fa a través del Reial decret 1945/1983, de 22 de juny (que la sala entén dictat amb la cobertura legal de l'al·ludit article 10.3 de l'indicat Decret-Llei). Per entendre aquesta situació ens remetem *infra* Capítol II en el qual s'explica que el TC admet la constitucionalitat dels Reglaments postconstitucionals que és limitin a reproduir Reglaments preconstitucionals sense innovar el sistema d'infraccions i sancions establert abans de la CE.

²⁴¹ Per exemple, la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència, en l'art. 10 estableix com a responsables de les infraccions previstes en la norma els agents econòmics, empreses, associacions, unions o agrupacions d'aquelles que les cometin, *deliberadament o per negligència*.

²⁴² Serveixi d'exemple el Reial Decret 33/1986, de 10 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de Règim Disciplinari dels funcionaris de l'Administració de l'Estat que, en l'art. 12, estableix que els funcionaris que indueixin a altres a la realització d'actes o conductes constitutius de falta disciplinària incorreran en la mateixa responsabilitat que aquests. Aquest precepte desenvolupa l'art. 90 de la Llei de funcionaris civils de l'Estat, de 7 de febrer de 1964, que, al seu torn, estableix que incorreran en responsabilitat no només els autors d'una falta, sinó també els caps que la tolerin i els funcionaris que l'encobreixin, així com els que indueixin a la seva comissió.

L'única iniciativa legislativa que coneixem d'aquest període, que pretenia fer una regulació general de la potestat sancionadora²⁴³, és una Proposició de Llei orgànica (caràcter que no s'exigeix a una norma general que reguli la potestat sancionadora²⁴⁴), reguladora de la potestat sancionadora de l'Administració (publicada al Butlletí Oficial de les Corts Generals, de 22 de maig de 1985, amb la denominació de Proposició de Llei orgànica reguladora de la potestat sancionadora de l'Administració i presentada pel Grup Parlamentari Popular)²⁴⁵, que el Congrés de Diputats va rebutjar prendre en consideració²⁴⁶.

Davant d'aquesta mancança legislativa serà la doctrina del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional la que establirà criteris en relació amb els aspectes de la potestat sancionadora més directament vinculats amb les prescripcions previstes als articles 24 i 25 CE. Cal tenir present, però, que el Tribunal Constitucional per la seva funció i per la forma i temps processal de la seva actuació no pot substituir el legislador en la construcció d'un sistema jurídic de la potestat sancionadora, ni quan actua com a legislador negatiu, ni quan actua com a garant dels drets fonamentals en resoldre recursos d'emparament²⁴⁷.

²⁴³ NIETO GARCÍA d'aquest període (des de la CE fins a la LRJPAC) es refereix a dos avantprojectes de llei general reguladora de les infraccions i sancions administratives, a més de la Proposició de Llei a la que fem referència en el text, el primer preparat per VILLAR PALASÍ en el si de la Comissió General de Codificació i el segon per la Direcció General del Servei Jurídic de l'Estat amb la pretensió d'establir una norma que donés als infractors les garanties que el Codi penal i la LEC ofereixen als inculpats en via penal. NIETO GARCIA, A *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 17.

Al seu torn, QUINTERO OLIVARES també es refereix de manera imprecisa a la voluntat d'aprovar un Codi de sancions administratives l'any 1983, a cavall de l'elaboració d'un nou Codi Penal (que no es produeix fins l'any 1995, però a l'any 1983 sí que s'aprova la Llei Orgànica 8/1983, de 25 de juny, de Reforma Urgent i Parcial del text refós del Codi penal de 1973). QUINTERO OLIVARES, G., «La potestad sancionadora de la administración... op. cit., p. 51.

²⁴⁴ Doctrinalment no es defensa que sigui exigible aquest caràcter a les normes que regulen la potestat sancionadora de l'Administració, ja que, tot i que és l'art. 25 CE el que atorga reconeixement constitucional a la potestat sancionadora, la seva regulació s'empara en l'art. 148.1.18 CE. Tal com assenyala PEMÁN GAVÍN «lo que ha llevado a la jurisprudencia constitucional a exigir ley orgánica en materia penal no es la conexión del artículo 81.1 CE con el 25.1 (STC 25/1984, de 23 de febrero), sino el hecho de que las normas penales contengan sanciones privativas de libertad. Lo cual, a juicio del Tribunal Constitucional, sitúa a las normas penales en el ámbito del «desarrollo» del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 CE (SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre)». PEMÁN GAVÍN, J. M., «La regulación de la potestad sancionadora de la administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993, p. 391.

²⁴⁵ Aquesta proposició és objecte d'anàlisi i comentari per SUAY RINCÓN, J., «El derecho administrativo sancionador... op. cit., pp. 185-215.

²⁴⁶ En el Butlletí Oficial de les Corts Generals, núm. 102-B, de 5 de març de 1986, es va publicar que el Ple de Congrés dels Diputats rebutja la presa en consideració de la Proposició de Llei.

²⁴⁷ Tal com assenyala SUAY RINCÓN «el TS, ya antes de aprobada la Constitución, y el TC, casi desde su puesta en marcha, han sido los únicos capaces de poner algo de orden en la materia. Mas

Al seu torn, la jurisprudència contenciosa administrativa tampoc és la indicada per realitzar aquesta comesa. Tal com assenyala EZQUERRA HUERVA, la tasca jurisprudencial no és una solució per resoldre els problemes de la regulació del Dret administratiu sancionador perquè els tribunals donen una resposta casuística, a vegades no coincident quan no contradictòria, i incompleta²⁴⁸.

3.2.- La LRJPAC: una primera oportunitat perduda per introduir una part general de la potestat sancionadora i un procediment administratiu sancionador

3.2.1.- La regulació del règim substantiu de la potestat sancionadora

Un cop aprovada la CE (i a l'empara de la competència estatal sobre bases del règim jurídic de les Administracions Públiques i de la regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat dels espanyols en l'exercici dels drets i deures constitucionals les condicions bàsiques), la LRJPAC va ser la primera oportunitat per disposar d'una norma que regulés la potestat sancionadora per donar resposta no només a la concreció dels «matisos» del Dret administratiu sancionador respecte dels principis penals, que es deriven dels articles 24 i 25 de la CE (extrem que ja va fer primer el TS i després el TC), sinó que realitzés la translació dels principis i normes de la part general del Dret penal, amb tots els matisos i diferències que són necessaris en entrar en contacte amb els principis que estructuraven el Dret administratiu -quan es projecten en l'exercici del *ius puniendi*-²⁴⁹, per dotar al sistema de seguretat jurídica i per garantir tan els interessos generals que justifiquen l'atribució i l'exercici de la potestat sancionadora, com també els drets dels afectats pel seu exercici. La garantia d'aquests drets és cabdal perquè, tal com afirma SUAY RINCÓN, «la imposición de una condena -y la imposición de una sanción administrativa, no cabe duda de que lo es- es la más perjudicial de las consecuencias que la organización social consiente que pueda sufrir uno de sus miembros»²⁵⁰.

L'opció del legislador, però, es va limitar a establir als arts. 127 al 133 LRJPAC el que anomena «Principis de la potestat sancionadora», que emmarquen el seu exercici i

es lo cierto que la jurisprudencia no cuenta con la operatividad suficiente como para acometer una reforma completa del sector. Esta responsabilidad incumbe en exclusiva (y sigue incumbiendo) al legislador». SUAY RINCÓN, J., «El derecho administrativo sancionador... op. cit., pp. 188-189.

²⁴⁸ EZQUERRA HUERVA A., Regulación de la potestad sancionadora... op. cit., pp. 972-973.

²⁴⁹ Tal com assenyala CANO CAMPOS, es tractaria «de aprovechar únicamente los principios y la regulación penal que mejor se adapta, y con las modulaciones que sean necesarias, al derecho administrativo sancionador». CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 29.

²⁵⁰ SUAY RINCÓN, J., «El derecho administrativo sancionador... op. cit., p. 187.

que són el resultat d'incorporar la doctrina del Tribunal Constitucional, en projectar l'art. 25 CE sobre la potestat sancionadora de l'Administració. Aquesta decisió legislativa ha estat àmpliament criticada per diversos administrativistes, d'entre els quals destaca HUERGO LORA, qui afirma que «esas garantías mínimas e irrenunciables, exigidas directamente por la CE pasan a ocupar el papel de la regulación legal de las sanciones. El legislador se limita a leer y sistematizar la jurisprudencia constitucional, cuando su papel es otro»²⁵¹. Si bé, alguns autors han excusat el legislador de 1992²⁵².

Pel que fa a l'àmbit d'aplicació dels articles que regulen aquests principis de la potestat sancionadora, cal advertir que la LRJPAC, quan en algunes disposicions addicionals exclou a diversos sectors de la seva aplicació i en declara la seva aplicació supletòria, ho fa per excloure els principis del procediment sancionador²⁵³; extrem que també ha estat àmpliament criticat per bona part dels administrativistes²⁵⁴.

Els principis que incorpora la LRJPAC són els de legalitat, d'irretroactivitat, de tipicitat, de responsabilitat, de proporcionalitat, de prescripció o prescriptibilitat *i non bis in idem* enunciats de manera genèrica. MUÑOZ MACHADO assenyala que la LRJPAC

²⁵¹ HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., p.133.

²⁵² La manca de la regulació general a la LRJPAC és excusada per CANO CAMPOS qui assenyala que, en el moment d'aprovar la LRJPAC, la doctrina no s'havia ocupat d'examinar de manera sistemàtica i general el corpus legal (sectorial) del Dret administratiu sancionador, i el bagatge jurisprudencial, més enllà de la projecció dels articles 24 i 25 CE, era molt minso i, per tant, era difícil extreure regles generals i solucions valuoses (contràriament, creu que era imprescindible que aquesta regulació hagués estat incorporada a la LPAC i a la LRJSP). CANO CAMPOS, T. *Claves prácticas de derecho administrativo. Sanciones Administrativas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018 p. 35. La mateixa idea a CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p 104.

NIETO GARCÍA, en l'edició de la seva obra de 1994, no ja en la de 2012 (en la que desapareix el paràgraf que transcrivim), afirma: «Dicho sea con la más absoluta sinceridad, lo mejor que puede hacer el legislador en estos momentos es olvidarse de una Ley de este tipo (general de las infracciones y sanciones administrativas) cuya publicación resultaría enormemente perturbadora. Por las razones que sean, nadie puede negar que el Parlamento español se encuentra -desde el punto de vista técnico normativo (...)- en uno de los puntos más bajos de su historia. En estas condiciones, y hasta que no cambien mucho las cosas, más vale que se deje todo como está, para que siga encargándose la jurisprudencia de configurar el derecho administrativo sancionador». NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 1994, op. cit., p. 17.

²⁵³ La disposició addicional vuitena exclou l'aplicació dels principis del procediment sancionador respecte dels procediments disciplinaris; la disposició addicional cinquena, respecte als procediments tributaris; la disposició addicional setena, respecte dels procediments administratius sancionadors per infraccions en l'ordre social, i la disposició addicional vuitena bis -introduïda per la Llei 18/2009, de 23 de novembre-, respecte del procediment sancionador en matèria de transit i seguretat vial.

²⁵⁴ REBOLLO PUIG, M., Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015. A: GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (director), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, Granada, Cemci, 2016, pp. 351-353; CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 39.

reprodueix principis constitucionals sense advertir expressament aquesta circumstància (i sense que el legislador afegixi res al seu contingut). A més, destaca que la norma realitza interpretacions generals de conceptes constitucionals que no li correspon establir al legislador sinó al TC qui, com a intèrpret suprem de la CE, és l'únic que pot fixar, amb caràcter general, la significació dels seus preceptes (l'autor posa de relleu que una cosa és interpretar la CE per establir regulacions concretes fent ús dels seus principis i una altra, tractar de fixar interpretacions generals d'aquests principis). També fa notar una ommissió important quant als principis recollits a la LRJPAC, el principi d'antijuridicitat, i que només, excepcionalment, hi ha algunes prescripcions de la LRJPAC que no resulten directament exigibles des de la CE (la retroactivitat *in bonus* prevista en l'art. 26.2 i la responsabilitat de les persones jurídiques). Per l'autor, són aquests mandats els que tenen un veritable contingut normatiu propi²⁵⁵.

Per últim, cal destacar les consideracions de HUERGO LORA quan adverteix que l'opció del legislador de limitar-se a incorporar principis ja construïts pel TC té lloc en un entorn en el que el TS i el TC, en afrontar el problema de la compatibilitat amb la CE del sistema sancionador administratiu de l'Estat espanyol (que no disposava de la regulació de les molt diverses institucions que eren exigibles per donar resposta a l'exercici del *ius puniendi* -del qual la potestat sancionadora n'és una manifestació), en comptes de declarar inconstitucionals moltes o algunes de les normes del sistema -pel seu contingut o inconstitucionals per ommissió- o anul·lar els actes d'aplicació d'aquestes normes inconstitucionals, van optar per extreure de la CE unes garanties mínimes i aplicar-les a la resolució dels recursos concrets i només anul·lar els actes o normes que incomplien aquestes garanties mínimes²⁵⁶. Tal com assenyala l'autor, aquesta posició del TS i del TC, d'una banda, tanca portes al legislador, que podia haver optat per solucions parcialment diferents al criteri dels Tribunals i, de l'altra, desincentiva l'aprovació d'una regulació detallada²⁵⁷.

En la nostra opinió, la desincentivació o manca d'estímuls que destaca HUERGO LORA podria trobar fonament en el fet que una regulació general, en haver de garantir la

²⁵⁵ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo XII Actos administrativos y sanciones administrativas* (2ª edició), Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2017, pp. 302-304.

²⁵⁶ Són molt descriptives les reflexions de HUERGO LORA: «si en el Código Penal se suprimiera la regulación del error o del principio de culpabilidad, ¿los aplicaríamos directamente de la Constitución o declararíamos inconstitucional su derogación?. Dicho de otra manera ¿no constituye una exigencia del derecho sancionador la de que se apruebe una regulación que desarrolle sus principios y garantías?». HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit, p. 131.

²⁵⁷ *Ibíd.* pp.131-132.

posició del ciutadà i haver de donar coherència al sistema, dificulta l'actuació quasi sistemàtica de considerar la potestat sancionadora com la part final de cada norma administrativa que permet imposar la seva regulació per la via repressiva. I creiem que, el fet que al legislador sectorial només hagi de garantir que la norma compleix les garanties mínimes exigides per la CE, permet un molt ampli marge de maniobra per dissenyar la resposta repressiva d'acord amb el criteri i la perspectiva dels òrgans i unitats administratives encarregades d'impulsar la norma. Aquests òrgans i unitats administratives, en ocasions, entenen necessari un concret règim de responsabilitat de les persones jurídiques i físiques a les quals es dirigeixen; en d'altres, entenen necessari establir unes quanties extraordinàries de les sancions; considerar especialment la concurrència de determinats agreujants o atenuants; preveure, si hi concorre més d'un atenuant, la reducció de grau -de molt greu a greu o de greu a lleu-; establir que en determinats supòsits es substitueix l'inici de l'expedient sancionador per una amonestació, i, en fi, una llarga llista de singularitats sancionadores substantives fonamentades en la especialitat de la matèria tal com l'entenen els òrgans cridats a aplicar les normes administratives que la regulen (pensem que, tot plegat, fomenta una certa endogàmia sancionadora sectorial, més enllà de les diferències objectivament necessàries). Entenem, en definitiva, que el fet que el Dret administratiu sancionador no disposi d'una norma general equivalent a la part general del Dret penal incentiva el legislador sectorial a posar l'accent en les habilitacions per sancionar en favor de l'Administració Pública i en les garanties mínimes que no pot vulnerar, i no en les garanties i els drets del ciutadans, més enllà de les garanties mínimes exigides constitucionalment.

3.2.2.-Les regles procedimentals de l'exercici de la potestat sancionadora

La LRJPAC no estableix un procediment administratiu sancionador²⁵⁸, sinó que inclou alguns aspectes d'aquest procediment al Capítol II del Títol IX, el qual es titula «Principis del procediment sancionador». La regulació prevista en aquesta norma és substantivament modesta i també és el resultat de traslladar la doctrina del TC en projectar l'art. 24 CE en el vessant procedimental del dret sancionador. En concret, la necessitat d'un procediment i que el procediment ha de servir per garantir els drets reconeguts en l'esmentat article: el dret a ser informat de l'acusació, la presumpció d'innocència, el dret

²⁵⁸ Qüestió criticada per la doctrina perquè l'enumeració de principis procedimentals no garanteix un tractament comú dels ciutadans. En aquest sentit, per exemple, GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, 2016, p. 112.

a la defensa i a utilitzar els mitjans de prova necessaris²⁵⁹. Si bé hi ha omissions significatives: a) no fa cap referència al dret de no declarar contra un mateix i a no confessar-se culpable, malgrat que es tracta d'un dels drets que el Tribunal Constitucional considera aplicables al procediment administratiu sancionador, i b) no reconeix el dret a l'assistència lletrada ni que sigui amb una projecció limitada²⁶⁰. Tanmateix, incorpora alguns drets que van més enllà de l'aplicació de l'art. 24.2 CE: a) el dret a ser informat de l'acusació inclou el coneixement de la identitat de l'instructor, de l'autoritat competent per imposar la sanció i de la norma que atribueix aquesta competència; b) al presumpte responsable se li reconeixen els drets reconeguts a l'art. 35 LRJPAC a tots els ciutadans que són part d'una relació jurídica administrativa, i c) els procediments que regulin l'exercici de la potestat sancionadora han d'establir la separació entre la fase instructora i la sancionadora, encomanada a òrgans diferents, separació que no és una garantia que imposi l'art. 24.2 CE ni tampoc el CEDH²⁶¹ (sobre aquestes qüestions tornarem *infra*, Capítol 2).

Al marge de no establir un procediment administratiu sancionador, l'art. 134 LRJPAC preveu que l'exercici de la potestat sancionadora requereix un procediment establert legalment o reglamentàriament. D'aquesta regulació es dedueix que aquesta llei no considera ni bàsic ni que formi part del procediment administratiu comú la regulació concreta del procediment sancionador²⁶² (però sí els principis del procediment sancionador que estableix), ni exigeix una norma amb rang de llei per regular-lo²⁶³.

²⁵⁹ Entre d'altres, STC 7/1998, de 13 de gener, Sala Primera, Rec. 950/1995, FJ 5.

²⁶⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos...* op. cit., p. 57.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 85, notes al peu 127 i 128, que recullen tota la jurisprudència i doctrina que fonamenta aquesta afirmació.

²⁶² Cal fer esment que, contràriament, GARCÍA DE ENTERRÍA sosté que el procediment administratiu sancionador és competència exclusiva de l'Estat per tractar-se de procediment administratiu comú. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La problemática puesta en aplicación de la LRJPAC el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora: Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 80, 1993, pp. 660-661.

En sentit contrari, GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El "Big-Bang" del procedimiento... op. cit., pp. 223-232.

²⁶³ GONZÁLEZ NAVARRO manifesta una opinió molt crítica en relació amb la deslegalització i a la possibilitat que cada norma sancionadora substantiva pugui establir -legalment o reglamentària- un procediment propi. *Ibíd.*, pp. 223-232.

El dictamen del Consell d'Estat (núm. expedient 1076/1991) sobre l'Avantprojecte de la Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques, de 30 d'octubre de 1991, en relació amb la regulació dels principis del procediment sancionador també va emetre una opinió crítica. En concret, estableix: «el Anteproyecto enuncia unos principios básicos, desechando la opción a favor de una Ley que, con carácter general, estableciera el régimen jurídico de la potestad sancionadora. Considera el Consejo de Estado que el Título IX requiere un mayor grado de rigor

Aquesta habilitació reglamentària, sumada al fet que la LRJPAC va derogar els arts. 133 a 137 LPA que, com hem vist, era un procediment aplicat per moltes de les normes estatals i autonòmiques, sancionadores substantives, va comportar a l'aprovació del REPEPOS.

L'àmbit d'aplicació del REPEPOS s'explica a l'exposició de motius i a l'art. 1 d'aquest reglament: és una norma supletòria general que pot ser desplaçada per normes estatals i autonòmiques i també locals. Per tant, el procediment que preveu aquesta norma reglamentària és d'aplicació:

- A l'Administració de l'Estat quan és la que té les competències sancionadores substantives amb caràcter d'exclusives, de manera directa si no hi ha cap procediment establert per una norma sectorial o amb caràcter supletori per cobrir les llacunes que puguin existir (art. 1 apartat 1 a)²⁶⁴.

- Directament a les CCAA i a les Entitats locals (amb les singularitats que explicarem) en les matèries en les que l'Estat té la competència legislativa plena i les CCAA només tenen competència executiva, tenint present que, en exercici d'aquesta competència legislativa, l'Estat podrà establir procediments singulars i singularitats procedimentals (art. 1 apartat 1 b i c).

Per tant, les matèries en les quals les CCAA tenen competència legislativa, el procediment sancionador aplicable és l'establert amb caràcter general o per al sector concret en la legislació autonòmica²⁶⁵ (que, si desplega legislació bàsica, hi estarà

y precisión. (...). Artículo 127 Debiera regularse un "procedimiento sancionador" en el que se proyectaran las garantías constitucionales inferibles del artículo 24 de la Constitución, tal y como las ha alumbrado la jurisprudencia constitucional. El procedimiento que se propugna debe configurarse como procedimiento común y general, de modo que quede previsto que las leyes sectoriales, cuando así se requiera, puedan establecer especialidades siempre que en su regulación queden preservadas las garantías a que anteriormente se hacía referencia».

²⁶⁴ ALARCÓN SOTOMAYOR relaciona els reglaments que aproven procediments sancionadors "ad hoc" en àmbits exclosos de l'aplicació de la LRJPAC (dels quals, a més del tributari i de l'ordre social, destaca el de trànsit, circulació de vehicles a motor i seguretat vial); les moltes normes que al fil de la regulació substantiva estableixen previsions procedimentals complementàries i les que preveuen un procediment sancionador específic com la Llei de defensa de la competència. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos...* op. cit., p. 64, a les notes de peu núm. 65, 66, 67 i 68.

²⁶⁵ En aquest sentit, *Ibíd.*, p. 65.

vinculada si preveu alguna prescripció en l'àmbit procedimental sancionador²⁶⁶). Cal advertir que moltes CCAA van aprovar un procediment sancionador general propi²⁶⁷.

Pel que fa als ens locals, l'aplicació del REPEPOS als procediments sancionadors que instrueixin i resolguin aquests ens té un règim especialment complex, degut a les dificultats d'interpretar les previsions d'aquesta norma reglamentària. En concret, l'article 1.2 del REPEPOS estableix: «asimismo, se aplicará este Reglamento a los procedimientos sancionadores establecidos por ordenanzas locales que tipifiquen infracciones y sanciones, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena, en lo no previsto por tales ordenanzas». El tenor literal d'aquest article és de difícil interpretació, perquè l'apartat 1 c), immediatament anterior, prescriu: «la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas (...) por las Entidades que integran la Administración Local, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena»²⁶⁸. De manera que l'art. 1.1 estableix que els procediments específics han d'estar previstos en les corresponent normes estatals perquè és l'Estat qui té la competència normativa plena i l'art. 1.2 permet que ,en matèria de competència normativa plena estatal, les ordenances locals puguin preveure procediments sancionadors diferenciats i pugin tipificar infraccions i sancions.

La possibilitat que, pretesament, empara el REPEPOS perquè les ordenances locals puguin tipificar infraccions va ser durament criticada per una part de la doctrina, d'entre la qual destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, qui entén que tant, l'art. 1.2 REPEPOS abans transcrit com també d'altres disposicions d'aquest reglament (l'art. 2.2 i la Disposició addicional única, apartat 2), pretenen emparar la tipificació d'infraccions i sancions administratives per ordenances locals amb vulneració de la reserva de llei establerta a

²⁶⁶ Aquesta qüestió s'analitza per EZQUERDA HUERGA en relació amb la tipificació d'infraccions i sancions i les seves conclusions creiem que són aplicables també a les qüestions procedimentals: «al desarrollo normativo no les es dado romper o violentar el espíritu o fin al que obedece la atribución al Estado de la competencia legislativa básica en una determinada materia. Fin que no es otro que procurar un mínimo común normativo en la materia que se trate de que garantice un trato mínimo igualitario a todos los ciudadanos con independencia del territorio en el que se encuentren y de la Administración con la que se relacionen». EZQUERRA HUERVA A., Regulación de la potestad sancionadora... op. cit., p. 968.

²⁶⁷ Catalunya, Decret 278/1993; Extremadura, Decret 9/1994; Ses Illes Balears, Decret 14/1994; Astúries, Decret 21/1994; Castella i Lleó, Decret 189/1994; La Rioja, article 84 de la Llei 3/1995; País Basc, arts. 1 i 23 a 43 de la Llei 2/1998; Madrid, Decret 245/2000, i Aragó, Decret 28/2001.

²⁶⁸ Per a una anàlisi sintètica del marc d'aplicació del REPEPOS vid. GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras... op. cit., pp.111-139.

l'article 25 CE, fonamentant-ho en la cobertura d'un reglament²⁶⁹⁻²⁷⁰. Sobre aquesta qüestió -que va desencadenar la introducció del Títol XI a la LBRL, mitjançant la Llei 57/2003 de 16 de desembre, de mesures per a la modernització de govern local- tornarem *infra* Capítol 2. Si bé, en aquest moment, cal destacar que, en aprovar-se el REPEPOS, la impossibilitat de sancionar l'incompliment de deures i obligacions establerts a les ordenances locals era una qüestió candent (pel fet que hi havia moltíssimes ordenances locals que tipificaven com infraccions aquests incompliments i preveïen sancions), i la solució es va intentar traslladar al contingut d'aquesta norma reglamentària, tant pel que fa a la possibilitat de preveure sancions com, pel que aquí interessa, la possibilitat de preveure procediments sancionadors diferenciats a cada ordenança.

Pel que fa a aquest darrer extrem, la possibilitat de preveure procediments sancionadors diferenciats a través d'ordenança també és objecte de regulació en algunes de les normes autonòmiques que estableixen un procediment sancionador general propi. En el cas d'Extremadura, el Principat d'Astúries i la Rioja les normes no estableixen cap prescripció sobre l'aplicació als ens locals del procediment sancionador que regulen²⁷¹; les normes de Catalunya, les de les Illes Balears, de Castella i Lleó i de Madrid preveuen l'aplicació supletòria als procediments sancionadors específics establerts a les ordenances locals (i, per tant, reconeixen la possibilitat que existeixin)²⁷². Les normes del País Basc i Aragó, en canvi, adopten el criteri que, amb una interpretació conjunta de l'ordenament, sembla el més lògic: s'aplica el procediment que preveuen aquestes normes a totes les infraccions i sancions previstes en les regulacions que són l'exercici de competències normatives plenes de la Comunitat Autònoma o compartides de la Comunitat Autònoma

²⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC... op. cit., p. 666.

²⁷⁰ La problemàtica relativa a si les ordenances podien tipificar com infraccions els incompliments de les obligacions i deures que preveïen -i sancionar-les- ha estat estudiat per NIETO GARCÍA que explica que fins els anys 80 del segle passat, a l'empara de les normes de règim local que atribuïen potestat normativa als ens locals i que en alguns supòsits la legislació sectorial hi donava cobertura, les ordenances preveïen obligacions i tipificaven infraccions i sancions pel seu incompliment «sin contestaciones ni alarmas», fins que van concórrer tres circumstàncies: la posició del Tribunal Constitucional que va entendre que l'exigència de la reserva legal s'estenia a totes les manifestacions del dret punitiu, l'acceptació general d'aquesta opinió per part de la doctrina i el silenci de la LRJPAC. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador* (5^a edició), Madrid, Tecnos, 2012 (reimpresió 2015), p. 287.

²⁷¹ Extremadura, Decret 9/1994, de 8 de febrer; Astúries, Decret 21/1994, de 24 de febrer, i La Rioja, Llei 3/1995, de 8 de març.

²⁷² Catalunya, art. 1.2 del Decret 278/1993, de 9 de novembre; Illes Balears, art. 4 1 del Decret 14/1994, de 10 de febrer; Castella i Lleó, art. 1.3 del Decret 189/1994, de 25 d'agost, i Comunitat de Madrid, art. 1.2 del Decret 245/2000, de 16 de novembre.

amb l'Estat (en el cas del País Basc, també les compartides amb els Territoris històrics)²⁷³. Aquest criteri és compartit per ALARCÓN SOTOMAYOR, per a qui les infraccions i sancions tipificades en normes estatals i autonòmiques haurien de tramitar-se d'acord amb els procediments establerts en les normes estatals i autonòmiques, bé de caràcter general o bé de caràcter sectorial²⁷⁴.

Per últim, resta per abordar quin era el procediment aplicable a les infraccions i sancions establertes *ex novo* per ordenances sense emparament en normes legals estatals o autonòmiques. És a dir, les infraccions i sancions establertes a partir de l'any 2004 a l'empara del Títol XI de la LBRL, introduït per la Llei 57/2003. En aquests casos, cal entendre que, respectant els principis previstos a la LRJPAC, les ordenances podien establir un procediment sancionador propi, en la lògica de la LRJPAC relativa a què cada norma sancionadora substantiva podia preveure un procediment sancionador específic²⁷⁵.

En resum, fins a la entrada en vigor de la LPAC eren possibles i existien molt diverses regulacions legals i reglamentàries del procediment sancionador (estatals, autonòmiques i locals). D'aquesta manera, va esdevenir una situació de més gran diversitat i dispersió que durant la vigència de la LPA, que preveia un procediment sancionador, que era seguit majoritàriament per les normes sectorials i que va ser derogada per la LRJPAC. Amb aquesta derogació, la LRJPAC provoca una situació qualificada per la doctrina d'una injustificada sobreabundància de procediments administratius sancionadors²⁷⁶, una hipernormació de procediments sancionadors²⁷⁷ o un descomunal nombre de procediments en el si d'una regulació dispersa que va anar més enllà dels límits acceptables²⁷⁸⁻²⁷⁹.

²⁷³ País Basc, arts. 1.1 i 23 de la Llei 2/1998, de 20 de febrer, i Aragó, art. 1.1 del Decret 28/2001, de 30 de gener.

²⁷⁴ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos...* op. cit., pp. 67-68.

²⁷⁵ Així ho entén ALARCÓN SOTOMAYOR en examinar l'aplicació del REPEPOS sense entrar a ponderar si abans del 2004 era possible o no la tipificació *ex novo* per ordenances d'infraccions i sancions. *Ibíd.*, p. 68.

²⁷⁶ EZQUERRA HUERVA A., *Regulación de la potestad sancionadora...* op. cit., p. 971.

²⁷⁷ RAMS RAMOS, L., «De supletorio a prevalente: la incidencia de la terminación en los procedimientos sancionadores establecida por la Ley 39/2015 en la normativa sectorial», *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, p. 113.

²⁷⁸ GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras... op. cit., p. 111-139.

²⁷⁹ Als efectes de l'objecte d'aquest capítol (en gran part analitzar el procés per arribar i la situació final de la regulació general del Dret administratiu sancionador espanyol), l'interès de la qüestió en l'apartat que examinem es circumscriu en constatar la situació provocada en l'àmbit procedimental per la regulació LRJPAC. Un cop constatada la situació creada pel legislador bàsic, i havent-nos alineat en iniciar aquest apartat amb els autors que consideren que l'Estat té competència per regular el procediment administratiu sancionador (sens perjudici de les concretes

3.3.-La LPAC i la LRJSP: la continuïtat de la insuficient regulació de la potestat sancionadora i del procediment sancionador

Una primera observació obligada és que la substitució de la LRJPAC per la LPAC i la LRJSP respon a una reforma de l'ordenament jurídic públic articulada en dos eixos fonamentals segons assenyala l'Exposició de motius: les relacions «ad extra» i «ad intra» de les administracions públiques. Es tracta d'una estructuració que ha estat objecte de crítiques doctrinals, en entendre:

a) Que la divisió en dos eixos pressuposa que les relacions «ad extra» són regulades a l'empara de la competència sobre procediment administratiu comú i les «ad intra» a l'empara de la de bases del règim jurídic de els AAPP la qual cosa ha estat descrita com una frivolidat²⁸⁰.

b) Que la divisió establerta entre les dues normes no pot fonamentar-se en aquesta distinció, atès que a la LPAC s'integren nombrosos preceptes relatius al funcionament «intern» de les Administracions públiques, mentre que a la LRJSP s'integren normes que són veritables drets subjectius -com és el cas dels principis relatius a l'exercici de la potestat sancionadora-, i sense que es pugui justificar que la iniciativa legislativa i l'exercici de la potestat per dictar reglaments es qualifiqui en tot cas com a relacions «ad extra»²⁸¹.

c) Que la potestat sancionadora cal regular-la de manera integral²⁸².

singularitats procedimentals que pugui establir el legislador sectorial, quan sigui eficaç, proporcionat i necessari per assolir les finalitats pròpies del procediment, i de manera motivada, tal com assenyalen ara la DA 1 a) i l'article 1.2 LPAC), ens allunyaria del nostre objecte d'estudi determinar el per què de l'actuació del legislador de 1992: si considerava que era un imperatiu constitucional; si entenia que en exercici de les competències sobre bases del règim jurídic de les AAPP i sobre procediment administratiu comú aquesta era una alternativa entre d'altres possibles, o si considerava que era la jurisprudència del TC la que l'havia conduït a aquesta solució.

²⁸⁰ En opinió de LÓPEZ MENUDO aquesta divisió «puede servir como noción aproximativa, o para escolares, pero no como criterio delimitador serio sobre algo de tanta envergadura». LÓPEZ MENUDO, F., Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma. A: LÓPEZ MENUDO, F. (director), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, Universitat de Sevilla, 2016, p 33.

²⁸¹ *Ibíd.*, p 38.

²⁸² CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 31.

Aquesta separació i regulació és també objecte de crítica per part del Consell d'Estat, tant per la divisió en dues lleis²⁸³ com pel tractament fragmentat de la potestat sancionadora i de la responsabilitat patrimonial, i la incorporació literal de preceptes reglamentaris que posen en qüestió la vocació de la LPAC com a norma general²⁸⁴.

3.3.1.-La regulació del règim substantiu de la potestat sancionadora

En aquest aspecte la LRJSP reproduceix al Capítol III del Títol preliminar, quasi mimèticament, la regulació del principis de la potestat sancionadora recollits a LRJPAC i es poden reproduir totes les observacions i crítiques que hem assenyalat, a les que cal afegir la fragmentació en dues lleis dels principis de la potestat sancionadora i de la regulació del procediment sancionador. Tot i això, s'ha destacat que aquestes normes realitzen petites millores tècniques en aquest procés de reproducció quasi mimètica de la LRJPAC²⁸⁵. Si bé aquestes petites modificacions no alteren la conclusió a la que arriba una part significativa de la doctrina sobre la insuficiència de la regulació i la necessitat de disposar una norma general que reguli els aspectes substantius de la potestat sancionadora²⁸⁶. Destaquen especialment les absències amb relació a:

- Les causes que eximeixen la responsabilitat sancionadora: causes d'exclusió de l'antijuridicitat (causes de justificació) i de la culpabilitat (causes d'inimputabilitat)
- L'error
- El moment en què s'han d'entendre comeses les infraccions
- La regulació completa dels concursos de normes i d'infraccions
- El concepte d'autor i la responsabilitat dels diferents partícips en les infraccions

²⁸³ Dictamen 275/2015, de 29 d'abril de 2015: «En definitiva, el enfoque que inspira la reforma proyectada, articulada en torno a los dos anteproyectos de ley de referencia, no entronca con la tradición jurídico-administrativa de nuestro ordenamiento; antes bien, supone una quiebra del esquema hasta ahora seguido en el derecho administrativo positivo español, generando una fractura del tratamiento sistemático que tradicionalmente han recibido el régimen de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas y la regulación del procedimiento administrativo. Tal ruptura, lejos de servir al fin de clarificación y simplificación que pretende alcanzarse, introduce una notable confusión en el ordenamiento, planteando una serie de inconvenientes que evidencian la rigidez del esquema seguido y su insuficiencia para lograr una adecuada regulación de tales materias».

²⁸⁴ Dictamen 275/2015, de 29 d'abril de 2015: «En todo caso, la regulación de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial deberá siempre realizarse de forma integral, contemplando de forma unitaria los requisitos sustantivos y los principios procedimentales de aplicación en ambas materias, dado que unos y otros constituyen aspectos esenciales de su ordenación y, por ello, tienen un indudable sentido institucional».

²⁸⁵ Vid. CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., pp. 42-45.

²⁸⁶ Per tots, *Ibíd.*, pp. 33-36.

- L'edat a partir de la qual es pot sancionar a les persones físiques
- Les altres formes d'extinció de la responsabilitat diferents de la prescripció (per exemple, la mort de la persona física, la dissolució de la jurídica o la condonació de les sancions)
- Un quadre mínim i general de les sancions administratives, del seu contingut i de la seva extensió

3.3.2.- Les regles procedimentals de l'exercici de la potestat sancionadora

La LPAC ha substituït els principis del procediment administratiu sancionador que preveia la LRJPAC, no per un procediment sancionador regulat de manera diferenciada, sinó per preceptes inserits al llarg de la regulació del procediment administratiu comú establert al Títol IV («De les disposicions sobre el procediment administratiu comú»), que es configuren com especialitats procedimentals (arts. 53, 56, 63, 64, 75, 85, 89 i 90), i que algun autor anomena procediments comuns especialitzats²⁸⁷. Tècnica que, com ja hem indicat, en opinió del Consell d'Estat «al intercalar en la regulación del procedimiento administrativo común las llamadas "especialidades" aplicables en materia sancionadora y de responsabilidad, se dificulta la comprensión general de la Ley y se oscurece el conocimiento completo y unitario del régimen jurídico aplicable a tales materias»²⁸⁸.

L'aprovació de la LPAC ha comportat problemes sobre la determinació de la norma aplicable perquè: a) tot i que la nova llei reproduïx una part substancial del REPEPOS - que es deroga expressament- algunes de les seves prescripcions no són incorporades a la LPAC i la seva derogació deixa d'emparar les actuacions que preveïen aquestes prescripcions en procediments als quals era d'aplicació aquest Reglament, i b) hi ha prescripcions que no recull la LPAC que es troben previstes en normes procedimentals aprovades durant la vigència de la LRJPAC -que sabem, múltiples i diverses- respecte de les quals cal establir si són aplicables d'acord amb la clàusula derogatòria de la LPAC de totes les normes que s'oposin a la nova regulació. Aquesta situació és la conseqüència

²⁸⁷ Per exemple, MARTÍN REBOLLO el denomina així i afirma que la solució adoptada dificulta la comprensió i augmenta la confusió i la complexitat de la norma tot trencant la unitat i continuïtat de propi i procediment administratiu comú. MARTÍN REBOLLO, L., La Potestad Sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos "procedimientos comunes especializados". A: LÓPEZ MENUDO, F. (director), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, Universitat de Sevilla, 2016, p 347.

²⁸⁸ Dictamen 275/2015, de 29 d'abril de 2015, veure nota núm. 284.

d'intentar reconduir un marc legal que propulsava la dispersió de normes procedimentals, i que una part de la doctrina considera mal resolta -pel que fa a la derogació del REPEPOS- en les disposicions transitòries i la disposició derogatòria única²⁸⁹

Aquesta qüestió s'interrelaciona amb un altre aspecte conflictiu: les dificultats de saber quan s'aplica el procediment comú general i quan les especialitats procedimentals en matèria sancionadora. En especial, com indica RAMS RAMOS, l'ambigua redacció de la DA 1 a) LPAC (que estableix: «els procediments administratius regulats en lleis especials per raó de la matèria que no exigeixin algun dels tràmits que preveu aquesta Llei o regulin tràmits addicionals o diferents es regeixen, respecte a aquests, pel que disposen les lleis especials esmentades») permet posar en dubte si una llei especial per raó de la matèria, només pel fet de tenir rang de llei, pot apartar-se de les especialitats procedimentals sancionadores regulades per la LPAC, de manera motivada²⁹⁰. Aquesta qüestió ha rebut respostes oposades per part dels autors que l'han analitzat.

D'una banda, alguns autors, d'entre els quals destaquen GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES, entenen que sí, perquè el procediment administratiu no és un denominador comú absolut, sinó un conjunt ordenat de tràmits que poden ser eludits en un procediment específic per una norma amb rang de llei emparada en la DA 1 a), a la qual seran aplicables les exigències establertes per poder incloure tràmits addicionals o diferents dels que preveu la LPAC (article 1.2). És a dir, que l'elusió sigui eficaç, proporcionada i necessària per assolir les finalitats pròpies del procediment, i de manera motivada²⁹¹.

D'altra banda, autors com RAMS RAMOS conclouen contràriament que no és possible perquè «el carácter «común» del art. 85 LPAC como parte del procedimiento administrativo común que, de ahora en adelante, vinculará a todas las Administraciones públicas a la hora de regular los procedimientos administrativos de carácter sancionador, independientemente del ámbito material en el que se establezcan, y el alcance de su competencia sobre la misma —sin perjuicio, claro está, de lo establecido por el apdo. 2 de la disposición adicional 1.ª LPAC»²⁹² (l'apartat 2 de la disposició final 1ª regula el

²⁸⁹ GÓMEZ TOMILLO I SANZ RUBIALES assenyalen l'existència de «problemas sobre la determinación de la norma aplicable». GÓMEZ TOMILLO, M. I SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, (4ª edició), Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2017. p. 673. En el mateix sentit, MARTÍN REBOLLO, L., *La Potestad Sancionadora y la responsabilidad...* op. cit., p. 348.

²⁹⁰ RAMS RAMOS, L., «De supletorio a prevalent... op. cit., p. 108.

²⁹¹ GÓMEZ TOMILLO, M. I SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 679.

²⁹² RAMS RAMOS, L., «De supletorio a prevalent... op. cit., p. 121.

sectors exclosos de l'aplicació del procediment previst a la LPAC). Aquesta autora fonamenta la seva posició en la interpretació que fa de la doctrina del Tribunal Constitucional (en especial en la STC 97/2017, FJ 5) que, en la seva opinió, aprofundeix en la línia sostinguda prèviament per l'Alt tribunal, a l'establir que «si bien, en principio y como regla general, los procedimientos administrativos especiales *ratione materiae* siguen, efectivamente, el régimen de distribución competencial existente en cada materia o sector, este Tribunal ha hecho constar que, en virtud del artículo 149.1.18 CE, el Estado puede establecer normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae* (...)».

Més rellevant és encara la previsió l'apartat 2 de la disposició adicional 1.^a LPAC, pel que fet que estableix que es regeixen per la seva normativa específica i supletòriament pel que disposa la LPAC: a) les actuacions i els procediments d'aplicació dels tributs en matèria tributària i duanera, així com la seva revisió en via administrativa; b) les actuacions i els procediments de gestió, inspecció, liquidació, recaptació, impugnació i revisió en matèria de Seguretat Social i desocupació; c) les actuacions i els procediments sancionadors en matèria tributària i duanera, en l'ordre social, en matèria de trànsit i seguretat viària i en matèria d'estrangeria, i d) les actuacions i els procediments en matèria d'estrangeria i asil. Tal com assenyalen GOMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES els àmbits amb major transcendència quantitativa i de competència estatal queden fora de la LPAC (de manera que els ciutadans resten subjectes a les mateixes regles, llevat de quan entren en relació amb l'Administració de l'Estat)²⁹³.

A manera de conclusió la LPAC i la LRJSP són una nova oportunitat perduda per dotar a la potestat sancionadora d'una norma general substantiva i procedimental que atribueixi al sistema de la seguretat jurídica necessària i de l'adequada protecció dels interessos generals i dels drets dels ciutadans²⁹⁴. Encara més, les escasses novetats que incorporen aquestes normes no compensen la disgregació de la potestat sancionadora de

²⁹³ Encara més, segons aquests autors «resulta ciertamente sospechoso el interés por huir, por escapar de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, y viene a ser una constatación del “fracaso” del Procedimiento Común, porque allá donde el número de sanciones es más elevado y el interés recaudador (o los efectos en la recaudación) más relevante, el Procedimiento común “no sirve” y se hace preciso de un procedimiento “ad hoc”». GÓMEZ TOMILLO, M. I SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 683.

²⁹⁴ Cal dir que les mancances pròpies de la regulació de la potestat sancionadora i del procediment sancionador són algunes d'entre les molt diverses mancances que la doctrina atribueix a les lleis generals de procediment administratiu comú i de règim jurídic de les AAPP, encara ancorades en defectes i carències que es remunten a la LPA. En aquest sentit, LOPEZ MENUDO, F., *Significación de los conceptos...* op. cit., pp. 18-19.

l'Administració en dues normes i la conseqüent inseguretats jurídica que la fragmentació comporta²⁹⁵.

4.- L'EXPANSIÓ, LA DISPERSIÓ I LA MANCA DE COHERÈNCIA DEL SISTEMA SANCIONADOR

El que s'ha explicat fins ara permet afirmar que la regulació de la potestat sancionadora administrativa, des del S. XIX fins als nostres dies, es troba dispersa en múltiples normes i és un àmbit en constant expansió; si bé, en contraposició, no s'han establert mecanismes per garantir la coherència del sistema. En aquest apartat aprofundirem en aquestes característiques del Dret administratiu sancionador.

4.1.- L'expansió, la dispersió del sistema sancionador i la manca de coherència del *ius puniendi*

L'expansió i la dispersió del sistema sancionador ha estat destacada de manera sistemàtica per la doctrina especialitzada. En abordar el gran abast de la potestat sancionadora i la corresponen inflació normativa, resulta de cita inexcusable NIETO GARCIA, quan explica el que qualifica de sarcasmes y paradoxes del Dret administratiu sancionador. En concret, aquest autor, al referir-se a «la inmensidad de las infracciones», afirma que «el repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras (...) físicamente no hay tiempo de leerlas ni, leídas, son inteligibles para el potencial infractor de cultura media»²⁹⁶. Per la seva banda, GAMERO CASADO i FERNÁNDEZ RAMOS, en definir el sistema sancionador, posen l'accent en la dispersió de normes i la diversitat de criteris en afirmar que «el carácter accesorio de la competencia en materia sancionadora ha conducido a una absoluta sectorialización del Derecho Administrativo sancionador, con la consiguiente dispersión de normas y diversidad de criterios. De hecho, la práctica totalidad de las Leyes sectoriales, tanto estatales como autonómicas, cuando ordenan una materia o sector cualquiera dedican un capítulo que acostumbra a ser el último al régimen sancionador aplicable a la materia en

²⁹⁵ En el mateix sentit, CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 26.

²⁹⁶ Les expressions sarcasmes i paradoxes són projectades per NIETO GARCIA sobre dos fets: a) existeix un nombre incomptable d'infraccions, que quasi bé fa impossible que el ciutadà més escrupolós pugui assegurar no haver realitzat en alguna ocasió alguna conducta tipificada, i b) si l'Administració ho vol, troba infraccions i infractors sense dificultat. Entén que aquest dos fets poden produir un resultat paradoxal i sarcàstic: la inevitabilitat de les infraccions i l'arbitrarietat de la persecució. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 27.

cuestión»²⁹⁷. En aquest sentit, cal recordar que aquesta inflació normativa no es va veure aturada amb l'aprovació de la CE, sinó que, com hem vist en l'apartat anterior i tal com assenyala SANTAMARÍA PASTOR, l'aprovació de la CE va tenir com a conseqüència incrementar de manera exponencial la quantia i la varietat de les sancions administratives²⁹⁸.

Més enllà d'aquestes posicions doctrinals (que si bé són només una mostra, representen el sentir majoritari), convé destacar que no disposem de dades estadístiques del nombre de normes administratives que regulen infraccions i sancions administratives ni tampoc del nombre i categories d'infraccions ni de sancions administratives que estableixen les diverses normes europees, estatals, autonòmiques i locals. És a dir, no és possible conèixer l'abast *real* de la potestat administrativa sancionadora en els nostres dies. A més, ni la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (arts. 6 a 8), ni la Llei catalana 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (arts. 8 a 12), en regular el contingut de la publicitat activa, obliguen a donar informació qualitativa o quantitativa, o almenys estadística, sobre el nombre de sancions que imposen les Administracions Públiques. Malgrat això, hi ha algunes Administracions Públiques que sí que ofereixen aquesta informació, la qual de manera molt indicària permet copsar la dimensió quantitativa i qualitativa de l'activitat sancionadora.

Així, per exemple, la Direcció General de Trànsit informa que, sense computar les sancions imposades pels òrgans competents en matèria de transit al País Basc, Navarra i Catalunya, l'any 2012 es varen realitzar 4.136.998 denúncies, de les quals 1.313.516 s'imposen mitjançant radars (i aquell any es varen ingressar pel concepte de sancions 385.059.812,91 d'euros); l'any 2013, 4.020.391 denúncies i 1.066.501 per radars (i es varen ingressar 376.897.619,48 euros), l'any 2014, 4.259.720 denúncies i 1.322.166 per radars (i es varen ingressar 385.266.518,02 euros); l'any 2015, 4.826.292 denúncies i 2.169.170 per radars (i es varen ingressar 390.887.808,76 euros), i l'any 2016, 4.387.688 denúncies i 1.836.465 per radars (i es varen ingressar 340.299.544,36 euros)²⁹⁹.

²⁹⁷ GAMERO CASADO, E., i FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho administrativo* (14ª edició), Madrid, Tecnos, 2017, pp. 902-903.

²⁹⁸ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 394.

²⁹⁹ Informació extreta de la seu electrònica de la Direcció General de Transit. Accessible a: <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/denuncias/evolucion-estadisticas/> (darrera consulta setembre 2020).

També es disposa d'informació del Ministeri de l'Interior de les sancions imposades a l'empara de la LOPSC (informació que només inclou les sancions imposades pels òrgans competents de l'Administració General de l'Estat³⁰⁰); en concret, l'any 2017 s'imposen 229.932 sancions (l'import de les quals és de 135.772.945 euros) i l'any 2018, 249.665 sancions (amb un import total de 149.284.338 euros)³⁰¹. En ambdós casos la informació és quantitativa sense establir diferències per la tipologia i gravetat de les sancions (llevat de la informació de sancions de trànsit mitjançant radars).

Aquesta informació -merament indiciària de l'enorme abundància de normes sancionadores i d'infraccions i sancions que han destacat les diferents aproximacions doctrinals-, s'ha de completar amb una comparació de sancions penals i administratives en dos àmbits materials coincidents que permetrà observar que no necessàriament les sancions penals són superiors a les administratives. En concret, es comparen infraccions previstes a la LOPSC que provenen d'antigues faltes i infraccions en matèria de medi ambient amb els delictes contra el medi ambient.

a) La reforma del Codi Penal realitzada per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, va derogar, entre d'altres, les faltes previstes a l'art. 633 (pertorbació lleu de l'ordre públic³⁰²) i a l'art. 634 segon incís (desobediència lleu a l'autoritat o als seus agents³⁰³) i aquesta tipificació és substituïda per sengles infraccions administratives greus previstes a l'art. 36.1 LOPSC («la pertorbació de la seguretat ciutadana en actes públics, espectacles esportius o culturals, solemnitats i oficis religiosos o altres reunions a les quals assisteixin nombroses persones, quan no sigui constitutiva d'infracció penal») i a l'art. 36.6 LOPSC («la desobediència o la resistència a l'autoritat o als seus agents en l'exercici de les seves funcions, quan no siguin constitutives de delicte, així com la negativa a identificar-se a requeriment de l'autoritat o dels seus agents o l'al·legació de dades falses o inexactes en

³⁰⁰ L'art. 32 LOPSC estableix els òrgans competents per imposar les sancions establertes en aquesta llei: l'Administració General de l'Estat (Ministre de l'Interior, Secretari d'Estat de Seguretat i Delegats de Govern), les autoritats corresponents de la Comunitat Autònoma en l'àmbit de les seves competències en matèria de seguretat ciutadana i els alcaldes quan les infraccions es cometin en espais públics municipals o afectin béns de titularitat local, sempre que tinguin competència sobre la matèria d'acord amb la legislació específica.

³⁰¹ Informació extreta de la seu electrònica del Ministeri de l'Interior. Accessible a: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/seguridad-ciudadana-ley-organica-4-2015-1> (darrera consulta setembre 2020).

³⁰² Aquest precepte establia: «Els qui pertorbin lleument l'ordre en l'audiència d'un tribunal o jutjat, en els actes públics, en espectacles esportius o culturals, solemnitats o reunions nombroses han de ser castigats amb les penes de localització permanent de dos a dotze dies i multa de deu a trenta dies».

³⁰³ Aquest precepte establia «Els qui faltin al respecte i la consideració degudes a l'autoritat o els seus agents, o els desobeeixin lleument, quan exerceixin les seves funcions, han de ser castigats amb la pena de multa de deu a seixanta dies».

els processos d'identificació»). La falta penal de perturbació lleu de l'ordre públic estava sancionada amb pena de multa de deu a trenta dies i la desobediència lleu a l'autoritat amb la pena de multa de deu a seixanta dies (amb un quota diària d'un import mínim de 2 euros i màxim de 400 -art. 50.4 CP-, que es determina exclusivament en funció de la situació econòmica del condemnat -art. 50.5 CP-), mentre que les infraccions greus a la LOPSC estan sancionades amb multes pecuniàries superiors a les dues faltes penals en el seu tram màxim; en concret, d'entre 601 i 30.000 euros (art. 39.1 LOPSC).

b) En el denominat delictes ecològic regulat a l'art. 325 i següents del CP, des de la reforma del Codi Penal de 2015, se'n preveuen dos tipus: (i) el tipus bàsic o atenuat³⁰⁴, consistent en la realització d'actuacions amb incidència ambiental (definides en el tipus), que contravenint les lleis o altres disposicions de caràcter general protectores del medi ambient, *causi o pugui causar danys substancials a la qualitat de l'aire, del sòl o de les aigües, o a animals o plantes*, i (ii) la realització de les mateixes actuacions amb incidència ambiental *puguin perjudicar greument l'equilibri dels sistemes naturals*. Tot i ser difícil diferenciar clarament un i altre supòsit, el primer està sancionat, en el cas de les persones físiques, amb les penes de presó de sis mesos a dos anys, multa de deu a catorze mesos i inhabilitació especial per a la professió o ofici per un temps d'un a dos anys; mentre que el segon, amb pena de presó de dos a cinc anys, multa de vuit a vint-i-quatre mesos i inhabilitació especial per a la professió o ofici per un temps d'un a tres anys. En ambdós casos, si s'ha creat un risc de perjudici greu per a la salut de les persones, s'ha d'imposar la pena de presó en la meitat superior, i es pot arribar fins a la superior en grau³⁰⁵.

En connexió amb l'àmbit material propi d'aquest delictes, hi ha diverses infraccions administratives amb tipificacions molt properes i difícils de destriar. Així, per exemple, l'art. 30.2. c) de la Llei 34/2007, de 15 de novembre, de qualitat de l'aire i protecció de

³⁰⁴ La doctrina penal no es posa d'acord en quina ha de ser la qualificació. Vid. BAUCCELLS LLADÓS, qui explica la difícil determinació de si es tracta d'un tipus bàsic o d'un tipus atenuat. BAUCCELLS LLADÓS, J., «Tentativa inacabada de protecció penal del medio ambiente», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, 2019, pp. 15-18.

³⁰⁵ En el cas de les persones jurídiques les sancions estan previstes a l'article 328 CP que estableix: «Quan d'acord amb el que estableix l'art. 31 bis una persona jurídica sigui responsable dels delictes que recull aquest capítol, se li han d'imposar les penes següents: a) Multa d'un a tres anys, o del doble al quàdruple del perjudici causat quan la quantitat resultant sigui més elevada, si el delictes comès per la persona física té prevista una pena de més de dos anys de privació de llibertat. b) Multa de sis mesos a dos anys, o del doble al triple del perjudici causat si la quantitat resultant és més elevada, en la resta dels casos. Ateses les regles que estableix l'art. 66 bis, els jutges i tribunals poden imposar així mateix les penes que recullen les lletres b a g de l'apartat 7 de l'art. 33». No obstant, en el treball ens centrem exclusivament en les persones físiques, doncs les persones jurídiques en general no són objecte d'aquest treball.

l'atmosfera que qualifica d'infracció molt greu «incomplir els valors límit d'emissió, sempre que això hagi generat o hagi impedit evitar una contaminació atmosfèrica *que hagi posat en perill greu la seguretat o salut de les persones o hagi produït un dany o deteriorament greu per al medi ambient*»; i l'art. 31.2. b) del Reial Decret Legislatiu 1/2016, de 16 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de prevenció i control integrats de la contaminació, que també qualifica com a infracció molt greu «incomplir les condicions establertes en l'autorització ambiental integrada, *sempre que s'hagi produït un dany o deteriorament greu per al medi ambient o s'hagi posat en perill greu la seguretat o salut de les persones*».

La tipologia de sancions coincidents en el CP i a la Llei 34/2007 i al RDLeg. 1/2016 són la multa i la inhabilitació. En ambdues normes administratives la sanció de multa és 200.001 fins a 2.000.000 d'euros (tant per a persones físiques com per a persones jurídiques), i la d'inhabilitació per a l'exercici de l'activitat, que a la Llei 34/2017 és per un període no inferior a un any ni superior a cinc, i al RDLeg. 1/2016 per un període no inferior a un any ni superior a dos³⁰⁶.

Al marge de la dificultat de diferenciar amb nitidesa l'àmbit d'aplicabilitat d'una i altra manifestació del *ius puniendi* en els preceptes transcrits (dificultat que ha estat denunciada per algun autor³⁰⁷), es constata que les sancions de multa que es poden

³⁰⁶ Tant la Llei 34/2007 com el Reial decret legislatiu 1/2016 coincideixen a preveure com a sancions accessòries: la *prohibició o clausura definitiva*, total o parcial de les activitats i instal·lacions, i la *prohibició o clausura temporal*, total o parcial de les activitats o instal·lacions, per un període no inferior a dos anys ni superior a cinc.

La Llei 34/2007 també preveu com a possibles sancions accessòries: el precintat d'equips, màquines i productes, per un període no inferior a dos anys; l'extinció, o suspensió de les autoritzacions en què s'hagin establert condicions relatives a la contaminació atmosfèrica per un temps no inferior a dos anys, i la publicació, a través dels mitjans que es considerin oportuns, de les sancions imposades, una vegada que aquestes hagin adquirit fermesa en via administrativa o, si escau jurisdiccional, així com els noms, cognoms o denominació o raó social de les persones físiques o jurídiques responsables i l'índole i naturalesa de les infraccions.

El Real decret legislatiu 1/2016 preveu només una altra sanció accessòria possible: la revocació de l'autorització o suspensió d'aquesta per un temps no inferior a un any ni superior a cinc.

³⁰⁷ Per exemple, BAUCELLS LLADÓS a la vista d'aquest marc normatiu aplicable afirma que «la infracció administrativa exige un “*daño o deterioro grave para el medio ambiente*” que deberemos delimitar nítidamente del “*daño sustancial a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*”, otorgándole a este segundo una entidad más grave que al primero –si no queremos entrar en una contradicción valorativa entre el derecho penal y el administrativo. En definitiva, como ha quedado demostrado cualquier tentativa de interpretación y aplicación racional del nuevo artículo 325.1 CP alcanza sólo parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado (...) urge una contrarreforma de la protección penal del medio ambiente que no olvide que la mejor eficacia empieza por la coherencia entre los mecanismos de prevención y, en cualquier caso, la coherencia entre los distintos instrumentos del derecho sancionador, penal y administrativo». «Tentativa inacabada de protección... op. cit., pp. 15-18.

imposar a les persones físiques en l'àmbit administratiu són molt superiors que les previstes en l'àmbit penal i que les penes d'inhabilitació ho són per períodes inferiors en el CP que al RDLeg. 1/2016³⁰⁸.

4.2.- La manca de codificació i les inseguretats jurídiques aparellades

La manca de codificació i la inexistència de normes legals que regulin el Dret administratiu sancionador amb un abast general a fi de complir la funció de la part general del Codi Penal ha merescut una crítica generalitzada sobre la base dels següents arguments:

- L'absència de regles generals sobre qüestions claus (com els responsables, els agreujants, els atenuants, les causes d'extinció de la responsabilitat, entre d'altres) està abocant a un casuisme jurisprudencial indesitjable. És a dir, la falta d'un marc general obliga a abordar casuísticament els problemes o abandonar-los a solucions de simple pràctica administrativa i de la jurisprudència³⁰⁹.

- L'absència d'una regulació comuna en la matèria incentiva el legislador autonòmic i el poder local a establir regulacions individualitzades i, sobretot, incentiva el mateix legislador estatal a establir règims sancionadors singulars en els diferents sectors d'intervenció. Fins al punt que és possible afirmar que no existeix un sol Dret administratiu sancionador, sinó tants Drets sancionadors com sectors que disposen d'ordenacions singulars (per exemple, fiscal, trànsit, medi ambient, urbanisme, etc.)³¹⁰.

- Les regulacions establertes en les diverses lleis sectorials -estatal i autonòmiques- són inevitablement regulacions parcials i normalment molt incompletes i insuficients. A més, els diversos règims sectorials estableixen solucions molt diverses sobre les mateixes qüestions creant diferències injustificades i incomprensibles (sovint en matèries molt pròximes i per a il·lícits molt similars; per exemple, tràfic i transports o consum i comerç).

³⁰⁸ En relació amb les persones jurídiques és més difícil de calcular perquè com hem indicat la pena de presó és substituïda per la pena de multa: multa d'un a tres anys si el delictes és comès per la persona física té prevista una pena de més de dos anys de privació de llibertat, i multa de sis mesos a dos anys en la resta dels casos (cal tenir present l'art. 50.4 CP que estableix que la quota diària té un mínim de 2 euros i un màxim de 400, excepte en el cas de les multes imposables a les persones jurídiques, en què la quota diària té un mínim de 30 euros i un màxim de 5.000).

³⁰⁹ En aquest sentit, CANO CAMPOS, T., «La potestad sancionadora de la administración... op. cit.»; REBOLLO PUIG, M., Propuesta de regulación general y básica... op. cit., pp. 461-462.

³¹⁰ CANO CAMPOS, T., «La potestad sancionadora de la administración... op. cit.»

I quan contenen regulacions que ofereixen solucions encertades a bona part dels problemes no es poden estendre les seves regles a altres àmbits sectorials³¹¹.

- L'excessiva complexitat del sistema i la falta de coherència interna disminueix la seguretat jurídica³¹².

Així, des de la perspectiva de les garanties dels ciutadans, convé destacar el paper de la codificació. Tal com afirma PRIETO SANCHIS, «la codificación no respondió sólo a un deseo de perfección técnica, sino también a motivos ideológicos del iluminismo penal» L'autor afirma també que «BECCARIA, por ejemplo, pedirá leyes claras y sencillas que puedan ser conocidas por todos y que sean garantía de la libertad y de la seguridad». I afegeix que «algo parecido podría pedirse hoy al Derecho administrativo sancionador, disperso y accesible únicamente para los juristas e incluso diríamos que sólo para los juristas especializados en cada una de las dimensiones del actuar administrativo»³¹³. Per tant, la manca de codificació té molta més importància de la que resulta en una primera aproximació a la potestat sancionadora i de la que s'atorga normalment en analitzar-la només des de la resolució de conflictes concrets amb normes sancionadores sectorials.

Pel que fa a la necessitat d'un marc general, la majoria d'autors que han analitzat la qüestió coincideixen en quin hauria de ser el seu contingut, més enllà dels principis de la potestat sancionadora que recull la LRJSP³¹⁴. Si bé l'objecte d'aquest treball no exigeix una anàlisi de tots els aspectes que caldria codificar en una norma general, convé fer una molt breu referència a la necessitat de regulació general sobre concretes qüestions, als sols efectes de palesar les dificultats i inseguretats de l'actual regulació (o més ben dit, de l'actual manca de regulació). Els aspectes en els quals ens centrarem són: l'edat a partir de la qual es pot sancionar les persones físiques; el concepte d'autor i la responsabilitat dels diferents partícips en les infraccions, i els concursos de normes i d'infraccions. D'entre les qüestions que no analitzarem cal destacar les referides a la manca de regulació general de les causes que eximeixen la responsabilitat sancionadora (és a dir, les causes d'exclusió de l'antijuridicitat -causes de justificació-), qüestió de la qual ens ocupem en el Capítol 4 (en concret, de la causa de justificació de l'exercici legítim).

³¹¹ REBOLLO PUIG, M., Propuesta de regulación general y básica... op. cit., pp. 461-462.

³¹² *Ibíd.*, pp. 461-462.

³¹³ PRIETO SANCHIS, L., «La jurisprudencia constitucional y el problema... op. cit., pp. 103-104.

³¹⁴ Vid. REBOLLO PUIG, M., Propuesta de regulación general y básica... op. cit., pp. 215-244; CANO CAMPOS, T., «La potestad sancionadora de la administración... op. cit.; EZQUERRA HUERVA, A., Regulación de la potestad sancionadora... op. cit., p. 974.

A) L'edat a partir de la qual es pot sancionar les persones físiques

L'edat a partir de la qual es pot sancionar les persones físiques no ha esta mai establerta a l'Estat espanyol en una norma administrativa general ni abans ni després de la CE³¹⁵. No obstant, en ambdós períodes temporals l'edat mínima per a ser sancionat s'ha establert en normes sectorials concretes³¹⁶. Per contra, en d'altres ordenaments com l'italià³¹⁷, el portuguès o l'alemany³¹⁸ aquesta qüestió es resol en normes de caràcter general (18 i 16 anys, respectivament)³¹⁹.

La manca d'una previsió general fa que siguin diverses les posicions doctrinals sobre quina ha de ser la solució quan no hi ha cap norma sectorial que estableixi aquesta edat, i quan el fet que configura la infracció no és l'exercici de drets o facultats reconegudes per aquest ordenament sectorial.

D'una banda, autors com GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES defensen que, quan hi ha silenci legislatiu, cal aplicar analògicament el CP i, per tant, per sota dels 18 anys no s'és culpable en el Dret administratiu sancionador. A partir d'aquesta consideració aquests autors assenyalen que³²⁰:

a) El Dret penal estableix la possibilitat d'imposar mesures de seguretat, les quals són aplicables als menors d'entre 14 i 18 anys per la comissió dels delictes previstos en el Codi Penal quan constitueixen fets típics i antijurídics, però això no empara que es puguin

³¹⁵ Aquest fet és destacat a l'any 1976 per MARTIN-RETORITILLO BAQUER, L., «Multas administrativas»... op. cit., pp 45-46.

³¹⁶ Per exemple, s'establia en l'àmbit de l'ordre públic i la seguretat ciutadana a l'art. 24 de la Llei d'Ordre Públic de 1959.

³¹⁷ GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES assenyalen que l'article 2 de la Llei italiana 689/1992 estableix que no poden «associar-se» sancions administratives a qui en el moment de realitzar el fet no hagi complert 18 anys i no tingui conforme a les disposicions del Codi Penal la capacitat d'entendre i voler, llevat que l'estat de necessitat derivi de culpa o hagi estat preparat per ell. GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador*... op. cit., p 448.

³¹⁸ DE PALMA DEL TESO assenyalava que l'article 12.1 de la Llei alemanya, de 19 de febrer de 1987, estableix que «no actua de forma recriminable qui en el moment de cometre el fet no ha complert els catorze anys. Un adolescent només actua de forma recriminable en el marc de la Llei de protecció de menors». Al seu torn, indica que el Decret-llei portuguès 43/1982, de 27 d'octubre, estableix la capacitat d'infracció en els 16 anys i considera causa d'inimputabilitat la discapacitat psíquica. DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 181, nota al peu núm. 5.

³¹⁹ A l'Estat espanyol la Llei de la potestat sancionadora del País Basc de 1998 a l'art. 6 preveu una edat mínima de 14 anys.

³²⁰ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador*... op. cit., pp. 445-447.

imposar sancions administratives atès que aquestes mesures de seguretat no tenen caràcter aflictiu.

b) Cal fer una interpretació teleològica a tenor de la qual, com a criteri general, ha d'aplicar-se analògicament el Codi Penal (que impedeix sancionar els menors d'edat), tret que d'una norma sancionadora especial de manera clara se'n dedueixi que inclou els menors entre els potencials destinataris de la norma.

D'altra banda, DE PALMA DEL TESO considera que la solució més convenient en l'àmbit sancionador administratiu és reconduir la capacitat per cometre il·lícits administratius a la idea de capacitat administrativa. Per tant, quan l'ordenament reconeix capacitat per ser subjecte de drets i obligacions i operar personalment en un sector concret exercint els propis drets, també pot ser considerat subjecte actiu d'una infracció administrativa³²¹.

Hi ha d'altres interpretacions doctrinals que matisen o contradiuen les anteriors³²² i autors que assenyalen la necessitat de regular amb caràcter general els tipus de sancions que es poden imposar als menors d'edat³²³. Aquesta disparitat de criteris permet fer èmfasi en la necessitat de disposar d'una norma general de la potestat sancionadora que estableixi criteris legals que aportin seguretat jurídica en aquest àmbit i garanteixin els drets dels ciutadans potencialment infractors.

B) Subjectes responsables i classes de responsabilitat per infraccions administratives.

La manca de la regulació general en el Dret administratiu sancionador de les formes de participació intentada, tals com la proposició, la conspiració o la provocació (regulades en l'àmbit penal als arts. 17 i 18 CP), i dels conceptes d'autor, inductor, cooperador necessari, còmplice o de la infracció d'encobriment (regulats en l'àmbit penal en els arts. 27, 28, 29 i 451 del CP) planteja alguns interrogants.

El punt de partida és que, en els supòsits en què la normativa sancionadora sectorial no reguli aquests aspectes, cal entendre que només és responsable l'autor, sobre la base dels principis de legalitat i tipicitat. Aquesta és la posició majoritària dels autors que han

³²¹ DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad...* op. cit., p. 184.

³²² Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. I SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., pp. 448 a 451, notes al peu 52, 53, 54, 57, 58, 59, 61 i 62.

³²³ CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 35.

analitzat aquesta qüestió³²⁴, d'entre els quals destaca REBOLLO PUIG, qui afirma de forma contundent que «salvo que una ley disponga otra cosa, sólo son responsables de las infracciones sus autores»³²⁵. La qüestió que esdevé conflictiva és establir qui és l'autor quan les lleis sectorials es limiten a tipificar infraccions i a preveure les sancions corresponents sense incloure cap regla sobre els responsables. Sobre aquesta qüestió la doctrina no és unànime i això fa encara més necessària una regulació general³²⁶.

Així, per exemple, per a REBOLLO PUIG serà autor (o coautor o autor mediat) la persona o persones que han pogut decidir si es comet o no la infracció, quan i com³²⁷. Aquesta posició ha estat seguida en alguna ocasió pel Tribunal Suprem, en reconèixer l'autoria mediata (el supòsit en el qual l'autor no realitza directament i personal la conducta típica, sinó que ho fa a través d'un tercer, generalment no responsable, que és qui realitza materialment la conducta)³²⁸ o l'autoria no executiva (realització conjunta d'una infracció administrativa per diverses persones que col·laboren de manera conscient i voluntària)³²⁹. Contràriament, GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES entenen que, en manca una norma general en el Dret administratiu equivalent a l'art. 28 del CP, si les lleis especials no ho regulen, l'autor mediat és impune³³⁰ i, pel que fa a la coautoria,

³²⁴ Entre d'altres, IZQUIERDO CARRASCO, M., «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), p. 229; QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder... op. cit., pp. 275-276; GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador... op. cit., pp. 527-528 i 533*.

³²⁵ REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, p. 2528.

³²⁶ L'article 28.1 LRJSP es limita a assenyalar que «només es poden sancionar per fets constitutius d'infracció administrativa les persones físiques i jurídiques, així com, quan una llei els reconegui capacitat d'obrar, els grups d'afectats, les unions i entitats sense personalitat jurídica i els patrimonis independents o autònoms *que siguin responsables* d'aquells a títol de dol o culpa».

³²⁷ REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores... op. cit., p. 2530.

³²⁸ Admet un supòsit d'autoria mediata, per exemple, la STS, de 14 de juliol de 1999 (Secció 4^a, Rec. 7811/1991), que versa sobre una Comunitat de regants que ordena a un tercer que realitzi obres que causen danys a una carretera.

³²⁹ Admet un supòsit d'autoria no executiva, per exemple, la STS de 23 de febrer de 2004 (Secció 7^a, Rec. 10902/1998). En aquesta sentència els titulars d'una llicència urbanística d'enderroc i d'obra nova que permuten el sòl a canvi d'edificabilitat són considerats responsables de la infracció d'enderrocar uns edificis protegits sense autorització del departament competent en matèria de patrimoni històric. Això, malgrat que l'enderroc el realitza la companyia mercantil quan, a l'empara del contracte de permuta, ja ha adquirit la propietat del sòl a canvi del compromís de lliurar edificabilitat futura i, per tant, els considera responsables encara que no són els propietaris quan s'enderroquen els edificis, ni fan ni ordenen l'enderroc.

³³⁰ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador... op. cit., pp. 548*.

assenyalen que les accions que no es trobin expressament recollides en el tipus no han de ser considerades administrativament rellevants³³¹.

Una segona qüestió conflictiva és la que resulta de la manca d'una norma general que estableixi amb claredat quins són els límits de les lleis sectorials sancionadores quan prevegin formes de participació diferents a l'autor (s'interpreti l'autor com la persona o persones que han pogut decidir si es comet o no la infracció, o s'interpreti que s'exclouen els autors mediats).

Des d'aquesta perspectiva, és pacífica l'opinió que les normes sectorials poden establir la responsabilitat de qui participa de la infracció com autor mediat, còmplice o, fins i tot, encobridor (que en l'àmbit penal està tipificat com un delictes i no com una forma de participació), la qual cosa configura aquestes formes de participació com una infracció diferent (una tipificació diferent)³³². En aquests supòsits, seguint a IZQUIERDO CARRASCO, els límits constitucionals són el principi de legalitat i tipicitat (que s'estableixi en una llei i de forma precisa) i el de proporcionalitat (que la llei estableixi una atenuació de la sanció d'acord amb la contribució a la realització dels fets, de manera que la responsabilitat sigui adequada a la participació)³³³.

Si bé, una part de la doctrina administrativista ha posat de manifest que hi ha normes sectorials que no compleixen ni amb la certesa de la tipificació³³⁴ ni amb l'adequació de la sanció a la participació³³⁵. Aquests incompliments són possibles pel fet que no es disposa d'una norma general del Dret administratiu sancionador que: a) reguli les formes

³³¹ *Ibíd.*, pp. 548-549.

³³² En aquesta línia, GOMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES afirmen que l'extensió de la responsabilitat més enllà de l'autor s'ha de tipificar expressament. *Ibíd.*, pp. 527-528 i 533. En el mateix sentit, REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores... op. cit., pp. 2536-2537.

³³³ IZQUIERDO CARRASCO, M., «La determinación de la sanción... op. cit., p. 230.

³³⁴ En aquest sentit, REBOLLO PUIG assenyala que no s'ajusten aquestes exigències les normes que declaren punibles totes les formes de participació sense cap precisió. Cita com exemples la Llei de Drets i Llibertats dels Estrangers: «Incorreran en responsabilitat administrativa els qui siguin autors o participin en qualsevol de les infraccions tipificades en els articles següents» (art. 51.1) i la Llei de Llavors i Plantes de Viver i de Recursos Fitogenètics de 2006: «Són responsables dels fets constitutius de les infraccions tipificades en aquesta Llei les persones físiques o jurídiques que els cometin fins i tot a títol de simple negligència, així com les que per acció o omissió hagin participat en ells (...)» (art. 58.1). REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores... op. cit., p. 2537 nota al peu 30.

³³⁵ Tal com conclou REBOLLO PUIG «la sanción del partícipe deberá adecuarse a todas las circunstancias personales de éste. Lo que nos interesa aquí destacar es que, en concreto, por lo general deberá establecerse para ellos una sanción inferior a la del autor. Algunas leyes, sin embargo, prevén las sanciones correspondientes a cada infracción sin establecer en abstracto otra diferente para el partícipe (...)». *Ibíd.*, p. 2537, nota al peu 33.

de participació; b) exigeixi al legislador sectorial que delimiti amb precisió la forma de participació que possibilita considerar responsable un subjecte (entre les possibles formes de participació previstes amb caràcter general), i c) estableixi que la sanció haurà de ser adequada a la contribució d'aquest subjecte en la comissió de la infracció.

Al seu torn, la reiterada manca de regulació dificulta greument (i innecessàriament perquè és conseqüència de l'omissió del legislador competent) que el ciutadà infractor o presumptament infractor a títol de partícip no autor, pugui exigir que en la configuració de la regulació sectorial i en la seva aplicació es doni compliment als principis de tipicitat i proporcionalitat en els vessants assenyalats. En suma, el ciutadà haurà d'invocar aquests principis i confiar en que siguin els Tribunals els que considerin si s'han vulnerat o no. Aquesta situació genera una major incertesa que establir una norma legal general que desplegui aquests principis amb prescripcions concretes i precises en regular la responsabilitat.

C) Els concursos de normes i d'infraccions

La LRJSP, com sabem, no estableix una regulació completa del concurs de normes ni del concurs d'infraccions. En concret, tal com destaca CANO CAMPOS, l'art. 29 LRJSP, relatiu al principi de proporcionalitat, només regula en els seus apartats 5 i 6 el concurs medial d'infraccions (quan una infracció és un mitjà per cometre'n una altra) i les infraccions continuades. No obstant, ni aquest precepte ni cap altre amb caràcter general no regulen el concurs ideal d'infraccions (un sol fet comporta la comissió d'una pluralitat d'infraccions) ni el concurs real d'infraccions (dos o més fets donen lloc a dos o més infraccions). Ni tampoc s'ha regulat, amb caràcter general, quines són les sancions que s'han d'imposar quan hi ha concurs de normes administratives (una determinada manera d'actuar constitueix una infracció prevista en diverses normes sancionadores)³³⁶.

Hi ha múltiples àmbits sancionadors sectorials en els quals es poden produir concursos de normes. Un de paradigmàtic és, per exemple, el de la protecció de consumidors i usuaris³³⁷ i, tal com ha destacat ALARCON SOTOMAYOR, també és

³³⁶ CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 34.

³³⁷ Àmbit en el qual un mateix fet és qualificat com a infracció en normes estatals bàsiques i autonòmiques de protecció dels consumidors, i normes estatals i autonòmiques reguladores de sectors en els quals es protegeix el consumidor quan actua en aquests sectors (infraccions que, en tots els casos, protegeixen el mateix bé jurídic). En aquest cas, la doctrina especialitzada proposa aplicar el criteri cronològic per evitar ni que sigui la concurrència del *bis in idem*. IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L., Potestad sancionadora. Disposiciones generales. A: *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del texto refundido aprobado*

perfectament possible la concurrència d'una norma sancionadora de la LOPSC i una continguda en una ordenança de convivència ciutadana³³⁸. En qualsevol cas, quan es produeix aquesta concurrència de normes sancionadores que han de ser imposades per diferents Administracions, la resposta doctrinal no és concloent ni satisfactòria. A tall d'exemple, la qüestió ha estat abordada per diversos autors des de perspectives diferents:

- Es constata la manca de regulació general i s'assenyalen les molt diverses diferents solucions adoptades pels Tribunals³³⁹.

- S'afirma que, en no existir normes de prevalença de procediments administratius, cal entendre que, quan dues sancions són incompatibles (per la identitat de fets, del subjecte i de la finalitat), la imposició de la primera sanció exclou la possibilitat d'imposar la segona³⁴⁰.

- S'assenyala que, quan el mateix fet està tipificat en normes administratives diferents, només hi ha dues solucions: aplicar analògicament l'art. 77.3 CP («se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos») o sancionar les dues infraccions

por el Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptados a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009, REBOLLO PUIG, M. I IZQUIERDO CARRASCO M. (directors), Iustel, 2011, p. 659.

³³⁸ En opinió d'ALARCÓN SOTOMAYOR, en aquest cas, malgrat el silenci de la LOPSC, preval sempre la norma estatal sobre la local en concurs. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., Las ordenanzas de convivencia y la Ley de Seguridad Ciudadana: conexiones, olvidos y diferencias. A: ALONSO RIMO, A. (dir.) i COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2019, pp. 376-377. En el mateix sentit, però amb caràcter general entre el concurs de normes locals i normes estatals i autonòmiques vid. REBOLLO PUIG, M. (director) i IZQUIERDO CARRASCO, M. (coordinador), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, València, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 3745-3748.

³³⁹ Per exemple, ALARCÓN SOTOMAYOR assenyala les diferents solucions adoptades pels Tribunals: STS de 8 de març de 2002 (recurs 7667 /1997) opta per l'absorció (s'imposa la sanció prevista en la norma sancionadora més greu que absorbeix l'altra); la STS d'1 de juny de 2000, opta pel criteri d'especialitat; la STS de 17 de març de 2006, admet que es sancioni per un tipus genèric malgrat indicar que hi havia un tipus més específic; la SAN de 18 de gener de 2008, admet l'aplicació de la norma més beneficiosa per a l'imputat, i la STSJ de Catalunya de 12 de març de 2007, opta pel criteri cronològic. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem*. A REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 392-394.

³⁴⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General* (8ª edició), Madrid, Tecnos, 2012, p.703.

com si fossin fets diferents³⁴¹. No obstant, tot seguit es posen de manifest les dificultats quan hi ha coincidència de bé jurídic, però no hi ha una única Administració competent i les sancions són heterogènies (cas en el qual no es proposa cap solució)³⁴².

Aquesta diversitat de posicions torna a posar de manifest la gran pèrdua de garanties que significa l'omissió de regulació o la regulació diversa per part del legislador sectorial en aquest concurs de normes administratives, atesa la imprevisibilitat de quin serà el criteri utilitzat en cada cas³⁴³.

En definitiva, els tres exemples analitzats acrediten les crítiques apuntades a l'inici del present apartat i ens permeten afirmar que la manca d'una regulació general obliga a analitzar l'adequació a Dret de la regulació sectorial sancionadora i de la seva aplicació, des del doble prisma dels principis constitucionals que es deriven de l'art. 25 CE, (primer establerts pel TS i pel TC i finalment incorporats a la LRJPAC i la LRJSP), i des de la possibilitat, en la mesura que ho hagi reconegut la jurisprudència en cada cas concret, d'aplicar els principis i les regles del Dret penal.

³⁴¹ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES fan esment de normes sectorials que preveu les dues solucions pel cas de la concurrència de normes sancionadores en relació amb un mateix fet, bé aplicar la norma que preveu una sanció més gran o bé aplicar cada norma sancionadora si no hi ha identitat de bé jurídic protegit. En concret es refereixen a:

L'art. 20.4 de la Llei 28/2005, de 26 de desembre, de mesures sanitàries enfront del tabaquisme i reguladora de la venda, el subministrament, el consum i la publicitat dels productes de tabac, que estableix «Si un mateix fet o ommissió és constitutiu de dues o més infraccions, tipificades en aquesta o altres lleis, s'ha de prendre en consideració únicament la que comporti la sanció més gran».

L'art. 44.2 de la Llei 34/2002, de 11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, que estableix: «La imposició d'una sanció prevista en aquesta llei no impedirà la tramitació i resolució d'un altre procediment sancionador pels òrgans o organismes competents en cada cas quan la conducta infractora s'hagués comès utilitzant tècniques i mitjans telemàtics o electrònics i resulti tipificada en una altra llei, sempre que no hi hagi identitat del bé jurídic protegit». GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., pp. 604-607.

³⁴² *Ibíd.*, pp. 602-605.

³⁴³ A la vista d'aquesta situació i en relació amb una eventual regulació de la qüestió en una norma general, REBOLLO PUIG afirma que «habría que establecer reglas claras para los casos en que, por aplicación del *non bis in idem*, no procede nada más que la aplicación de uno de los castigos previstos por varias normas. Por lo que se refiere a la concurrencia de normas penales y administrativas, ya es clara, como antes se ha dicho, la preferencia de las penales y, por tanto, del proceso penal (...) sobre todo, debería establecer criterios para, en caso de que fueran varias normas administrativas las que en principio resultasen aplicables y sólo una pudiera serlo efectivamente, resolver cuál de ellas debe ser preferente (la especial, la que prevea mayor sanción...), lo cual, indirectamente, determinaría el órgano administrativo que debe actuar». REBOLLO PUIG, M., *Propuesta de regulación general y básica...* op. cit., p. 468.

Al seu torn, el control de l'adequació a Dret de la regulació i l'aplicació dels «drets sancionadors sectorials» sense existir una norma general -que comporta aplicar els indicats principis i el casuisme judicial- enforteix la posició de l'Administració i, en ocasions, dificulta l'exigibilitat per part dels ciutadans infractors de les garanties pròpies d'un Estat de Dret, més enllà dels mínims exigits constitucionalment a l'Administració Pública en l'exercici de la potestat sancionadora.

CAPITOL 2: LA UNITAT DEL IUS PUNIENDI

1.- EL CONCEPTE UNITARI DEL *IUS PUNIENDI*

L'aprovació de la CE, com hem vist en el capítol anterior, ha comportat la confirmació de la potestat sancionadora de l'Administració a l'Estat espanyol i la seva consolidació en la pràctica totalitat d'àmbits sectorials. Però un cop confirmada la possibilitat d'utilitzar aquesta potestat cal establir en quins casos, amb quins límits, mitjançant quins procediments i en quines condicions pot ser utilitzada; i, molt especialment, cal determinar la frontera entre la utilització del Dret administratiu sancionador i la del Dret penal. És necessari, per tant, trobar criteris de distinció entre aquesta potestat i el Dret penal i establir pautes per a la distribució de les infraccions entre aquests dos règims.

El punt de partida per analitzar aquestes qüestions, des de l'aprovació de la CE, ha estat l'afirmació de la unitat del poder repressiu de l'Estat, tradicionalment anomenat *ius puniendi*³⁴⁴⁻³⁴⁵. Així, actualment, l'existència de la potestat sancionadora de l'Administració pública es troba genèricament acceptada, sent la tesi dominant que aquesta potestat forma part, juntament amb la potestat penal dels tribunals, del *ius puniendi* únic de l'Estat³⁴⁶, de manera que aquelles potestats són simples manifestacions

³⁴⁴ El *Ius puniendi* en la definició que en fa MIR PUIG és «Dret a castigar». MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, (10^a edició) Barcelona, Editorial Reppertor, 2016 (p. 44). Per GARCÍA AMADO «el *ius puniendi* estatal en sentido subjetivo no es otra cosa que la facultad que a alguien o algunos el sistema jurídico reconoce para sentar y aplicar castigos, y, en sentido objetivo, se trata del conjunto de las normas sancionadoras así establecidas y de las prácticas de su aplicación con arreglo a las normas del sistema jurídico». GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», *Documentación Administrativa*, núm. 281-282, 2008, p. 17.

³⁴⁵ Malgrat aquest punt de partida generalitzat, algun autor es mostra crític amb la utilització de l'expressió *ius puniendi* de l'Estat i proposa fer referència al poder punitiu de l'Estat, ja que la noció de *ius puniendi* es vincula a la idea d'un dret subjectiu de l'Estat a castigar; concepció que es considera inacceptable en el marc d'un Estat social i democràtic de Dret. En aquest sentit es pronuncia, per exemple, SILVA FORNÉ, D., Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador. A: Díez Ripollés, J. L. (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 175.

³⁴⁶ Aquesta acceptació genèrica es pot constatar acudint a qualsevol manual general de Dret administratiu. A tall d'exemple, vid. GAMERO CASADO i FERNÁNDEZ RAMOS «En definitiva, según la doctrina mayoritaria, el *ius puniendi* o derecho represor del Estado está integrado por dos ordenamientos: el Derecho Penal propiamente dicho y el Derecho Administrativo sancionador. Y ambas disciplinas deben responder a unos principios básicos comunes, elaborados

concretes d'aquest *ius puniendi*³⁴⁷. Aquest punt de partida ha estat plasmat expressament en el dret positiu, i és la premissa de la qual parteix la Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana, que en l'apartat III de l'Exposició de Motius determina que «el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son, con matices, manifestaciones de un único ius puniendi del Estado».

Per tant, la potestat sancionadora de l'Administració –entesa com aquella per la qual es castiga la comissió d'infraaccions administratives; sent aquestes les conductes tipificades com a prohibides per les lleis i els reglaments administratius, la comissió de les quals té prevista una sanció³⁴⁸- es configura actualment en l'ordenament jurídic de l'Estat espanyol com una manifestació del *ius puniendi*.

D'aquesta afirmació se n'extreuen conseqüències importants. La primera és que, pel fet que la potestat sancionadora de l'Administració s'integra en un únic *ius puniendi*, s'han de traslladar els principis propis del Dret penal a l'àmbit del Dret administratiu sancionador. La segona és que aquesta inclusió de la potestat sancionadora de l'Administració en el *ius puniendi* pressuposa reconèixer que aquesta desenvolupa en aquest context una tasca essencialment punitiva i que, en conseqüència, no és possible entendre la potestat sancionadora com una potestat d'execució més³⁴⁹. I, la darrera, és que la concepció unitària del *ius puniendi* ha conduit, d'una banda, a la definició de les sancions administratives en termes similars a les sancions penals, amb l'admissió de quasi les mateixes finalitats i, molt sovint, del mateix contingut (amb la sola excepció de les penes privatives de llibertat); i, de l'altra, a la configuració de les infraaccions

tradicionalmente desde la dogmática jurídico-penal, sin perjuicio de las modulaciones propias del ordenamiento administrativo» GAMERO CASADO, E., i FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho...* 2017, op. cit., p. 901; PAREJO ALFONSO «La aludida diferenciación de ilícitos [penales y administrativos] ha suscitado tradicionalmente la cuestión de la delimitación del Derecho penal y el sancionador administrativo. Tal esfuerzo debe tenerse hoy por superado en la medida en que es general opinión que no existe una diferencia de naturaleza entre ilícito penal e infracción administrativa (STS de 9 de enero de 1991), siendo la elección entre una y otra fruto de una opción de política legislativa -naturalmente en el marco constitucional- por el instrumento de tutela pertinente al bien jurídico de que se trate en cada caso y en cada momento concretos.» Afegint aquest autor que «Nuestro modelo constitucional se inscribe hoy, así, en el que rige en la Europa de la que formamos parte, tanto en el plano supranacional (el Derecho comunitario consagra la potestad administrativa de sanción sujeta al control contencioso-administrativo), como en el estatal continental. En consecuencia, no existe criterio válido, no ya para descalificar, sino siquiera para una valoración negativa del modelo» PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de derecho administrativo* (6ª edició), València, Tirant lo Blanch, p. 757.

³⁴⁷ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 24.

³⁴⁸ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de derecho administrativo*, (25ª edició) Pamplona, Civitas, 2014, lliçó 22.

³⁴⁹ En aquest sentit, RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 88.

administratives amb els mateixos elements que els delictes, a mode d'un supraconcepte de l'il·lícit.

Ara bé, ja avancem que la tesi de la unitat del *ius puniendi* no ens ofereix criteris segurs per donar resposta a moltes de les nostres preguntes. En especial, no serveix per determinar quins comportaments han de ser reprimits mitjançant els càstigs establerts pel Dret administratiu sancionador i quins pel Dret penal, ni tampoc amb quins límits ha d'estar permès l'exercici de la potestat sancionadora de l'Administració. I, encara més important, no ofereix criteris per valorar les decisions del legislador en el moment de distribuir el *ius puniendi*.

1.1.- Conceptualització de la unitat del *ius puniendi* en la jurisprudència

1.1.1.- La jurisprudència del Tribunal Suprem: la configuració de la unitat del *ius puniendi* per mitigar les conseqüències de la legislació preconstitucional i la manca d'una «part general» de la potestat sancionadora de l'Administració

a) Pronunciaments anteriors a la Constitució de 1978

El concepte unitari del *ius puniendi* -a mode d'un «supraconcepte» que engloba el Dret administratiu sancionador i el Dret penal- comença a aparèixer tímidament en la jurisprudència de Tribunal Suprem a principis dels anys setanta, per bé que hi ha algun precedent als anys cinquanta. Aquests pronunciaments són considerats les primeres bases sobre les quals s'ha construït el concepte jurisprudencial de la unitat del *ius puniendi* a l'Estat espanyol, abans que aquest es pogués sustentar en la pròpia Constitució³⁵⁰. A aquesta jurisprudència del TS se li atribueix, fonamentalment, el reconeixement de la funció *essencialment punitiva* de la potestat sancionadora en mans de l'Administració i la translació d'algunes garanties pròpies del Dret Penal «con atenuado rigor» al Dret administratiu sancionador³⁵¹. Amb tot, és necessari advertir que les sentències que

³⁵⁰ Entre d'altres, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones... op. cit., p. 409 a 417; RANDO CASERMEIRO, qui afirma que els «pronunciamientos del Tribunal Supremo sentaron los primeros cimientos en la construcción del concepto unitario de un ius puniendi del que participa tanto el control penal como el control administrativo sancionador». RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 88; HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., p. 22.

³⁵¹ En opinió de GARCIA DE ENTERRIA, aquesta doctrina jurisprudencial estableix que la «vasta ausencia en la legislación de una «parte general» de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de interpretarse

sostenen aquestes bases no representen una posició unànime del conjunt de la jurisprudència del TS³⁵².

Certament, a finals dels anys cinquanta hi ha alguna sentència que apunta en aquest sentit. La més destacada és la STS 3568/1959, de 8 d'octubre, (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), ponent Álvarez-Gendín Blanco, que decideix que el termini de prescripció

necesariamente con las técnicas propias de Derecho Penal ordinario». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones... op. cit., p. 410.

³⁵² Per il·lustrar la concepció que el Tribunal Suprem va mantenir durant anys sobre del Dret administratiu sancionador i, concretament, sobre la manca de caràcter de pena de les sancions administratives -per bé que no hi ha hagut una posició unànime-, podem acudir, per exemple, a la STS 285/1962, de 16 de març (Secció 1^a del Contenciós administratiu), ponent Roberes García (considerant 1): «*La pena lleva siempre implícita, la idea de un mal, la de restaurar un derecho público violado por aquél*, que poniendo en sus actos una indiscutible malicia o una imprudencia inexcusable, quebranta la Ley penal y la sociedad, y por ella los Tribunales de Justicia imponen un castigo, una sanción, que a veces es pecuniaria, pero *que no puede confundirse en forma alguna con las multas que se imponen por la Administración, que no tiene otra finalidad que la de corregir una conducta, exigir una mayor diligencia en aquellos a quienes se les ha confiado alguna cosa o la prestación de un servicio y no han puesto en él la debida diligencia o no hubieren dado cumplimiento a lo que las leyes ordenaran sobre el particular*. Por ello, el Código Penal, en sus artículos 26 y último párrafo del 603, excluye estas infracciones del concepto de penas (...)» (les cursives són nostres).

En aquest període també es pot trobar alguna línia jurisprudencial que utilitza expressions absolutament desfasades. Per exemple, la STS 2464/1974, de 23 d'abril de 1974, (Secció 1^a del Contenciós administratiu), ponent Suárez Manteola (considerant 6): «en consonancia con doctrina de este Alto Tribunal "ad exemplum", en sentencias de 11 y 25 de junio de 1966, 23 de junio de 1971 y 20 de marzo de 1973, se viene declarando que: "(...) *las multas [administrativas] (...) no tienen ese carácter de tipo penal*, y sí sólo sanciones de índole gubernativa, excluidas, por tanto, de aquel texto legal [el Código Penal], que *no necesitan por ende de una Ley votada en Cortes*, puesto que en la reglamentación administrativa de múltiples y variadas materias, que se hallan sometidas al cuidado y vigilancia de la Administración, y en las que ésta actúa regladamente, en funciones de tutela y policía gubernativa, para intervenir acciones u omisiones de sus administrados que para nada roza la materia penal o criminal propiamente dicha, *es de todos los tiempos conocidos y por todos los Estados de Derecho practicado, que las facultades en tal orden de cosas reservadas a la Administración, permiten a ésta regular las mencionadas actividades de orden público administrativo, imponiendo y exigiendo multas como sanción*, (...) sin que por lo sentado esas sanciones tengan nada que ver con la prohibición contenida en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957(...) [y tampoco la aplicación supletoria del Código Penal] no puede prevalecer, porque no se está en presencia de una falta con tipicidad penal, sino puramente administrativa en conexión con lo establecido, por la Jurisprudencia de esta Sala antes recogida (...)» (les cursives són nostres).

L'esmentat art. 27 de la Llei de Règim Jurídic establí que «*Los Reglamentos, Circulares, Instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una Ley votada en Cortes*» (BOE núm. 195, de 31 de juliol de 1957) (les cursives són nostres).

Aquesta darrera sentència, i la línia jurisprudencial a la qual s'adhereix, va ser fortament criticada per MARTÍN-RETORITILLO BAQUER, qui conclou que «con afirmaciones de este tenor parece haberse parado el reloj del Tribunal Supremo hace más de cincuenta años». MARTÍN-RETORITILLO BAQUER, L., «Multas administrativas»... op. cit., p. 43 nota al peu 82.

les faltes penals (art. 113 Codi penal de 1944) és aplicable a les faltes administratives, en base a l'art. 603 CP (article que preveu que a les normes administratives «no se establecerán penas mayores que las señaladas» en el propi CP). Segons l'esmentada sentència el Codi penal és «aplicable subsidiariamente a las faltas administrativas singularmente si favorece al inculpado, lo cual está de acuerdo con el general criterio doctrinal que se sustenta sobre el Derecho correccional administrativo» (considerant 3).

Tanmateix, no és fins a principis dels anys setanta que es produeixen pronunciaments en què expressament es caracteritza la potestat sancionadora de l'Administració com a part integrant de la potestat punitiva. Tres de les sentència més destacades a aquests efectes provenen del Magistrat Mendizábal Allende i, com veurem, dues d'elles segueixen la línia discursiva iniciada per la STS 3568/1959, però, n'extreuen majors conseqüències: STS 876/1972, de 9 de febrer, STS 1291/1972, de 9 de març i 3238/1974, de 17 de juny.

La STS 876/1972, de 9 de febrer (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), anul·la una sanció de multa imposada per la construcció d'un pont a la llera d'un torrent sense autorització en virtut del Reglament de Policia d'aigües i les seves lleres de 1958, en base a dos motius: la manca d'adequació de la conducta del sancionat al tipus de la infracció i la manca de culpabilitat (la sanció s'imposa al propietari d'una finca a la qual el pont dona servei, qui la va adquirir amb posterioritat a la construcció del pont). Concretament en el considerant segon s'estableix que:

«Las contravenciones tipificadas en los arts. 33 i 34 del Reglamento de Policía de Aguas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal ya que se integran en el subconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones denominadas entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal, que exigen ambos un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción (...), esencia unitaria que sin embargo permite las reglas diferenciadas inherentes a la distinta función para la cual han sido configurados uno y otro ilícito» (les cursives són nostres).

La segona de les sentències esmentades, STS 1291/1972, de 9 de març (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), ha estat denominada com un «hito fundamental en la configuración unitaria del *ius puniendi*»³⁵³. El litigi versa sobre una sanció imposada, en base a l'art. 20 de la Llei d'ordenació del transport de 1947, a un conductor per cobrar

³⁵³ RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 89.

individualment a les sis persones que transportava. La sentència -que anul·la la sanció per prescripció de la infracció- en el considerant tercer determina que:

«(...) Resulta necesario plantear el problema de la ausencia de norma explicita reguladora de la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora (...), silencio que en ningún caso cabe interpretar negativamente sino como una aceptación tácita, en el estricto sentido semántico, del régimen general del ilícito, supraconcepto comprensivo de sus manifestaciones fenoménicas administrativa y penal, ilícito este último que por implicar un reproche social más profundo constituye el límite máximo de los demás, según prevé el art. 603 del CP y, en consecuencia, permite la aplicación supletoria en esta materia del plazo de dos meses señalado en el art. 113 para la prescripción de las faltas (...), prescripción que debe declararse incluso de oficio en virtud del principio de legalidad inherente a la actividad administrativa».

Aquesta línia discursiva s'acaba de perfilar en la STS 3238/1974, de 17 de juny (Sala 3ª del Contenciós-administratiu), que anul·la -també per prescripció de la infracció- una sanció imposada per una infracció greu de la Llei de Premsa i Impremta per la publicació de dos assajos a la revista «Iglesia Viva». En el considerant primer s'argumenta que:

«La ausencia de norma explícita reguladora de la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora (...) no puede ser interpretada negativamente (...) sino como aceptación tácita en el sentido semántico, del régimen general del ilícito en su doble vertiente administrativa y penal, faceta esta última que, por implicar el más profundo reproche social, constituye ontológicamente el límite máximo de las sanciones que pueda imponer la administración, según establece el art. 603 del CP y, en consecuencia, permite la aplicación supletoria en este ámbito del plazo de dos meses señalado en su art. 113 para la prescripción de las faltas (...)».

La jurisprudència establerta en les darreres dues sentències analitzades sobre l'aplicació del termini de prescripció es va anar consolidant en el TS, tal com es desprèn de la STS de 3 de febrer de 1978 (Sala 3ª) ponent Gabaldón López, sobre la base que «faltando norma expresa procede aplicar la generalizada doctrina jurisprudencial que admite la prescripción como un principio general al ordenamiento sancionador y común por tanto al régimen de los ilícitos penal y administrativo y cuyo plazo en éste último no puede ser superior al establecido en aquél por implicar el penal un "reproche social más profundo" (Sentencia de la Sala 3, de 9 de marzo de 1.972)» (considerant 3)³⁵⁴.

³⁵⁴ Cal destacar que existeix alguna sentència coetània en què la línia jurisprudencial és diametralment oposada. Destaca la sentència esmentada *supra* (nota núm. 352) STS 2464/1974, de 23 d'abril de 1974, (Secció 1ª del Contenciós administratiu), ponent Suárez Manteola, en la qual, després d'establir que les sancions administratives «para nada roza[n] la materia penal o criminal propiamente dicha» i no necessiten «Ley votada en Cortes», conclou que no es pot

Així mateix, l'any 1972 es van produir dues altres sentències especialment enèrgiques en la defensa de la unitat del dret punitiu: STS 1952/1972, de 2 de març i STS 4675/1972, de 31 d'octubre.

La STS 1952/1972, de 2 de març (Secció 1^a del Contenciós-administratiu), ponent Roldán Martínez, anul·la una sanció de multa per excés d'aforament a l'Empresa del cine Europa, per manca d'adequació de la conducta sancionada al tipus de la infracció. En el considerant primer estableix:

«(...) conviene advertir que en *materia sancionadora* o correctora, aunque se produzca en la esfera administrativa, *la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos*, que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es, lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva ni analógica, sino que es menester atenerse a la norma estricta» (les cursives són nostres).

La STS 4675/1972, de 31 d'octubre (Sala 4^a del Contenciós-administratiu), ponent Del Burgo Marchán, resol sobre la imposició d'una sanció de multa per fotografiar una bandera «con colores nacionalistas vasco-separatistas» amb el propòsit -segons la resolució recorreguda- de fer propaganda contra la unitat política d'Espanya (infracció tipificada a 2 a) i e) de la Llei d'Ordre Públic de 1959). En la imposició de la sanció es considera que el sancionat no va actuar amb bona fe, ja que el carret de fotografies estava velat i es presumeix que va ser velat intencionadament per evitar la sanció. La sentència -que anul·la la sanció per no haver-se provat la finalitat de les fotografies ni que el velat del carret fos intencional- destaca per denominar el dret punitiu de l'Administració com

aplicar el termini de prescripció establert a l'art. 113 CP per suplir la manca de termini de prescripció de la Llei de Procediment Administratiu, sinó que s'ha d'aplicar supletòriament el Codi Civil: termini de prescripció general de 15 anys -art. 1.964 CC- a comptar des de que la comissió de la falta és coneguda per l'Administració, perquè «el plazo lo integra el conocimiento, y no sólo el transcurso del tiempo» (amb cita a «la Jurisprudencia de este Alto Tribunal en sus sentencias, entre otras, de 14 de mayo de 1965 y 25 de abril de 1967») (considerant 6).

En paraules de MARTÍN-RETORITILLO BAQUER «esta sentencia ofrece una originalísima y sorprendente solución al problema de la prescripción de las sanciones administrativas cuya endeblez científica es, por otro lado, patente». MARTÍN-RETORITILLO BAQUER, L., «Multas administrativas»... op. cit., p. 42, nota al peu 81.

a *Dret penal administratiu* i per la defensa de la necessitat d'establir uns principis comuns a tot dret punitiu de l'Estat (considerant 2):

«(...) el Derecho administrativo sancionador, llamado también por muchos Derecho penal administrativo, no sin falta de fundamento, puesto que, a lo largo de la historia, se presenta todo un trasiego de infracciones del Derecho penal común, al Derecho que acabamos de llamar penal administrativo, o viceversa, en razón a tratarse de figuras comprendidas, en lo que se ha dado en llamar «delitos, o faltas, artificiales» o de creación política, entendida ésta como política legislativa, lo que revela la necesidad imperiosa de que existan unos principios generales, y un cuerpo de doctrina que cubran uno y otro campo, por darse en los dos unas mismas exigencias, como son, en particular que aquí nos interesa, las derivadas del principio de legalidad, en sus distintas vertientes: órgano competente, procedimiento adecuado, defensa del inculpado, tipificación del hecho criminoso; ya que, si por un lado el derecho sancionador representa la protección más enérgica de los bienes necesitados de una protección especial, por otro, este mismo rigor demanda, en contrapartida, las máximas garantías del encausado, entre ellas, a más de las antes apuntadas, la que puede considerarse como idea básica de todo el derecho punitivo y sancionador: la fundada en el principio «in dubio pro reo»».

En altres casos, no s'afirma la unitat del *ius puniendi* però es posa l'accent en la translació de determinats principis del Dret penal «con atenuado rigor» al Dret administratiu sancionador³⁵⁵. Destaca la STS 1472/1972, de 25 de març, (Sala 4ª del Contenciós-administratiu), ponent Suárez Manteola, en què s'anul·la la multa solidària a uns promotors d'habitatges per considerar que l'acció no es trobava recollida en el tipus i que en el considerant tercer estableix:

«(...) si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no

³⁵⁵ Un recull de la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre translació del principis penals al Dret administratiu sancionador el trobem a la STS de 4 de novembre 1980 (Sala 3ª del Contenciós-administratiu), ponent Gordillo García (AF 3): «[el] ejercicio del poder sancionador de la Administración, cuyo poder se rige por los mismos principios del orden penal clásicos, como viene declarando la jurisprudencia a partir de las sentencias de 27 de junio de 1.950 y 12 de febrero de 1.959, cuya doctrina reitera, entre otras, la de 25 de marzo de 1.972. (...) Entre esos principios, aplicables al orden sancionador administrativo, rigen los de tipicidad de la infracción y legalidad de la sanción Sentencias de 20 de febrero de 1.957, 17 de marzo de 1.958 y 25 de marzo de 1.972, principios que deben ser interpretados respectivamente -Sentencias de 8 de Noviembre de 1957, 4 de febrero de 1.966 y 21 de junio de 1.975, vedándose toda interpretación extensiva -Sentencias de 22 de mayo, 8 de junio y 8 de noviembre de 1.957, 17 de marzo de 1.958 y 23 de diciembre de 1.959-; sin desnaturalizarlo con criterios aplicativos que, rebasando el enunciado literal del precepto, lo amplíen o tuerzan en perjuicio del inculpado -Sentencias de 25 de junio de 1.960, 9 enero y 23 de marzo de 1.961-, por lo que la Administración ejerce su potestad sancionadora sin posibilidad de castigar cualquier hecho que estime reprochable ni imponer la sanción que tenga por conveniente -Sentencias de 20 de febrero de 1.957 y 17 de marzo de 1.958».

Extensament sobre cada un d'aquests principis en la jurisprudència del TS vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones... op. cit., p. 410 i següents.

de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad, tiene como límites insalvables, la necesidad de que, el acto o la omisión castigados, se hallen claramente definidos, como falta administrativa y la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud por una parte y, de la imputabilidad por otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma, y, la posibilidad de sancionar un supuesto diferente de la que la misma contempla (...).

SANTAMARIA PASTOR qualifica aquesta doctrina del Tribunal Suprem³⁵⁶ sobre la unitat substancial de principis entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal de «tan elemental como revolucionaria», pel fet de permetre a la jurisprudència iniciar un procés de translació, lenta i gradual, de les tècniques i principis penals al camp de les sancions administratives³⁵⁷.

b) Pronunciaments durant els primers anys de vigència la Constitució de 1978

Durant els primers anys de restauració de la democràcia, i amb anterioritat a la construcció de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la potestat sancionadora de l'Administració, el Tribunal Suprem referma la seva postura sobre la unitat del *ius puniendi*; aquest cop, amb l'aval de l'art. 25 CE, però sobre la base de la jurisprudència establerta als anys setanta.

Destaca la STS de 21 de març de 1979 (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), ponent Ruiz Sánchez, que anul·la la sanció de multa imposada al director de la revista «Personas» per una infracció tipificada a l'art. 2 de la Llei 14/1966, de 18 de març, de Premsa i Impremta (que havia estat expressament derogat per l'art. 2.1 de Reial decret llei 24/1977, d'1 d'abril sobre llibertat d'expressió). L'anul·lació es fonamenta en el «principio "pro reo" [art. 24 CP³⁵⁸] que, en el ámbito del derecho administrativo sancionador debe prevalecer como principio "pro administrado" ya que se trata de aplicar una actuación querida por el propio legislador que, dejando al margen la posibilidad de persecución de los hechos como constitutivos de posibles delitos, hace uso de su facultad derogativa por imperativo de las circunstancias cambiantes de la vida social, y deja sin

³⁵⁶ L'autor es refereix expressament a les sentències de 2 i 25 de març de 1972 analitzades *supra*.

³⁵⁷ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 384.

³⁵⁸ La sentència fonamenta aquest principi en l'art. 24 CP «Las Leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena». Redacció establerta pel Decret 3096/1973, de 14 de setembre, pel qual es publica el Codi Penal, text refós d'acord amb la Llei 44/1971, de 15 de novembre.

efecto lo que hasta el Real Decreto Ley 24/77 eran infracciones administrativas» (considerant 2). Aquesta aplicació de principis penals al Dret administratiu sancionador es justifica -en el considerant tercer- sobre la base que:

«(...) no es más que la secuela lógica de la orientación doctrinal establecida por este Tribunal, especialmente en las SS. de 25 de marzo de 1972, 17 de junio de 1974, como consecuencia de la gran similitud, no igualdad, existente entre la potestad sancionadora de la administración y la potestad punitiva que obliga, ante la ausencia de normas específicas, a la aplicación de los principios más beneficiosos extraídos del campo penal, (...) la aplicación de la norma citada -art. 24 CP de 1944- es una consecuencia lógica derivada de la potestad sancionadora del estado, que unas veces confiere a los órganos de la administración, y otras, según su naturaleza, a órganos de la jurisdicción (...)».

Aquesta translació dels principis en base a la unitat del *ius puniendi* es reitera en d'altres sentències de la Sala tercera del Tribunal Suprem de principis dels anys vuitanta. A tall d'exemple, les SSTS de 29 de setembre de 1980, de 4 de novembre de 1980 i de 10 de novembre de 1980.

La STS de 29 de setembre de 1980 (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), ponent Del Burgo y Marchan, determina la identitat dels principis aplicables al Dret penal i al Dret administratiu sancionador, al que anomena Dret penal administratiu:

«(...) la jurisprudencia tiene sentada la doctrina que la ausencia en el ordenamiento penal administrativo de una "parte general" no debe interpretarse como un apoderamiento a la Administración para una aplicación libre y arbitraria de sus facultades sancionadoras, por tratarse de una laguna que ha de cubrirse con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario, lo que obliga a seguir unos mismos principios en una y otra esfera, como apunta la sentencia de 2 de Marzo de 1.972 y, por lo tanto, a estar sujetos a las exigencias impuestas por los principios de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e imputabilidad» (considerant tercer).

Al seu torn, la STS de 4 de novembre de 1980 (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), ponent Gordillo García, que confirma la sentència apel·lada per l'Advocacia de l'Estat que establia:

«(...) que la imposición de una sanción por incumplimiento de órdenes administrativas constituye un supuesto de ejercicio del poder sancionador de la Administración, cuyo poder se rige por los mismos principios del orden penal clásicos, como viene declarando la jurisprudencia a partir de las sentencias de 27 de junio de 1.950 y 12 de febrero de 1.959, cuya doctrina reitera, entre otras, la de 25 de marzo de 1.972» (AF 3).

Per últim, la STS de 10 de novembre de 1980 (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), ponent Fernández Tejedor, es refereix a l'ordenament sancionador com un gènere comú, considerant quart:

«(...) [El] principio de legalidad informante de todo ordenamiento sancionador, bien sea de naturaleza penal o el que regula el ilícito administrativo, principio que a su vez se complementa con los de tipicidad e imputabilidad. La Jurisprudencia constante de esta Sala, de la cual pudieran constituir una síntesis demostrativa las Sentencias de diez y seis de Enero, ocho de Marzo y veintinueve de Noviembre de mil novecientos setenta y seis, insiste en que "el acto u omisión castigados tienen que hallarse claramente definidos como falta administrativa, siendo exigible la perfecta adecuación, de las circunstancias objetivas determinantes de la ilicitud, por una parte, y las personales que a su vez determinan la imputabilidad, con rechazo de interpretaciones extensivas o analógicas. Solamente si concurren ambos presupuestos, hechos subsumibles en el tipo de infracción e imputabilidad a determinado sujeto, es válido el ejercicio de la potestad sancionadora».

Tal com es desprèn de les sentències transcrites, en els primers anys de vigència de la Constitució de 1978, abans que el legislador democràtic es posicioni i dels pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre l'abast de les previsions constitucionals relatives a la potestat sancionadora de l'Administració, el Tribunal Suprem va continuar sustentant la translació de principis del Dret penal al Dret administratiu sancionador en la unitat de l'ordenament sancionador³⁵⁹.

Amb tot, cal destacar l'advertència feta per PRIETO SANCHIS l'any 1982, qui recorda que no correspon a la jurisprudència la tasca d'ajustar el Dret sancionador a les pautes constitucionals ni suplir les mancances de la legislació vigent³⁶⁰. En el mateix sentit es pronuncia el propi Tribunal Suprem qui afirma que «no es dable exigir de la Jurisdicción contencioso-administrativa que subsane a través de su actividad revisora en Derecho de las resoluciones sancionadoras (...) imperfecciones de tipificación existentes en sus Reglamentos u omisiones de actualización supliendo así por vía hermenéutica tareas de "lege ferenda" que no es precisamente a los Tribunales a quienes compete impulsar» (STS de 4 de març de 1981 (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), ponent Botella Taza). En efecte, la doctrina jurisprudencial analitzada va néixer precisament per compensar les

³⁵⁹ Així s'afirma clarament en moltes altres sentències de l'època, per exemple, la STS de 18 de febrer de 1981 (Sala 4^a del Contenciós-administratiu), ponent Botella Taza (considerant 2): «la potestad punitiva de la Administración Pública (...) carente de peculiar establecimiento a nivel constitucional forzoso es entenderla sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias (...) y no por extensión analógica de las normas contenidas al respecto en el Código Penal sino por sujeción de ambas distintas materias a principios comunes rectores de todo Derecho sancionador» (les cursives són nostres).

³⁶⁰ PRIETO SANCHIS, L., «La jurisprudencia constitucional y el problema... op. cit., p. 107.

mancances legislatives -la falta d'una «part general»- de la potestat sancionadora de l'Administració durant la dictadura franquista. Ara bé, un cop restaurada la democràcia, aquest paper correspon al Poder legislatiu emanat d'unes Corts escollides lliurement per la ciutadania. I, per tant, hauria d'haver estat el legislador el que apostés decididament per configurar una potestat sancionadora de conformitat amb els valors d'un Estat democràtic de Dret.

1.1.2.- La jurisprudència del Tribunal Constitucional: la confirmació de la unitat del *ius puniendi* i la concreció dels «matisos» dels principis inspiradors de l'ordre penal al projectar-se sobre el Dret administratiu sancionador

El Tribunal Constitucional, utilitzant el precedent de la doctrina del Tribunal Suprem estudiada *supra*, i en base a l'art. 25 CE, ha confirmat i desenvolupat conceptualment la unitat del *ius puniendi*. La fita principal de la doctrina del Tribunal Constitucional en aquesta matèria ha estat la determinació, de forma indubtable, de la necessitat d'aplicar els principis i les garanties penals a l'àmbit administratiu sancionador.

Certament no podia ser d'una altra manera, ja que, com s'ha destacat, un cop subministrat per la doctrina científica l'esquema intel·lectual que permetia l'evolució de les sancions administratives i la seva integració en l'Estat de Dret (veure *supra* Capítol 1), obtingut l'aval del constituent (per l'expressa menció de les sancions administratives als arts. 25 i 45.3 CE) i sobre la base de la jurisprudència iniciada tímidament pel Tribunal Suprem, només faltava que el TC assumís decididament aquesta orientació i afirmés, com a principi general, l'extensió a l'ordre sancionador administratiu dels principis i les garanties penals³⁶¹.

La jurisprudència del Tribunal Constitucional en aquesta línia s'inicia³⁶² amb la STC 18/1981, de 8 de juny, Sala Primera, Rec. 101/1980, ponent Gómez-Ferrer Morant,

³⁶¹ HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., p. 22.

³⁶² La primera sentència en què el TC s'ocupa del Dret administratiu sancionador és la STC 2/1981, de 30 de gener, Sala Primera, Rec. 90/1980, ponent Díez de Velasco Vallejo, en la qual s'aborda el problema de la doble sanció i es reconeix el principi de *non bis in idem* entre sancions penals i administratives. Però aquesta sentència no s'ocupa *expressament* de la qüestió de la unitat del dret punitiu, per bé que admet l'aplicació dels arts. 24 i 25 CE a la potestat sancionadora de l'Administració, ja que entra a analitzar si, en el cas enjudiciat, han estat vulnerats el principi de presumpció d'innocència i de legalitat penal. L'única menció expressa que es fa al *ius puniendi* és en els següents termes: «El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones - administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento

que en el fonament de dret segon ha marcat un punt d'inflexió en la relació dels dos àmbits punitius a l'afirmar que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al derecho administrativo sancionador, dado que *ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 Sep., 4 y 10 Nov. 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales». En conseqüència, «*los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración*, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución» (les cursives són nostres). Aquesta jurisprudència s'ha mantingut invariable fins a l'actualitat³⁶³.

Així, segons la jurisprudència consolidada del Tribunal Constitucional, els principis substantius derivats de l'art. 25.1 CE i algunes de les garanties procedimentals de l'art. 24.2 CE, amb matisos i modulacions, són aplicables a la potestat sancionadora de l'Administració, atès que constitueixen «un postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social i democrático de Derecho»³⁶⁴. Tanmateix, el

sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración» (FJ 4).

Per a una anàlisi detallada sobre aquesta sentència i la STC 18/1981, de 8 de juny, citada en el text vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, págs. 359-368; i PRIETO SANCHIS, L., «La jurisprudencia constitucional y el problema... op. cit., pp. 106 i 111.

³⁶³ Als sols efectes il·lustratius relacionem alguns exemples de sentències del TC dels darrers anys: STC 82/2019, de 17 juny, Sala Segona, Rec. 5533/2017: «La jurisprudencia constitucional ha reiterado, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, la aplicabilidad al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, con ciertos matices, tanto de los principios sustantivos del art. 25.1 CE como de las garantías procedimentales del art. 24.2 CE» (FJ3). Utilitza exactament les mateixes paraules la STC 93/2018, de 17 setembre, Sala Segona, Rec. 2137/2017 (FJ 3).

En termes molt similars, la STC 161/2016 de 3 d'octubre, Sala Segona, Rec. 6526/2013: «Desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, viene reiterándose por este Tribunal la aplicabilidad de las garantías contenidas en el art. 24.2 CE a los procedimientos administrativos sancionadores, en tanto que manifestación del *ius puniendi* del Estado, con las matizaciones que resulten del equilibrio entre su propia naturaleza y la necesidad de preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE (entre muchas, SSTC 44/1983, de 24 de mayo, FJ 3; 28/1989, de 6 de febrero, FJ 6; 3/1999, de 25 de enero, FJ 4; 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5; 205/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 35/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 3)» (FJ 3).

³⁶⁴ Entre d'altres: STC 120/1996, de 8 de juliol, Sala Segona, Rec. 3205/1993, ponent Viver Pi-Sunyer (FJ 5); STC 7/1998, de 13 gener, Sala Primera, ponent Cruz Villalón, Rec. 950/1995 (FJ

TC recorda reiteradament que aquesta translació de principis no és automàtica sinó que «se impone (...) la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo» (STC 76/1990, de 26 d'abril, Ple, Rec. 695/1985, FJ 10).

D'aquesta manera, d'una banda, l'aplicació de l'art. 25.1 CE es produeix per decisió del propi constituent que estén els drets que proclama aquest article *als delictes, les faltes i les infraccions administratives*, sense fer distincions entre les tres figures jurídiques (distincions que, en canvi, sí que fa la jurisprudència del TC). En particular, de conformitat amb la interpretació doctrinal i jurisprudencial més generalitzada, el principi de legalitat sancionadora establert a l'art. 25.1 CE abasta una triple garantia: el principi de reserva de llei, el principi de tipicitat i el principi de irretroactivitat (STC 8/1981, de 30 de març, FJ 3)³⁶⁵. Així, el contingut essencial del principi de legalitat se sol associar amb la formulació llatina *lex scripta, lex praevia et lex stricta*³⁶⁶.

D'altra banda, l'aplicació d'alguns dels drets de defensa reconeguts a l'art. 24.2 CE a la potestat sancionadora de l'Administració i, consegüentment, al procediment administratiu sancionador (no en canvi als altres procediments administratius) es produeix per decisió del TC com a conseqüència de la unitat del *ius puniendi* (en efecte, l'art. 24.2 CE només es refereix als drets de defensa en els processos judicials -sobretot, de naturalesa penal-, però -a diferència de l'art. 25.1 CE- no conté cap referència expressa als procediments administratius sancionadors). Com ja s'ha destacat es tracta d'una projecció parcial i només en l'essencial dels drets de defensa reconeguts per al procés penal; en concret, segons el TC, en el procediment administratiu sancionador l'acusat gaudeix dels drets: a ser informat de l'acusació, a utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la defensa, a no declarar contra sí mateix i a no confessar-se culpable, i a la presumpció d'innocència³⁶⁷⁻³⁶⁸. Convé destacar que aquestes garanties de defensa han de

5); STC 157/2007, de 2 de juliol, Sala Segona, Rec. 4059/2004, ponent Conde Martín de Hijas (FJ 3), i STC 59/2014, de 5 de maig, Sala Segona, Rec. 5324/2011, ponent López i López (FJ 3).

³⁶⁵ BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (I): la reserva de ley*. A REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 113.

³⁶⁶ SUAY RINCON, J., «La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), p.10.

³⁶⁷ REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., LARCÓN SOTOMAYOR, L., i BUENO ARMIJO, A. M., «Panorama del derecho administrativo... op. cit., p. 41.

³⁶⁸ És fàcil advertir que entre el dret de defensa i aquests altres drets -conèixer l'acusació, formular al·legacions o no declarar, proposar els mitjans de prova pertinents- hi ha una evident relació

situar-se, necessàriament, en la fase administrativa de producció de la sanció i, per tant, no poden limitar-se en via administrativa al·legant la possibilitat de recórrer les decisions administratives en seu contenciosa administrativa, atès que aquesta només enjudicia un acte sancionador ja consumat (el Tribunal no imposa la sanció sinó que, simplement, comprova la legalitat de la seva imposició per l'Administració)³⁶⁹.

D'aquets enunciats generals -principi de legalitat sancionadora i drets de defensa- en deriven d'altres com els principis de *non bis in idem*, de culpabilitat, de proporcionalitat, d'irretroactivitat, de prohibició d'analogia o d'interpretació extensiva o de necessitat del procediment, que bé tenen el seu propi reconeixement directe en la Constitució (per exemple, art. 9.3) o bé s'han d'entendre inclosos en els enunciats dels articles 24.2 i 25.1 CE, principalment en els diferents vessants del principi de legalitat³⁷⁰.

Pel seu interès en el nostre estudi, és important destacar que el Tribunal Constitucional afirma reiteradament el *caràcter excepcional dels poders sancionadors en mans de l'Administració*, però l'única conseqüència jurídica que l'Alt tribunal extreu d'aquesta excepcionalitat és la necessitat de donar cobertura a la potestat sancionadora de l'Administració en una norma amb rang de llei³⁷¹. Més enllà d'aquesta obligació formal,

d'instrumentalitat, en la mesura que a través de l'exercici d'aquests últims es fa efectiva la vigència del dret de defensa. És per això que, en línia de principi, es pot afirmar que la lesió de qualsevol d'aquests drets instrumentals ocasiona, al seu torn, la lesió del genèric dret de defensa contemplat en l'art. 24.2 CE. No obstant això, perquè aquesta lesió tingui rellevància constitucional és necessari que es produeixi una situació material d'indefensió (STC 38/1981, de 23 de novembre Sala Segona, Rec. 189/1981, ponent Arozamena Sierra, FJ 8). GARBERÍ LLOBREGAT, J. i BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador* (6ª edició), València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 950.

³⁶⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 674. En el mateix sentit, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «El procedimiento administrativo sancionador», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), p. 90.

La jurisprudència el TC ho ha reconegut de forma reiterada, entre d'altres, STC 120/1996, de 8 de juliol de 1996, Sala Segona, Rec. 3205/1993, que estableix que «el hecho de que se zanjara precipitadamente el expediente en fase aún de alegación y prueba ha generado una indefensión en el procedimiento administrativo de tal entidad que no es subsanable en el ulterior proceso judicial (STC 160/1994)» (FJ 7.d).

³⁷⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., p. 301; CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 39 i següents.

³⁷¹ Així, per exemple, STC 26/2005, de 14 de febrer, Sala Primera, Rec. 3621/2001 (FJ 3) «el art. 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionadores en manos de la Administración».

Vid. també STC 3/1988, de 21 de gener, Ple, Rec. 926/1984 (FJ 5); STC 305/1993, de 25 de novembre, Sala Segona, Rec. 2286/1990 (FJ 3); STC 26/2005, de 14 de febrer, Sala Primera, Rec. 3621/2001 (FJ 3); STC 50/2003, de 17 de març, Sala Primera, Rec. 923/2000 (FJ 4); STC 21/2010,

un cop afirmada la unitat del *ius puniendi* -amb el conseqüent trasllat de garanties- el Tribunal Constitucional s'ha limitat a reconèixer la llibertat del legislador en la distribució del dret punitiu (amb la sola excepció dels casos extrems³⁷²).

D'aquesta manera, tal com ha afirmat MUÑOZ MACHADO, la jurisprudència del TC, des de les primeres sentències bàsiques, «no ha hecho otra cosa que repetir la idea de la inevitabilidad del poder sancionador administrativo y constatar la evidencia de su reconocimiento constitucional, sin límites evidentes a su expansión ni fijación del espacio concreto en el que desenvolverse»³⁷³. Encara més, el punt central de l'elaboració jurisprudencial s'ha establert, precisament, en la identificació dels matisos que diferencien les dues manifestacions del *ius puniendi*.

L'abast d'aquests «ciertos matices» ha permès articular una potestat sancionadora molt diferent del Dret penal. De fet, l'amplitud d'aquestes modulacions és tal que s'ha afirmat que en l'aplicació dels principis del Dret penal al Dret administratiu sancionador «no hay regla general sin excepción»³⁷⁴. Tal com han posat de relleu diversos autors, en aquesta construcció de la potestat sancionadora de l'Administració en el nou Estat de Dret destaca l'absència d'un paper rellevant del legislador. En efecte, tal com hem constatat en el capítol anterior, des de l'any 1978 fins a l'any 1992 el legislador no va establir cap norma general sobre la potestat sancionadora de l'Administració i, quan finalment legisla, recull els principis que havia anat construint el Tribunal Constitucional de mà de la doctrina científica administrativista³⁷⁵. En paraules de GARCÍA AMADO «en lo concerniente al derecho administrativo sancionador, en España el reparto de trabajo entre el legislador y el Tribunal Constitucional resulta curioso y llamativo. El legislador se abstiene de crear una ley general y abarcadora sobre la materia y el Tribunal Constitucional va construyendo el correspondiente sistema a base de combinar reglas y excepciones, garantías y límites, postulados generales y matizaciones, cual si se atuviera

de 27 d'abril, Sala Segona, Rec. 5751/2005 (FJ 4). Un recull d'aquesta jurisprudència el trobem a DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., p. 142 a 144.

³⁷² Vid. *infra* Capítol 3 i la jurisprudència allà citada.

³⁷³ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., p. 280.

³⁷⁴ En aquest sentit, GARCIA AMADO afirma que «se constata un juego a tres bandas entre legislador, administración y tribunal constitucional, de cuyo resultado lo mejor que se puede decir es que las reglas generales y fiables son pocas y que de ellas no la hay que no tenga excepción o que, dada la dinámica de acción y reacción establecida, no pueda tenerla mañana por obra de un nuevo matiz descubierto por el tribunal constitucional mediante alguna sutil ponderación.». GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el ius puniendi... op. cit., p. 19 i 29.

³⁷⁵ En aquest sentit, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit, p. 302.

a aquel bíblico principio de que tu mano derecha no sepa lo que hace tu mano izquierda»³⁷⁶.

En suma, la unitat del *ius puniendi* comporta similitud entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal que, malgrat tot, no pot portar-se fins a una identificació total, sinó només a una certa comunitat de principis i a la importació parcial i selectiva d'algunes regles generals. El Dret administratiu sancionador -com destaquen diversos autors- segueix sent sobretot Dret administratiu i el fet que la potestat sancionadora s'atribueixi a l'Administració, i no als jutges i als tribunals, la marca per complet³⁷⁷. Efectivament, el simple fet que un càstig sigui imposat per l'Administració significa un canvi transcendental derivat de la diferent funció constitucional atorgada a l'Administració i a la Jurisdicció i de la diversa posició d'una i altra davant del Dret. Per això, un cop que el legislador escull -com veurem amb un ampli marge de llibertat- si un determinat il·lícit el castiga l'Administració o el Jutge hi ha una transformació radical³⁷⁸.

Les modulacions -l'abast dels matisos- dels principis de l'ordre penal, al projectar-se sobre el Dret administratiu sancionador, han estat àmpliament estudiats pels administrativistes en els darrers anys³⁷⁹. Malgrat això, volem destacar el que considerem com les diferències amb major afectació sobre les garanties de la ciutadania; és a dir, volem posar l'atenció en *com* es sanciona en Dret administratiu sancionador, als sols efectes de poder analitzar si aquesta forma de sancionar és adequada per a les sancions properes a l'exercici dels drets fonamentals, atesa la posició que aquests drets ostenten en l'Ordenament jurídic de l'Estat espanyol.

³⁷⁶ GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el *ius puniendi*... op. cit., p. 19.

³⁷⁷ REBOLLO PUIG, M. i VERA JURADO, D. (directors), *Derecho Administrativo II...* op. cit., p. 203.

³⁷⁸ CANO CAMPOS, T., El concepto de sanción y los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. A BAUZÁ MARTORELL, F. J. (director), *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona, Wolters Kluders, 2017, p. 218.

³⁷⁹ Per tots, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos...* op. cit. i DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit. Un dels primers estudis GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Madrid, Trivium, 1989.

a) La reserva de llei: l'excepció de les normes preconstitucionals i la flexibilització en les ordenances locals

L'art. 25.1 CE ha imposat un canvi de rumb -qualificat per SANTAMARIA PASTOR de canvi «radical»³⁸⁰- en relació amb l'ordenament sancionador anterior, en el qual era habitual que les infraccions i sancions es reguessin mitjançant normes amb rang reglamentari, molt sovint, a més, sense la més mínima cobertura legal. Però, com s'ha destacat, aquest canvi de rumb no s'ha imposat sense dificultats. De fet, la pròpia literalitat de l'art. 25.1 CE ha estat vista com un dels obstacles a la imposició del principi de legalitat a la potestat sancionadora de l'Administració, ja que l'esmentat precepte no utilitza la paraula «lleï», sinó el terme «legislació» -que, en sentit ampli, s'utilitza com sinònim de norma escrita-, la qual cosa podia interpretar-se com un indicatiu de la voluntat del constituent de deixar la porta oberta a la possibilitat que les infraccions i les sancions administratives poguessin tenir una cobertura merament reglamentària (per bé que la inclusió conjunta de la matèria penal imposa la interpretació d'una reserva de llei formal)³⁸¹. Malgrat l'ambigüitat del terme legislació, el Tribunal Constitucional ha imposat amb claredat l'aplicació de la reserva de llei en la potestat sancionadora de l'Administració, sobre la base que l'art. 25.2 CE comprèn una doble garantia: material i formal. Aquesta jurisprudència, que s'ha mantingut invariable, s'inicia amb la STC 42/1987, de 7 d'abril, Sala Segona, Rec. 520/1985:

«El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora» (FJ 2).

Així, la reserva de llei constitueix la garantia formal del principi de legalitat, en virtut de la qual la norma prèvia que tipifica les infraccions i determina les sancions ha de tenir rang de llei. Aquesta exigència de llei s'explica per les especials característiques d'aquesta tipologia de norma des del punt de vista de la teoria política i constitucional.

³⁸⁰ SANTAMARIA PASTOR, J. A *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 393.

³⁸¹ *Ibíd.*, p. 393.

Això perquè, al marge dels condicionants del seu contingut -que ha de ser general i abstracte-, la principal característica de la Llei es troba definida pels requisits formals de la seva producció i, en especial, pel subjecte de qui emana: el Parlament com a legítim representant de la voluntat popular. Per contra, les normes aprovades per l'Administració (sense intervenció *ex ante* o *ex post* del poder legislatiu), sens perjudici de la seva legitimitat constitucional -i, fins a cert punt, democràtica-, no poden considerar-se expressió de la voluntat popular, ja que l'Administració no representa els ciutadans³⁸². Per tant, de conformitat amb els postulats democràtics clàssics, només les normes emanades del Parlament poden legítimament limitar la llibertat i la propietat dels ciutadans. Tal com destaca BUENO ARMIJO en aquests postulats descansa la justificació que les normes sancionadores hagin de tenir rang de llei, en la mesura en què les infraccions suposen una limitació de llibertat i les sancions un atac a la propietat o a la llibertat³⁸³. En paraules del Tribunal Constitucional, amb la reserva de llei s'assegura «que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes» (STC 83/1984, de 24 de juliol, Ple, Rec. 80/1983, FJ 4).

La reserva de llei abasta la *tipificació de les infraccions, la determinació de les sancions i la correspondència o correlació entre unes i altres*, de manera que la pròpia llei ha de permetre als ciutadans conèixer l'abast de la responsabilitat punitiva de les seves accions (STC 61/1990, de 29 març, Sala Primera, Rec. 370/1988, FJ 9)³⁸⁴. Compartim amb SUAY RINCON que la necessitat de correspondència és lògica, ja que no serveix de res mantenir el rigor en la previsió de les infraccions i sancions si es trenca el nexa que les uneix (en aquesta hipòtesi, la Llei no permet deduir per sí sola les conseqüències punitives associades a cada infracció)³⁸⁵. Altrament, com destaca CANO CAMPOS, la reserva de llei inclou també *les regles* per determinar l'extensió de la sanció, les formes punibles de comissió, les causes d'extinció de la responsabilitat i la determinació dels

³⁸² En aquest sentit es va pronunciar ben aviat TORNOS MAS, qui l'any 1983, en estudiar la relació entre la llei i el reglament arran de l'aprovació de la CE, destaca que el principi de reserva de llei «responde a una particular relación de mayorías-minorías en el sistema constitucional que no permite un simple cumplimiento formal». En conseqüència, «la introducción de sistemas de elaboración «democrática» o «participada» de las normas administrativas no pueden nunca compensar la necesidad de una disposición parlamentaria de la actuación administrativa, aunque sí pueden ayudar a reducir el que el Reglamento sea una pura decisión administrativa». TORNOS MAS, J., «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de administración pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 506 i 507.

³⁸³ BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (I)*... op. cit., p. 115.

³⁸⁴ En el mateix sentit, entre d'altres, STC 16/2004, de 23 febrer, Sala Primera, Rec. 1784/1999 (FJ 3) i STC 252/2006, de 25 juliol, Sala Segona Rec. 2167/2004 (FJ 4).

³⁸⁵ SUAY RINCON, J., «La formulación del principio de legalidad... op. cit., p. 17.

subjectes responsables, inclosos els supòsits de responsabilitat solidària i subsidiària (STS de 19 de desembre de 2000, Sala 3^a del Contenciós-administratiu, Rec. 7388/1996)³⁸⁶.

Cal remarcar que, malgrat que la reserva de llei està regulada en termes idèntics per al Dret penal i per al Dret administratiu sancionador a l'art. 25.1 CE, la jurisprudència ha admès una certa flexibilització per a aquest darrer. Encara més, la doctrina constitucional en aquesta matèria dista molt de la rigorosa aplicació del principi de legalitat penal, ja que, en l'àmbit sancionador administratiu, la reserva de llei no és absoluta, sinó que s'admet que les lleis continguin remissions a normes reglamentàries perquè siguin aquestes les que tipifiquin les infraccions i les sancions, sempre que les remissions no permetin una regulació independent i no clarament subordinada a la llei (STC 16/2004, de 23 febrer, Sala Primera, Rec. 1784/1999, FJ 3)³⁸⁷. Respectant aquest límit s'admet l'existència de normes sancionadores amb rang inferior de llei, sense que això signifiqui una vulneració al principi de reserva de llei. En paraules del Tribunal Suprem (STS, de 30 de març de 2001, Sala del Contenciós-administratiu, Rec. 9347/1996):

«El alcance, en suma, del principio de reserva de ley establecido en el artículo 25.1 de la Constitución no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones, como con referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias o, por último, por exigencias de prudencia y oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de la ordenación territorial o por razones materiales, puesto que aquel precepto determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, como han tenido ocasión de reiterar las sentencias constitucionales 77/1983, 87/1985 y 2/1987, entre otras» (FJ 2).

Per això s'afirma que la reserva de llei en la potestat sancionadora de l'Administració és relativa. I, com molt gràficament ha descrit CANO CAMPOS, aquesta relativitat de reserva és graduable i, en conseqüència, no sempre està del tot clar què ha d'abastar la llei i fins a on pot arribar el reglament³⁸⁸. De fet, en paraules de BUENO ARMIJO, la frontera entre l'àmbit reservat a la llei i l'àmbit en el que pot desplegar-se la col·laboració reglamentària «se extiende sobre un terreno frágil i resbaladizo», ja que els

³⁸⁶ CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 42.

Així, per exemple, en base a la reserva de llei, el TSJ de la Rioja anul·la l'Ordenança sobre instal·lacions dels equips i elements de telecomunicació al municipi de Logronyo per contemplar supòsits de responsabilitat subsidiària sense base legal (STSJ de la Rioja 294/2011, de 6 de juliol, Sala del Contenciós-administratiu, Rec. 310/2010).

³⁸⁷ En el mateix sentit, entre d'altres, STC 83/1984, de 24 de juliol, Ple, Rec. 80/1983; STC 219/1989, de 21 de desembre, Sala Primera, Rec. 1440/1987; STC 52/2003, de 17 de març, Sala Primera, Rec. 4456/2001.

³⁸⁸ CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 44.

seus principis reguladors, malgrat la clara vocació general, experimenten un bon nombre de modulacions i excepcions³⁸⁹. En efecte, els tribunals han trobat aquí un camp especialment propici per desenvolupar, sobre unes regles generals en principi clares i, fins i tot, positivitzades (art. 27.3 LRJSP), una jurisprudència casuística, molt vinculada al supòsit concret i, en ocasions, contradictòria³⁹⁰⁻³⁹¹. Fins al punt que, segons NIETO GARCIA, en la col·laboració reglamentària ens trobem en una situació paradoxal: «una declaración prohibitiva inicial tajante (consecuencia de inequívocos impulsos ideológicos) y luego una serie de concesiones (provocadas por las exigencias de la realidad) que terminan desfigurando por completo el dogma inicial; con el resultado de que al final nos quedamos sin saber cuál es la regla y cuál es la excepción»³⁹².

Des de la perspectiva de la nostra investigació, de les diverses «matisacions i flexibilitzacions»³⁹³ de la reserva de llei en l'àmbit administratiu sancionador, centrarem l'atenció exclusivament en (i) l'exclusió de la reserva de llei respecte dels reglaments preconstitucionals i (ii) la modulació de l'esmentada reserva en les ordenances locals.

(i) L'excepció de les normes preconstitucionals

La reserva de llei no resulta aplicable respecte a les normes preconstitucionals. La Constitució de 1978, a l'establir una nova disciplina per als modes de producció del Dret, opera *ex nunc*, pel que no deroga les normes produïdes vàlidament segons el mode de producció anterior. Així, promulgada la Constitució només són legítimes les normes que neixen per les vies formals constitucionalment previstes, però segueixen sent formalment vàlides totes les que ho eren conforme al sistema jurídic anterior. Per tant, la reserva de llei no opera amb caràcter retroactiu, la qual cosa permet normes sancionadores preconstitucionals amb rang reglamentari³⁹⁴. En paraules del TC, «el «principio de legalidad» que se traduce en la «reserva absoluta» de Ley no incide en disposiciones o

³⁸⁹ BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (I)*... op. cit., p. 118.

³⁹⁰ *Ibíd.*, p. 122.

³⁹¹ Alguns autors -com GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES- van més enllà i afirmen que «los límites establecidos por el Tribunal Constitucional son tan escasamente sólidos que hacen que no tengan anclaje alguno en el principio de legalidad». GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador*... op. cit., p. 112.

³⁹² NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*... 1994, op. cit., p. 263.

³⁹³ Utilitzant la terminologia del que s'ha denominat la «teoria de les matisacions o flexibilitzacions», amb la qual es designa la jurisprudència del TC que justifica les excepcions i peculiaritats que aquest Tribunal vol introduir en el Dret Administratiu Sancionador. Vid. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*... 2012, op. cit., p. 299.

³⁹⁴ CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo*... op. cit., p. 42.

actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la CE fue promulgada» (STC 15/1981, de 7 maig, Sala Segona, Rec. 238/1980, FJ 7)³⁹⁵.

En conseqüència, totes aquelles normes amb rang reglamentari dictades amb anterioritat a l'entrada en vigor de la CE que estableixin, per elles mateixes i sense cap suport legal, un marc sancionador complet, tipificant infraccions i preveient les corresponents sancions (els anomenats reglaments independents), no són considerades inconstitucionals. Aquest criteri ha estat el mantingut pel Tribunal Constitucional de manera constant (entre d'altres, STC 93/1992, de 11 juny, Sala Primera, Rec. 1654/1988, FJ 6; STC 16/2004 de 23 febrer, Sala Primera, Rec. 1784/1999, FJ 3)³⁹⁶.

Per contra, les habilitacions il·limitades a la potestat reglamentària i les deslegalitzacions realitzades per lleis preconstitucionals -incompatibles amb l'art. 25.1 CE- han d'entendre's caducades després de l'entrada en vigor de la CE. A més, la pervivència de les normes reglamentàries sancionadores preconstitucionals té com a límit la impossibilitat de ser actualitzades per la mateixa via reglamentària, ja que la reforma postconstitucional d'aquests reglaments requereix complir les exigències de la reserva de llei (STC 117/1995, de 17 juliol, Sala Segona, Rec. 2110/1992, FJ 3).

Amb tot, convé destacar que també s'admet la constitucionalitat dels reglaments postconstitucionals que es limiten a reproduir reglaments preconstitucionals sense innovar el sistema d'infraccions i sancions establert abans de la Constitució, ja que «no cabe entonces hablar propiamente de remisión normativa en favor de aquella disposición, puesto que la remisión implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar, en alguna medida, el ordenamiento por parte de quien la utiliza. En realidad, se trata más bien de una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas» (STC 16/2004 de 23 febrer, Sala Primera, Rec. 1784/1999, FJ 3). Ara bé, la continuïtat normativa amb la regulació preconstitucional no pot comportar que l'Administració ostenti potestats sancionadores no emparades per una cobertura suficient

³⁹⁵ En el mateix sentit, SSTC 117/1995, de 17 juliol, Sala Segona, Rec. 2110/1992 (FJ 3); 42/1987, de 7 d'abril, Sala Segona, Rec. 520/1985 (FJ 3); 101/1988, de 8 juny, Sala Segona, Rec. 654/1987 (FJ 5); 29/1989, de 6 febrer, Sala Segona, Rec. 462/1987 (FJ 2); 83/1990, de 4 maig, Sala Segona, Rec. 506/1988 (FJ 2); 219/1991, de 25 de novembre, Sala Segona, Rec. 502/1989 (FJ 2); 93/1992, de 11 juny, Sala Primera Rec. 1654/1988 (FJ 6); 305/1993, de 25 d'octubre, Sala Segona, Rec. 2286/1990 (FJ 6).

³⁹⁶ Per a estudis de detall sobre aquesta jurisprudència constitucional vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J. i BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 59 i següents; BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (I)*... op. cit., p. 122 i següents; DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., p. 365 i següents.

de normes amb rang legal «pues ello representaría convertir en buena medida en inoperante el principio de legalidad de la actividad sancionadora de la Administración con sólo reproducir, a través del tiempo, las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, manteniéndose así *in aeternum*, después de la Constitución, sanciones sin cobertura legal» (STC 52/2003, de 17 de març, Sala Primera, Rec. 4456/2001, FJ 10).

Aquesta jurisprudència del TC s'atribueix a un criteri de prudència per no desautoritzar globalment un sistema sancionador, contingut, fonamentalment, en normes reglamentaries³⁹⁷. Des d'aquesta perspectiva, alguns autors han afirmat que l'ambigua redacció de l'art. 25.1 CE es deu a què els redactors de la Carta Magna van ser conscients de les conseqüències del principi de legalitat sobre l'ordenament jurídic preconstitucional i, per això, es van servir d'una ambigüitat, fins i tot, «calculada» (en particular per l'expressió «legislació») no per evitar, però sí, almenys, per «ralentitzar o siquiera amortiguar» l'inevitable impacte que el principi de legalitat desencadenaria sobre el Dret administratiu sancionador (ateses les característiques d'aquesta branca del Dret durant el període franquista)³⁹⁸. En qualsevol cas, aquesta jurisprudència ha permès el continuisme en l'ordenament administratiu sancionador.

(ii) *La flexibilització en les ordenances locals*

La reserva de llei és més flexible en la seva projecció sobre l'àmbit local que sobre els altres àmbits territorials, de manera que les possibilitats d'actuació de les ordenances municipals són més àmplies que les dels reglaments estatals i autonòmics³⁹⁹. Així ho va admetre expressament el Tribunal Constitucional, després d'una llarga discussió doctrinal i d'una jurisprudència contradictòria⁴⁰⁰, en la transcendental STC 132/2001, de 8 de juny, Sala Primera, Rec. 1608/2000, en la qual afirma que «la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre

³⁹⁷ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 393.

³⁹⁸ SUAY RINCON, J., «La formulación del principio de legalidad... op. cit., p. 8.

³⁹⁹ CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 45.

⁴⁰⁰ El detall sobre l'*iter* seguit per la jurisprudència i la doctrina al llarg dels vint anys de debat sobre l'abast de la potestat normativa local el trobem en diversos estudis, d'entre els quals destaquen: NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 286 a 312; i REBOLLO PUIG, M. (director) i IZQUIERDO CARRASCO, M. (coordinador), *Comentarios a la Ley Reguladora...* op. cit., pp. 3679 a 3733.

que la regulació local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento» (FJ 6)⁴⁰¹. Malgrat això, el propi TC aclareix que aquesta flexibilitat «no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley», ja que la mera atribució per llei de competències als municipis «no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia». Per tant, «la flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador» (FJ 6).

En conseqüència, segons el TC, en l'àmbit local no és necessari que la llei contingui tots els «elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer», sinó que només ha de fixar «los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones» i les «clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales» (STC 132/2001, FJ 6). Així, de la banda de les infraccions, la llei no només no ha de definir els tipus, sinó que *ni tan sols ha de fixar tipus genèrics d'infraccions* a completar després mitjançant ordenança municipal, sinó que *únicament ha d'establir criteris que orientin i condicionin la valoració de cada municipi a l'hora d'establir els tipus d'infracció*. I, de la banda de les sancions, *tampoc s'exigeix que la llei estableixi una classe específica de sanció per a cada grup d'il·lícits*, sinó que *és suficient amb què la llei contingui una relació de les possibles sancions* que cada ordenança municipal pot predeterminar en funció de la gravetat dels il·lícits administratius que ella mateixa tipifica.

Amb aquesta interpretació, el TC dona un nou significat a la reserva de llei en l'àmbit local que permet que els municipis puguin tipificar les seves pròpies infraccions i sancions, amb la única exigència que el legislador hagi fixat prèviament uns criteris mínims d'antijuridicitat i les classes de sanció que poden imposar-se (jurisprudència que es reitera posteriorment en diverses sentències, entre d'altres, SSTC 161/2003, de 15 setembre, Sala Primera, Rec. 1571/2001 i 232/2006, de 17 juliol, Sala Primera, Rec. 5338/2003). Aquesta jurisprudència del Tribunal Constitucional és positivitzada per mitjà de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern

⁴⁰¹ Sobre la difusa noció d'interès local, convé tenir present que en l'actualitat, tal com s'ha recordat reiteradament, són molt escasses les matèries que poden atribuir-se exclusivament a l'interès local, però són també escasses aquelles matèries en què no entra en joc aquest interès. ORDUÑA PRADA, E., «Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio», *Revista de Estudios de Administración Local*, núm. 286-287 2001, p. 379.

local, que introdueix un nou Títol XI a la LBRL i modifica la LRJPAC (arts. 127.1 i 129.1)⁴⁰².

D'aquesta manera, el Títol XI de la LBRL, en els arts. 139 a 141, fixa els criteris mínims d'antijuridicitat requerits per la jurisprudència del TC⁴⁰³. D'una banda, l'art. 139 opera com a clàusula habilitant perquè les entitats locals puguin establir *ex novo* tipus d'infraccions i imposar sancions per l'incompliment de les normes de conducta «contingudes en les corresponents Ordenances»⁴⁰⁴. Aquest article, com a norma habilitant, es dirigeix a les entitats locals i no té aplicació directa, sinó que exigeix l'exercici efectiu de la potestat normativa de les entitats locals. A més, opera com límit material; és a dir, no es refereix a les competències locals en general, sinó a matèries taxades, encara que de forma certament oberta: relacions de convivència, ús dels serveis, equipaments, infraestructures, instal·lacions i espais públics. D'altra banda, l'art. 141 conté un *catàleg de criteris* per tipificar i classificar les infraccions entre molt greus, greus i lleus. I, per últim, l'art 141 LBRL estableix que les sancions que podran preveure les ordenances són sancions econòmiques amb els límits següents: fins a 3.000€ per les infraccions molt greus, fins a 1.500€ per les greus i fins a 750€ per les lleus. En conseqüència, les ordenances només podran contenir sancions diferents a la multa -o amb imports superiors- si ho preveu una llei sectorial (estatal o autonòmica).

Les possibilitats de regulació de les ordenances poden ser ampliades per altres lleis sectorials, les quals poden establir els criteris mínims d'antijuridicitat conforme als quals aquestes poden tipificar les infraccions i les sancions en cada sector (com ho ha fet, per exemple, la Llei 37/2003, de 17 de novembre, del Soroll). És per això que alguns autors critiquen que la modificació de la LRJPAC introduïda per la Llei 57/2003, en matisar el principi de legalitat (art. 127.1) i el principi de tipicitat (art. 129.1) per a les entitats locals,

⁴⁰² Sobre la regulació prevista per aquesta norma vid. LASAGABASTER HERRARTE, I., «La potestad sancionadora local en la ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 68, 2004, pp. 155–178.

⁴⁰³ Els criteris mínims d'antijuridicitat establerts a la LBRL només regeixen en defecte de norma sectorial específica (art. 139 LBRL). De manera que aquests criteris no impedeixen que el legislador estatal o el cada una de les comunitat autònomes -en funció dels respectius títols competencials- fixin altres criteris mínims d'antijuridicitat, complementaris o diferents dels continguts en la LBRL. VELASCO CABALLERO F., i DíEZ SASTRE, S., «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Quaderns de Dret Local*, núm. 5, 2004, p. 60.

⁴⁰⁴ Convé destacar que la tipificació municipal es troba limitada a dotar de rellevància punitiva a les normes de conducta previstes en les pròpies ordenances municipals. En conseqüència, els ajuntaments no poden establir sancions en els àmbits on no hi hagi una ordenança reguladora ni tampoc poden qualificar com a sanció l'incompliment de manaments continguts en normes estatals o autonòmiques. *Ibíd.*, p. 60. En el mateix sentit, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre la potestad sancionadora municipal», *Quaderns de Dret Local*, núm. 6, 2004, p. 141.

es remeti únicament al Títol XI de la LBRL (remissió que es manté en idèntics termes en la vigent LRJSP). Aquests autors consideren que caldria establir una remissió -més àmplia- al què pugui disposar qualsevol llei sectorial⁴⁰⁵.

Els arguments utilitzats per admetre aquesta *intensa modulació* de la reserva de llei en l'àmbit local pivoten, fonamentalment, sobre el reconeixement constitucional de l'autonomia local (art. 137 i 140 CE) i el fet que les ordenances són aprovades pels plens dels ajuntaments, els quals es troben dotats de legitimitat democràtica directa derivada del procés electoral, de forma similar als parlaments. La valoració d'aquests arguments ha confrontat els administrativistes durant anys i, encara avui, no hi ha consens doctrinal en aquest punt⁴⁰⁶. A més, la solució jurídica a aquest debat -la introducció del Títol XI de la LBRL- ha estat vista com una «doctrina intermèdia» que no aconsegueix conciliar les diverses postures: per als defensors del principi de legalitat, és una regulació massa laxa i, per als defensors de l'autonomia local, la fórmula resulta insuficient (en la seva opinió,

⁴⁰⁵ En aquest sentit es pronuncia, per exemple, CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 47.

⁴⁰⁶ Per il·lustrar les diferències entre els diversos corrents d'opinió podem acudir al posicionament de dos reconeguts administrativistes: SANTAMARIA PASTOR i NIETO GARCIA.

D'una banda, SANTAMARIA PASTOR qualifica la Llei 57/2003, de 16 de desembre, com a nou i molt greu atemptat contra el principi de legalitat. A més, estableix que «por más que esta innovación pretenda ampararse en el manido principio de autonomía local, nos parece abiertamente inconstitucional». Ja que, segons aquest autor, «en el plano de la realidad, la innovación es sencillamente inadmisibile, por temeraria: el principio de reserva de ley no se reduce a un requisito puramente formal; parte de la hipótesis razonable de que las normas sancionadoras, al ser leyes, son elaboradas y aprobadas por personas dotadas de un cierto nivel cultural y de mesura, rasgos que notoriamente faltan en una importante proporción de los regidores locales. Es absurdo y contradictorio que la centenaria Administración General del Estado no pueda imponer una sanción si antes no ha sido aprobada por las Cortes Generales, como es obligado, mientras que se admite que pueda establecerla e imponerla el tío Paco, el de la boina, dicho sea, con el respeto que merecen algunos contados electos locales. Si ésta es una medida de «modernización» del gobierno local, que baje Dios y lo vea, como diría una castizo» SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 395 i 396.

En l'extrem oposat es situa NIETO GARCIA per a qui l'any 2003 «al cabo de más de diez años de presión doctrinal, de ensayos de los Tribunales Superiores y del aval del Consejo de Estado se había impuesto, al fin, el sentido común y restablecido una práctica varias veces centenaria que no había desaparecido nunca del todo puesto que los ayuntamientos seguían regulando infracciones y sanciones a despecho de las revocaciones del Tribunal Supremo y de las anulaciones del Tribunal Constitucional». Perquè, segons aquest autor, privar les ordenances municipals de capacitat sancionadora tenia unes repercussions «catastróficas en la práctica administrativa local dado que se arrebatava a las Entidades locales la posibilidad de acompañar a sus mandatos y prohibiciones una conminación para los supuestos de incumplimiento. Y más todavía: la consecuencia final había de ser el expulsar de la legalidad -y proclamar la invalidez de- miles de Ordenanzas, colocando a los infractores en una situación de impunidad -e incluso creando una extendida inseguridad jurídica- que un jurista con sentido de responsabilidad social (que no es incompatible con la condición de jurista, antes, al contrario, es el presupuesto de ella) tiene la obligación de intentar evitar». NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 289 i 303.

en determinats supòsits, aquesta autonomia hauria de possibilitar que no fos necessària una habilitació legal prèvia)⁴⁰⁷.

Deixant de banda aquesta controvèrsia, la qüestió més rellevant per a nosaltres és la seva repercussió sobre determinades ordenances, especialment les anomenades «ordenances de convivència» que molt sovint afecten directament l'exercici de drets fonamentals. En paraules de BILBAO URBILLOS, aquestes ordenances «no vacilan en prohibir conductas que constituyen el legítimo ejercicio de un derecho fundamental»⁴⁰⁸. En concret, les ordenances de convivència -que malgrat les seves peculiaritats *són reglaments*- estableixen prohibicions que limiten severament no només facultats no identificables amb drets o la llibertat genèrica (per exemple, regar les plantes des del balcó, passejar sense samarreta, etc.) sinó, també, certs drets fonamentals, quan el seu exercici pugui comportar una certa pertorbació per a l'ordre públic. I, correlativament, preveuen sancions per l'incompliment de tals prohibicions⁴⁰⁹.

Aquestes ordenances de convivència -que es consideren hereves de les antigues ordenances municipals de policia i bon govern- cronològicament es comencen a aprovar just després que s'atorgui cobertura legal a la potestat sancionadora de les entitats locals en el Títol XI de la LBRL, de manera que totes elles es troben emparades en aquesta norma habilitant (i en ella troben els seus límits). De fet, la primera d'aquestes ordenances -l'«Ordenança Municipal sobre protecció de la convivència ciutadana i prevenció d'actuacions antisocials» de Valladolid- s'aprova inicialment el 14 de gener de 2004, menys de quinze dies després de l'entrada en vigor de la LMMGL (vigent des del primer de gener de 2004)⁴¹⁰. Poc després, l'any 2005, s'aprova la més destacada i significativa, l'«Ordenança de mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l'espai

⁴⁰⁷ MERINO ESTRADA, V., «Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 300–301, 2006, p. 488.

⁴⁰⁸ BILBAO UBILLOS, J. M., «Ordenanzas municipales y derecho de manifestación: la responsabilidad de los organizadores», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 187. Amb detall sobre aquesta afectació vid. ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

⁴⁰⁹ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia...* op. cit., p. 382.

⁴¹⁰ En opinió del secretari general de l'Ajuntament de Valladolid, MERINO ESTRADA, el poc temps transcorregut entre l'entrada en vigor de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, i l'aprovació inicial de l'ordenança respon a què aquesta norma «era algo largamente esperado y preparado» en aquell municipi. «Las nuevas Ordenanzas municipales... op. cit., p. 504.

Aquesta ordenança es va aprovar definitivament en el Ple de l'Ajuntament, de 13 d'abril de 2004, i es publica al BOP Valladolid, de 14 de maig de 2004.

públic» de Barcelona⁴¹¹, a la qual han seguit «en allau» l'aprovació d'ordenances de civisme en molts altres municipis⁴¹².

Tal com han destacat els autors que les han analitzat, el contingut i l'estructura d'aquestes ordenances són gairebé idèntics i quasi no hi ha diferències rellevants entre elles⁴¹³. El seu objectiu principal és «el de preservar l'espai públic com a lloc de convivència i civisme, on totes les persones hi puguin desenvolupar en llibertat les seves activitats de lliure circulació, d'oci, de trobada, i esbarjo, amb ple respecte a la dignitat i als drets dels altres i a la pluralitat d'expressions i de formes de vida diverses existents» a la corresponent ciutat⁴¹⁴. I, juntament amb aquest objectiu, se subratlla la necessitat de prevenció de qualsevol actuació que pertorbi la convivència ciutadana i de protecció dels béns municipals.

Per a la consecució d'aquests objectius tant transversals es formulen normes de conducta en forma de prohibició -que han de ser observades pels ciutadans en l'espai públic- i que es divideixen per títols i capítols, en funció del bé jurídic que es protegeix⁴¹⁵. D'aquesta manera, l'esquema que solen seguir es pot resumir en: a) atemptats contra la dignitat de les persones; b) degradació visual del paisatge o entorn urbà (amb pintades, cartells, pancartes o fulletons); c) apostes en l'espai públic; d) ús inadequat de l'espai públic per a jocs; e) mendicitat, i oferiment i demanda de serveis sexuals a la via pública; f) necessitats fisiològiques (defecar, orinar, escopir); g) consum de begudes alcohòliques; h) comerç ambulant no autoritzat d'aliments, begudes i altres productes; i) activitats i prestació de serveis no autoritzats (tarot, vidència, massatges); j) ús impropri dels béns i espais públics (acampar al carrer, dutxar-se o banyar-se a les fonts, rentar la roba a les fonts); k) actes vandàlics; l) contaminació acústica, i m) pràctica de nudisme o semi

⁴¹¹ Aprovada inicialment el dia 9 de novembre de 2005 (BOPB 10/11/2005) i definitivament pel Plenari del Consell Municipal de l'Ajuntament de Barcelona el dia 23 de novembre de 2005 (BOPB 24/01/2006).

⁴¹² Diversos autors han destacat l'absència del municipi de Madrid, on no s'ha aprovat cap ordenança de convivència sinó que es manté vigent l'antiga «Ordenança Municipal de Policia Urbana i Govern» de 1948. Entre aquests autors destaquen: IBÁÑEZ PICO, M., «Municipio y civismo: las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia», *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 307, 2008, p. 153; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia...* op. cit., p. 359.

⁴¹³ CASINO RUBIO, M., «Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia», *Istituzioni del Federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 4, 2011, p. 747; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia...* op. cit., p. 361.

⁴¹⁴ Aquest objectiu és el de l'exposició de motius de l'Ordenança de mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l'espai públic de l'Ajuntament de Barcelona i que ha estat reproduït en moltes altres ordenances. Tal com ho ha recollit CASINO RUBIO, M., «Las nuevas y discutibles ordenanzas... op. cit., p. 746.

⁴¹⁵ *Ibíd.*, p. 747.

nudisme (anar en banyador o similar) en espais públics, excepte passejos marítics i carrers contigus a la platja⁴¹⁶.

El nombre de conductes prohibides per cada ordenança és realment molt elevat i, consegüentment, el règim d'infraccions és amplíssim⁴¹⁷ i, molt sovint, conté conductes aparentment innòcues com: estirar-se a la gespa o en un banc; regar les plantes dels balcons; alçar la veu, donar cops de porta o moure els mobles; jugar a pilota o circular amb monopatí o determinades formes de mendicitat. La tipificació d'aquestes conductes com a infraccions administratives ha estat criticada des de la perspectiva de l'oportunitat⁴¹⁸, de la proporcionalitat⁴¹⁹ i de la manca de lesivitat⁴²⁰, ja que, molt sovint, són conductes merament asocials o desordenades i que, en tot cas, eren tolerades fins fa

⁴¹⁶ Hem seguit l'esquema de l'ordenança de Barcelona que és el que pràcticament es repeteix en totes les altres.

⁴¹⁷ A tall d'exemple, a l'ordenança de Barcelona hi ha tipificades al voltant de vuitanta infraccions.

⁴¹⁸ CASINO RUBIO, M., «Las nuevas y discutibles ordenanzas... op. cit., p. 748 i següents.

⁴¹⁹ En alguns casos les crítiques són molt severes. Així, per exemple, MELERO ALONSO ha qualificat la regulació de les ordenances locals que afecta a les persones sense llar de «dret administratiu de l'enemic». MELERO ALONSO, E., «Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva Época, núm. 6, 2016, pp. 7–26.

En altres casos les crítiques no arriben tant lluny, però destaquen la manca de proporcionalitat de tipificar conductes absolutament innòcues. Entre d'altres, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia... op. cit., p. 383.*

⁴²⁰ Per a alguns autors, com RANDO CASERMEIRO, amb aquestes ordenances s'està deixant de prestar atenció al principi de lesivitat, ja que «dicho principio reclama la intervención punitiva del Estado tan sólo en aquellos casos en los que se aprecie un daño externo constatable a la convivencia». És per això que, en opinió d'aquest autor, s'haurien de replantejar els casos i les condicions en què se sanciona: «se podría limitar la intervención del *ius puniendi* administrativo [en el consumo de bebidas alcohólicas] tan sólo a aquellos casos en los que se constatará un problema de salud pública o de negativo impacto acústico en zonas de viviendas, sin que la sanción del consumo fuera generalizada. Del mismo modo, deberían quedar fuera del ámbito sancionador de la administración las conductas conflictivas cuya solución puede dejarse a la libre interacción ciudadana, pareciendo más adecuado el control social informal, acompañado, en los casos procedentes, de políticas públicas integradoras. Tal es el caso de la prostitución, la mendicidad, la venta callejera u otras conductas maleducadas, como escupir o gritar, por ejemplo. Con mayor motivo, resultará contrario al principio de lesividad la prohibición de comportamientos que ni siquiera son asociales: dormir en la vía pública, compraventa de alcohol en horario nocturno, etc.». RANDO CASERMEIRO, P., «El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador». *InDret*, núm. 1, 2010, p. 23.

poc⁴²¹. Per bé que, juntament amb aquestes prohibicions, n'hi ha moltes altres molt menys discutibles materialment⁴²².

A banda de l'amplitud del règim sancionador, convé destacar una altra qüestió rellevant i és que el contingut d'aquestes ordenances és semblant -si no idèntic- al d'altres normes sancionadores; especialment, al de la LOPSC. Tal com destaca ALARCÓN SOTOMAYOR, les finalitats de les ordenances de convivència i les finalitats de la LOPSC se solapen, pel fet que la protecció de la convivència ciutadana i la tranquil·litat ciutadanes -que són l'objectiu de les ordenances de convivència-, d'una banda, i la seguretat pública i ciutadana -que pretén garantir la LOPSC-, de l'altra, són manifestacions d'un mateix bé jurídic general que és l'ordre públic. De manera que moltes vegades ambdues normes han tipificat els mateixos il·lícits per protegir el mateixos béns jurídics. Des d'aquesta perspectiva, és especialment significativa la bona acollida que aquestes ordenances han tingut en la doctrina científica⁴²³ -amb escasses veus crítiques⁴²⁴-, sobretot si es compara amb l'acollida de la LOPSC⁴²⁵.

En qualsevol cas, com destaca CASINO RUBIO, resulta molt difícil no veure compromès l'exercici de determinats drets fonamentals i llibertats individuals en bona part de les prohibicions que tipifiquen aquestes ordenances de convivència⁴²⁶. És el cas, per exemple, de la prohibició de vestir determinades peces de roba vinculades a certes creences religioses; de col·locar cartells i pancartes en qualsevol espai públic; de

⁴²¹ En aquest sentit es pronuncia RANDO CASERMEIRO qui destaca «la asimilación prejuiciosa de las infracciones administrativas de orden público con las conductas delictivas o las infracciones administrativas realmente graves es más que evidente, en la medida en que la seguridad ciudadana se configura tan ampliamente por el derecho administrativo sancionador actual que se considera lesionada por la comisión de meras conductas asociales o desordenadas». *Ibíd.*, p. 15.

⁴²² En el mateix sentit, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia...* op. cit., p. 366.

⁴²³ De la doctrina que s'ha pronunciat a favor d'aquestes ordenances destaquen: PEMÁN GAVÍN, J. M., «La política de civismo en los ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, 2010, pp. 11-52; PEMÁN GAVÍN, J., «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana... op. cit., pp. 9-55; IBÁÑEZ PICO, M., «Municipio y civismo... op. cit., pp. 143-184; MERINO ESTRADA, V., «Las nuevas Ordenanzas municipales... op. cit., pp. 485-510.

⁴²⁴ Un dels autors més crítics és CASINO RUBIO, M., «Las nuevas y discutibles ordenanzas... op. cit., pp. 743-771; CASINO RUBIO, M., «La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2016, pp. 123-141. També s'han mostrat crítics ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia...* op. cit., pp. 357-392; i RANDO CASERMEIRO, P., «El modelo penal de la seguridad... op. cit., pp. 1-27.

⁴²⁵ En aquest mateix sentit es pronuncia ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia...* op. cit., p. 361-362.

⁴²⁶ CASINO RUBIO, M., *Las nuevas y discutibles ordenanzas...* op. cit., p. 765.

distribuir octavetes, o de realitzar usos impropis dels espais públics, com acampades. La connexió d'aquestes conductes amb l'exercici de diversos drets fonamentals (llibertat religiosa o llibertats d'expressió i de manifestació) és evident i, justament, és la que ha provocat que alguns autors es preguntin si aquestes conductes poden ser prohibides per una ordenança municipal o, per contra, si només el legislador orgànic pot preveure aquestes prohibicions⁴²⁷.

Per respondre a aquesta pregunta s'ha de partir de la premissa que, en l'ordenament jurídic de l'Estat espanyol, operen dues reserves de llei en matèria de drets fonamentals: *la reserva de llei orgànica*, prevista l'article 81 CE i *la reserva de llei ordinària* regulada a l'article 53.1 CE.

La reserva de llei orgànica es preveu únicament per al «desenvolupament dels drets fonamentals i de les llibertats públiques», de manera que només abasta els drets proclamats a la Secció I del Capítol II del Títol I de la CE, que porta per rúbrica «Dels drets fonamentals i de les llibertats públiques». Ara bé, dels drets proclamats en l'esmentada Secció, tampoc n'afecta la seva totalitat, sinó que només hi ha reserva de llei orgànica en aquelles intervencions legislatives que signifiquin un desenvolupament directe del dret fonamental o les que, sense desenvolupar el dret de manera sistemàtica, incideixen sobre determinats aspectes constitucionals del mateix. *A sensu contrario*, queden fora la reserva de llei orgànica les regulacions que simplement afecten elements no necessaris sense incidir sobre el seu àmbit i els seus límits⁴²⁸. Per tant, la reserva de llei orgànica opera en les intervencions legislatives amb la finalitat de completar la regulació constitucional d'un determinat dret⁴²⁹.

⁴²⁷ S'ho pregunta, per exemple, CASINO RUBIO, M., *Las nuevas y discutibles ordenanzas...* op. cit., p. 765.

⁴²⁸ En aquest sentit, s'ha pronunciat reiteradament en Tribunal Constitucional, entre d'altres, en la STC 101/1991, de 13 de maig, Ple, Rec. 993/1985 (FJ 2), en la qual afirma: «Es desde luego cierto que el art. 81.1 CE, concerniente a las normas «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites (SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989)».

⁴²⁹ De manera que s'aplica una interpretació restrictiva de la reserva de llei orgànica, cosa que es deu al fet que significa una excepció a la regla general d'adopció de les decisions per majoria simple.

En aquest sentit, GARCIA MORILLO afirma que la CE amb la reserva de llei orgànica pretén assegurar que determinades matèries, que es consideren singularment rellevants, revesteixen una especial rigidesa formal, de manera que la regulació d'aquella matèria -o la seva modificació o derogació- necessiti una majoria de vots qualificada. Dit en unes altres paraules, es persegueix resguardar la normació d'aquesta matèria d'eventuals modificacions successives en virtut de

La *reserva de llei ordinària* («només per llei, que en tot cas haurà de respectar el seu contingut essencial, podrà regular-se l'exercici d'aquests drets i llibertats») és d'aplicació a les intervencions legislatives que simplement entren en contacte amb algun dret fonamental. Per comprendre l'abast de cada una d'aquestes reserves, cal tenir present que no és el mateix desenvolupar un dret (art. 81CE reserva llei orgànica) que regular el seu exercici (article 53.1 CE reserva de llei ordinària). A diferència de l'anterior, la reserva de llei ordinària abasta tot el Capítol II del Títol I de la CE i, per tant, a aquells drets que no estan subjectes a reserva de llei orgànica. La conseqüència d'això és que, qualsevol intervenció legislativa sobre un dret fonamental que no es trobi coberta per la reserva de llei orgànica, es trobarà dins de l'àmbit d'aplicació de la reserva de llei ordinària⁴³⁰. En efecte, tal com destaca Díez Pícazo, el constitucionalisme contemporani segueix veient en la llei una salvaguarda dels drets fonamentals «frente a intromisiones arbitrarias de la Administración y, destacadamente, frente a la potestad reglamentaria, cuyo ejercicio es mucho más opaco y menos dependiente de la deliberación pública que el de la potestad legislativa»⁴³¹.

Així, les reserves de llei en matèria de dret fonamentals impedeixen que els reglaments puguin incidir primàriament sobre aquests drets, però no exclouen necessàriament la possibilitat de reglaments executius o de desenvolupant de la llei (entre d'altres, STC 83/1984, de 24 de juliol, Ple, Rec. 80/1983, FJ 4 i STC 47/1990, de 20 març,

l'alternança de majories parlamentàries conjunturals. Així s'atorga a la seva regulació una rigidesa formal superior a les de les lleis ordinàries. Però aquesta rigidesa formal va acompanyada d'una limitació material, per tal de prevenir que un abús de la legislació orgànica produeixi una "elevació" de l'ordenament i bloquegi les posteriors actuacions legislatives. És per això que la utilització de la llei orgànica està, alhora, circumscrita únicament a determinades matèries previstes constitucionalment. En aquest sentit, s'ha pronunciat el TC en la STC 5/1981, de 13 febrer, Ple, Rec. 189/1980 (FJ 21) «si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria». GARCIA MORILLO, J., *Las garantías de los derechos fundamentales*. A LÓPEZ GUERRA L. *Derecho Constitucional. Volumen I. El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los Ciudadanos* (6ª edició) València, Tirant lo Blanc, 2003, pp. 460 i 461.

⁴³⁰ Cal destacar que les matèries sotmeses a reserva de llei ordinària poden ser regulades per decret legislatiu, ja que l'art. 82.1CE només prohibeix que aquests regulin matèries reservades a llei orgànica. Per contra, per decret-lllei no es pot realitzar cap intervenció normativa que *afecti* un dret fonamental, per imperatiu de l'art. 86 CE. Val a dir que el TC ha interpretat aquesta prohibició de forma restrictiva, entenent que l'*afectació* prohibida només es refereix a una regulació integral del dret o al fet d'incidir sobre els seus elements essencials (STC 111/1983, de 2 desembre, Ple, Rec. 116/1983, FJ 8).

⁴³¹ Díez Pícazo, L.M., *Sistema de derechos Fundamentales* (4ª edició), Pamplona, Civitas, 2013, p. 100.

Sala Primera, Rec. 1609/1987, FJ 7). Pel que fa específicament a les ordenances municipals, en els escassos supòsits en què aquestes qüestions han arribat a la jurisdicció, la resposta era que una ordenança pot incidir en la regulació municipal dels drets fonamentals i llibertats públiques, «ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, y sobre todo los concernientes a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales» (STJC 409/2009, de 26 de març, FJ 14, amb remissió a la doctrina del TC, entre d'altres, STC 77/1985, de 27 juny, Ple, Rec.180/1984). Aquest criteri ha estat criticat pel Tribunal Suprem en la coneguda sentència sobre la prohibició d'ús de vel integral prevista a l'Ordenança de Civisme i Convivència de Lleida⁴³², STS de 14 de febrer de 2013, Sala del Contenciós-administratiu, Rec. 4118/2011⁴³³.

En opinió del Tribunal Suprem, cal diferenciar entre el que és regulació «de "aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales" del derecho fundamental, en la que el objeto directo de la regulación sean elementos del derecho fundamental o de su ejercicio, (por muy accesorio que pueda ser)» i el que és regulació de matèries pròpies dels títols competencials dels ajuntaments, «que, en su caso, puedan incidir en el ejercicio del derecho fundamental, aunque no tengan por objeto la regulación directa de aspectos del derecho fundamental» (FJ 7). Partint d'aquesta diferenciació, el Tribunal Suprem afirma que la pretesa atribució als ajuntaments de competència per regular aspectes accessoris dels drets fonamentals resulta contrària al que disposa l'art. 53 CE, ja que el fet que aquest article estableixi que el contingut essencial d'un dret fonamental ha de ser regulat per llei «no implica que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea contenido esencial pueda quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley» (FJ 7). Per contra, el Tribunal Suprem conclou que «todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal» (FJ 7). D'aquesta manera, el Tribunal Suprem vol deixar clar que l'objecte de les ordenances municipals no pot ser la regulació de l'exercici d'un

⁴³² Aprovada definitivament pel Ple de l'Ajuntament de Lleida el 8 d'octubre de 2010.

⁴³³ Una anàlisi sobre aquesta sentència i sobre la incidència de les ordenances municipals en la llibertat religiosa la trobem a GARCÍA URETA, A., «Signos religiosos, autonomía municipal y derechos fundamentales: comentarios sobre la STS de 14 de febrero de 2013 (prohibición de uso del velo integral)», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 201–222.

determinat dret fonamental (matèria en què no té competències), per més que aquesta regulació afecti únicament a aspectes accessoris, accidentals o circumstancials (que és el que -segons el TS- s'inferia de la jurisprudència criticada).

En canvi, sí que és possible que la regulació de matèries pròpies dels títols competencials, que constitucionalment i legalment corresponen als ens locals, «pueda incidir (que no directamente regular) en aspectos accesorios del derecho fundamental; pero esa incidencia vendrá condicionada en su licitud a que el límite al ejercicio del derecho fundamental, que, en su caso, pueda suponer, cumpla con las exigencias constitucionales para poder limitar el ejercicio del derecho fundamental» (FJ 7). Per tant, el que caldrà discernir és si, en els casos concrets, els aspectes regulats per les ordenances *són realment accessoris* dels drets fonamentals i si *respecten les exigències constitucionals* per restringir l'exercici de drets fonamentals (això és, respecte al seu contingut essencial i respecte al principi de proporcionalitat).

Des d'aquesta perspectiva, convé destacar que alguns preceptes -força escassos- d'ordenances de convivència han estat anul·lats pels Tribunals pel fet de preveure restriccions que afecten el contingut essencial dels drets fonamentals (d'altres, en canvi, han rebut la conformitat dels òrgans jurisdiccionals). Analitzem, tot seguit, alguns dels supòsits concrets en què s'ha discutit l'afectació a les llibertats d'expressió, de manifestació o de reunió.

A) S'ha anul·lat l'art. 7.1 i 3 de l'ordenança de Valladolid de 2004 per vulnerar el dret a la llibertat d'expressió (STSJ de Castella i Lleó, seu a Valladolid, 1692/2013, de 8 d'octubre). Aquest precepte sotmetia a autorització prèvia municipal la col·locació de qualsevol pancarta o cartell a la via pública, inclosos els edificis privats, també quan la col·locació dels cartells o les pancartes «no dañen ni ensucien la superficie y sean de fácil extracción». La sentència del TSJ de Castella i Lleó estableix que es «exorbitante y contrario a la libertad de expresión que cualquier acto de comunicación iconográfica, visual, escrita o protesta, netamente temporal, y que se realice en el exterior de bienes de titularidad privada se someta a autorización municipal, bajo sanción». Ja que, «el actual tenor literal de la ordenanza prohíbe, por ejemplo, (...) la colocación de cualquier lazo exterior indicativo de adhesión a cualquier causa política o social (rechazo al terrorismo, a la violencia de género o de adhesión a determinadas víctimas o colectivos)» (FJ 6).

En canvi, prohibicions similars que afecten exclusivament a la col·locació de cartells o pancartes en espais públics, els béns públics i l'ornament de la ciutat o béns

privats si volen sobre l'espai públic (amb l'excepció de balcons i altres obertures) han estat declarades conformes a la llibertat d'expressió (per exemple, en relació amb els arts. 23.1, 2 y 5 de l'ordenança de Barcelona, STJC 409/2009, de 26 de març, FJ 17; i en relació a l'art. 15 l'ordenança de Zamora⁴³⁴, STSJ de Castella i Lleó, seu a Valladolid, 134/2012, de 30 de gener, FJ 7).

B) S'ha plantejat que podria afectar a la llibertat de reunió la prohibició d'acampades en els espais públic sense la corresponent autorització. En aquest sentit, es va impugnar l'art. 23 h) de l'Ordenança de convivència de Valladolid de 2012⁴³⁵, que tipifica com a infracció molt greu «acampar en vías o espacios públicos sin autorización de forma que se ocasione: una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas» o el normal desenvolupament de tota mena d'activitats o s'impedeix greument l'ús d'un espai o servei públic o es produeix un greu deteriorament d'equipaments, infraestructures, instal·lacions o elements d'un espai o servei públic. Aquesta infracció es complementa amb l'establert a l'art. 18.3 de l'esmentada ordenança: «salvo en los casos en los que se cuente con autorización expresa del Ayuntamiento o se realicen actividades formalmente amparadas en el ejercicio de derechos fundamentales, no se podrá acampar en las vías y espacios públicos (...)». La STSJ de Castella i Lleó seu a Valladolid 1692/2013, de 8 d'octubre, valida el contingut dels preceptes transcrits, ja que, en opinió del Tribunal, la prohibició de l'ordenança es refereix als assentaments provisionals de població (per exemple, assentaments de barraques) i no a les acampades de tipus reivindicatiu que són exercici legítim del dret de reunió (FJ 15).

C) En d'altres casos, la qüestió controvertida no és la tipificació de les infraccions i les corresponents sancions, sinó l'aplicació concreta de determinats preceptes continguts en les ordenances. Per exemple, el TSJ de Castella i Lleó ha anul·lat la imposició d'una sanció de 150 euros per la col·locació de cartells no autoritzats -per infracció de l'Ordenança Municipal de Gestió de Residus Sòlids i Neteja viària-, als promotors o organitzadors de la manifestació que anunciaven els cartells, ja que «no fueron sancionados por el acto material de pegar carteles sino por ser los promotores u organizadores de la manifestación que anunciaban esos carteles». El Tribunal recorda que en la Llei Orgànica 9/1983, de 15 de juliol, reguladora de el dret de reunió, «en ningún

⁴³⁴ Ordenança Municipal de Convivència Ciutadana i Prevenció d'Actes Vandàlics de l'Ajuntament de Zamora (BOP de Zamora de 25/2/2011).

⁴³⁵ Ordenança Municipal de Protecció de la Convivència Ciutadana i Prevenció d'Actuacions Antisocials, aprovada definitivament pel Ple de l'Ajuntament, en sessió de 6 de març de 2012 (BOP Valladolid de 31/03/2012).

momento se establece que los organizadores o promotores de una reunión o manifestación deban responder personalmente de los actos constitutivos de delito o infracción administrativa que pudieran cometer quienes tomaran parte en aquéllas, esto es, terceras personas. Muy al contrario, en el artículo 4 de la referida Ley Orgánica 9/1983 solo se prevé que los organizadores o promotores respondan del buen orden de las reuniones o manifestaciones y subsidiariamente de los daños que los participantes causen a terceros (con la salvedad en esta hipótesis de que hayan puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos), de suerte que aquéllos no ostentan ninguna posición de garante que hayan incumplido y en concreto no la tienen respecto de quienes en su día colocaron los carteles que aquí interesan» (STSJ de Castilla i Lleó, seu a Valladolid, 1347/2013, de 22 de juliol de 2013).

D) Altres disposicions no sancionadores contingudes en les ordenances incideixen directament en l'exercici de la llibertat de reunió i manifestació. Així, com destaca BILBAO URBILLOS, els límits establerts en les ordenances municipals sobre soroll poden entrar en conflicte amb la utilització de megafonia en el transcurs d'una manifestació⁴³⁶. La doctrina del Tribunal Constitucional en aquesta qüestió és clara: «los titulares del derecho reconocido en el artículo 21 CE (...) están en condiciones de decidir libremente acerca de cuáles han de ser los instrumentos o vehículos materiales a través de los cuales tratan de hacer llegar su mensaje a los destinatarios». A més, el TC estableix que «la posibilidad de emitir en el momento de la reunión mensajes escritos o verbales - amplificados por megafonía o no- por parte de los titulares del derecho de reunión es inescindible de éste, por lo que cualquier prohibición, limitación o imposición gubernativa sobre este punto ha de incidir de modo ineludible sobre el derecho de reunión» (STC 195/2003 de 27 d'octubre, Sala Primera, Rec. 6344/2001, FJ 6). En base a aquesta doctrina del Tribunal Constitucional, s'han anul·lat diverses resolucions que prohibien l'ús de megafonia en una manifestació (STSJ de Castilla i Lleó, seu a Valladolid, 992/2012, de 25 de maig de 2012). També s'han anul·lat preceptes d'ordenances que preveïen una responsabilitat objectiva dels organitzadors de manifestacions pels danys i perjudicis causats per actes de terceres persones i altres que exigien una fiança als organitzadors de manifestacions per garantir la realització del servei públic municipal de neteja viària (STSJ de Castilla i Lleó, seu a Valladolid, 2169/2006, de 5 de desembre de 2006).

E) En algun altre cas, els preceptes incorporats a les ordenances no han estat objecte, de moment, d'enjudiciament jurisdiccional, però sembla possible afirmar que

⁴³⁶ BILBAO UBILLOS, J. M., «Ordenanzas municipales y derecho... op. cit., p. 188.

restringeixen -de forma desproporcionada- l'exercici legítim de drets fonamentals. És el cas, per exemple, de la prohibició continguda a l'art. 28.1 de l'Ordenança Municipal de Neteja Urbana i Gestió de Residus de Ciudad Real: «se prohíbe cualquier tipo de distribución de periódicos, folletos, octavillas o similares en la vía pública, ya sea reparto en mano, colocación en limpiaparabrisas o cualquier otro sistema que se pudiera utilizar, salvo autorización expresa municipal»; prohibició tipificada com a infracció lleu per l'art. 91 de l'esmentada ordenança⁴³⁷. L'amplitud del tipus fa dubtar seriosament de la seva compatibilitat amb la llibertat d'expressió i d'informació i, a més, l'escàs efecte positiu de la prohibició respecte al bé jurídic protegit (el medi ambient) no sembla compensar la restricció que imposa a la llibertat d'expressió⁴³⁸. Des d'aquesta perspectiva, convé destacar -tal com ho ha fet RUIZ-RICO RUIZ- que «las posibles restricciones a libertades fundamentales desproporcionadas a los fines y expuestas a la decisión discrecional de los entes locales se opone a la interpretación *pro libertate* reconocida en el campo constitucional»⁴³⁹.

En definitiva, els exemples analitzats -per bé que són mostres puntuals- ens permeten afirmar que les normes de conducta contingudes en les ordenances i el seu règim sancionador tenen una clara incidència sobre l'exercici de diversos drets fonamentals, entre els quals es troben: les llibertats d'expressió, de reunió i de manifestació. Afectació que, en la nostra opinió, no ha rebut la deguda atenció per part dels administrativistes ni dels constitucionalistes.

⁴³⁷ Aprovació definitiva de l'Ordenança publicada al BOP de Ciudad Real núm. 85 de 17/07/2009.

⁴³⁸ En el mateix sentit, es pronuncia ARROYO JIMÉNEZ, per a qui «la prohibición de repartir octavillas en la vía pública es una restricción desproporcionada y, por tanto, inconstitucional, porque el efecto positivo que tiene respecto de la limpieza urbana no alcanza a compensar en modo alguno la intensidad de la restricción que supone para la libertad de expresión». Opinió publicada al diari "La Tribuna de Ciudad Real", de 4 de septiembre de 2012, edició digital accessible a: <https://www.latribunadeciudadreal.es/noticia/Z87BDA355-F3B9-3977-3C474D0972840E25/20120904/profesor/derecho/ve/inconstitucional/ordenanza/limpieza/capitulo1> (última consulta 02/05/2020).

⁴³⁹ RUIZ-RICO RUIZ destaca que «la STS 14 de febrero de 2014 admite que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos». RUIZ-RICO RUIZ, C., «Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional (a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013)», *Actualidad administrativa*, núm. 1, 2014.

Tanmateix, les qüestions més controvertides de les ordenances de civisme -i en les que s'han centrat la major part de les seves crítiques- són la competència⁴⁴⁰, l'incompliment del principi de tipicitat en molts dels seus preceptes⁴⁴¹ i l'incompliment de la reserva de llei d'algunes de les seves previsions més innovadores. Centrant-nos exclusivament en la reserva de llei, algunes d'aquestes ordenances han establert diverses previsions sense la necessària cobertura legal (ni del Títol XI de la LBRL ni de la normativa sectorial). Destaquen especialment dos supòsits: (i) la previsió d'imposar altres mesures correctores en substitució de la sanció de multa, entre d'altres, l'assistència a sessions formatives o altres activitats de caràcter cívic (substitució prevista, per exemple, a l'art. 93 de l'ordenança de civisme de Barcelona) o per treballs en benefici de la comunitat⁴⁴² (substitució prevista, per exemple, l'art. 26 de l'Ordenança Municipal de

⁴⁴⁰ Per exemple, CASINO RUBIO dubta de la competència dels ajuntaments per establir limitacions en base al concepte d'ordre públic. CASINO RUBIO, M., «Las nuevas y discutibles ordenanzas... op. cit., pp. 743-771.

En sentit contrari, es pronuncia REBOLLO PUIG, qui es mostra a favor de tal competència. Vid. REBOLLO PUIG, M. (director) i IZQUIERDO CARRASCO, M. (coordinador), *Comentarios a la Ley Reguladora...* op. cit., pp. 2181 i 2196; i REBOLLO PUIG, M., «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 17, 1999, pp. 247-282.

⁴⁴¹ Les poques sentències que han qüestionat les ordenances de civisme i que han anul·lat algun dels seus preceptes ho han fet, majoritàriament, perquè els seus tipus infractors vulneraven el principi de tipicitat. Per exemple, la infracció consistent en anar «quasi despullat» o transitar només amb «una peça de roba similar al banyador» previstes en les ordenances de Barcelona i Valladolid (anul·lades, respectivament, per STS de 23 de març de 2015, Sala 3^a del Contenciós-administratiu, Rec. 1882/2013, i STS 1013/2016, de 9 de maig de 2016, Sala 3^a del Contenciós-administratiu, Rec. 3860/2013). En altres casos, el precepte tipificador es limitava a reproduir l'establert en l'art. 140.1.a de la LBRL que, com s'ha explicat, no pretén tipificar per ell mateix una infracció administrativa sinó només fixar pautes generals perquè les ordenances tipifiquin les conductes infractores (per exemple, arts. 23 a) i 24 a) de l'ordenança de Valladolid de 2004 que van ser anul·lats per la STSJ de Castella i Lleó, seu Valladolid, 2247/2006, de 15 de desembre, Rec. 2420/2004). Però molts altres preceptes continguts en les ordenances, tot i no haver estat impugnats davant dels tribunals, no compleixen amb les exigències del principi de tipicitat. Un clar exemple és la infracció prevista a l'art. 103.4 de l'Ordenança municipal de civisme i convivència de la ciutat de Lleida (BOP de Lleida núm. 36, de 13/03/2007) que estableix que és infracció greu: «La manca de respecte i la insolidaritat envers altres persones». Per més exemples vid. PEMÁN GAVÍN, J. M., «La política de civismo... op. cit., p. 40; i ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Las ordenanzas de convivencia...* op. cit., pp. 379 i 380.

⁴⁴² Convé destacar que algunes Comunitats Autònomes s'han dotat de normes que, en el marc de la seva regulació, possibiliten la substitució de les sancions administratives per treballs en benefici de la comunitat (per exemple, Llei 2/2003, de 13 de març, de convivència i oci d'Extremadura, o la Llei 7/2006, de 24 d'octubre, de potestats administratives en matèria de determinades activitats d'oci en els espais oberts dels municipis d'Andalusia). Alguns municipis també han estat dotats de normes amb rang de llei a aquests efectes (és el cas de la Llei 22/2006, de 4 de juliol, de Capitalitat i de Règim Especial de Madrid, i de la Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta Municipal de Barcelona).

Sobre la previsió dels treballs en benefici de la comunitat en ordenances vid. GARCÍA GARCÍA, M. J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, CEMCI, Granada, 2014; RODRÍGUEZ ALONSO, C., «La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las

Protecció del Medi Urbà de Valladolid⁴⁴³); (ii) l'establiment de responsabilitat solidària dels pares o tutors per les infraccions comeses pels menors d'edat o incapaços al seu càrrec (responsabilitat prevista, per exemple, a l'art. 84.4 de l'ordenança de Barcelona, a l'art. 28.1 de l'Ordenança de Valladolid de 2004, a l'art. 36.5 de l'Ordenança d'Albacete o a l'art. 46.1 de l'Ordenança de Zamora). Molts d'aquests preceptes han estat anul·lats per vulnerar la reserva de llei (i, en alguns casos, el principi de personalitat de les sancions)⁴⁴⁴. Malgrat això, tal com han advertit diversos autors, moltes de les ordenances que contenen aquestes previsions no han estat mai impugnades i, consegüentment, segueixen desplegant els seus efectes⁴⁴⁵.

En suma, -tal com ha destacat PEMÁN GAVÍN- les regulacions previstes en aquestes ordenances plantegen dubtes i objeccions pel tractament que incorporen en algunes qüestions que, en ocasions, no tenen el rigor tècnic necessari o han excedit els marges marcats pels principis generals del Dret administratiu sancionador i, especialment, pel principi de legalitat⁴⁴⁶. Aquestes qüestions es veuen agreujades per les insuficiències de

sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad», *REALA, Nueva Época*, núm. 6, 2016, pp. 92-104; GARCÍA SAURA, P. J., «Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a los menores», *Quaderns de Dret Local*, núm. 41, 2016, pp. 200-234.

⁴⁴³ Aprovada definitivament pel Ple de l'Ajuntament el dia 6 de febrer del 2018 (BOP Valladolid 26/02/2018).

⁴⁴⁴ En relació amb les mesures alternatives a la multa, la STS, de 18 de juliol de 2011, Rec. 224/2010, estableix que tenen cobertura legal les mesures de l'art. 93 (assistència sessions formatives, participació en activitats cíviques o altres tipus de treballs per a la comunitat) de l'ordenança de Barcelona, per trobar-se emparades en la Llei 1/2006 de 13 de març, per la qual es regula el règim especial del municipi de Barcelona (malgrat que Llei 1/2006 fos aprovada tres mesos després que l'Ordenança de Convivència de Barcelona).

Pel que fa als treballs en benefici de la comunitat, l'art. 26 de l'Ordenança de Protecció del Medi Urbà de Valladolid (relatiu a la substitució de la sanció per la realització de treballs o labors per a la comunitat) ha estat derogat per STSJ de Castella i Lleó, seu Valladolid, 1271/2019, de 28 d'octubre, Rec. 500/2018, per vulnerar tant la garantia formal com la material del dret a la legalitat sancionadora (FJ 3).

Per últim, tots els articles citats en el text que estableixen la responsabilitat dels pares o tutors han estat declarats nuls pels Tribunals: la STSJC 1156/2009, de 23 de novembre de 2009, declara nul l'art. 84.4 de l'ordenança de Barcelona, per vulnerar la reserva de llei en matèria sancionadora; la STSJ de Castella i Lleó, seu Valladolid, 2169/2006, de 5 de desembre, Rec. 2915/2004 anul·la l'art. 28.1 de l'ordenança de civisme de Valladolid per ser contrari al principi de responsabilitat de les penes; la STSJ de Castella-La Mancha 449/2014, d'1 de juliol de 2004, Rec. 223/2012, declara nul l'art. 36.5 de l'Ordenança d'Albacete, per vulnerar la reserva de llei en matèria sancionadora; la STJS Castella i Lleó 134/2012, de 30 de gener de 2012, declara nul l'art. 46.1 de l'Ordenança de Zamora per vulnerar el principi de personalitat de les sancions.

⁴⁴⁵ Exemples d'ordenances que contenen aquestes previsions i no han estat impugnades els trobem a ORTUÑO RODRÍGUEZ, A. E., «La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas», *Quaderns de Dret Local*, núm. 20, 2009, pp. 23-52. Vid. també PEMÁN GAVÍN, J. M., «La política de civismo... op. cit., p. 37 i següents.

⁴⁴⁶ PEMÁN GAVÍN, J. M., «La política de civismo... op. cit., p. 37.

la regulació general de la potestat sancionadora de l'Administració que, com s'ha destacat al llarg del present treball, no disposa d'una veritable «part general». De manera que, si els ajuntaments no aborden certes qüestions en les seves ordenances de civisme, hi ha importants llacunes i diverses qüestions operatives es queden sense resoldre; i, si les aborden, és difícil que evitin objeccions des de l'òptica del respecte a les altres garanties del *ius puniendi*⁴⁴⁷.

A més, convé destacar que, tot i el mimetisme o la imitació entre les diverses ordenances, hi ha considerables diferències entre municipis en les matèries vinculades al civisme i aquestes diferències tendeixen a incrementar-se pel propi joc de l'autonomia local. Tal com ja hem vist, el que es pot fer o no a la via pública (jugar a pilota, estirar-se a un banc, anar amb patinet, consumir begudes alcohòliques, passejar sense samarreta, etc.) depèn del que estableixi l'ordenança del municipi però, a més, varia també segons la major o menor contundència de les respostes sancionadores. Així, hi ha municipis molt bel·ligerants en determinades matèries (per exemple, el consum d'alcohol en la via pública) mentre que en d'altres aquestes matèries resulten menys rellevants (i, per tant, són menys perseguides o directament són tolerades). Aquestes diferències -que, en base a l'autonomia local, permeten a cada municipi abordar les seves conflictivitats específiques- poden resultar problemàtiques en relació amb aquelles normes de conducta vinculades a l'exercici de drets fonamentals⁴⁴⁸.

D'altra banda, la diversitat de conductes tipificades com a infracció en cada una de les ordenances, l'amplitud amb que sovint estan descrites aquestes conductes i la proximitat amb l'exercici de diversos drets i llibertats fonamentals permeten dubtar que efectivament sempre es circumscriguin qüestions accidentals de la regulació dels drets i, especialment, permeten dubtar de la proporcionalitat del seu sacrifici. Tal com ha argumentat RUIZ-RICO RUIZ, la tipificació d'infraccions sancionant conductes desproveïdes d'un mínim d'antijuridicitat -simples molèsties o incomoditats- i amb finalitats de prevenció de conductes incíviques exerceixen una pressió restrictiva sobre les llibertats fonamentals que pot vulnerar el paràmetre constitucional de proporcionalitat⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*, p. 39.

⁴⁴⁸ Com destaca RUIZ-RICO RUIZ «el riesgo de desigualdades por una regulación local de derechos fundamentales preocupa en la fundamentación jurídica de la STS de 14 de febrero de 2013 aunque no existe impedimento jurídico o constitucional para una interpretación y aplicación desigual del principio de igualdad». RUIZ-RICO RUIZ, C., «Las Ordenanzas Locales... op. cit.

⁴⁴⁹ *Ibíd.*

Altrament, la incidència del règim punitiu de les ordenances sobre l'exercici dels drets fonamentals no només depèn de les previsions establertes en aquestes normes sinó també de la concreta aplicació dels tipus previstos en aquestes normes. Des d'aquesta perspectiva, cal remarcar que no és possible fer un control de l'esmentada aplicació, ja que, com tot seguit destacarem, els actes administratius pels quals es resolen les sancions administratives no són publicitats, la qual cosa dificulta -quan no impossibilita- la fiscalització i l'anàlisi de la seva incidència sobre l'exercici dels drets fonamentals. A més, per la seva escassa quantia, aquestes sancions administratives difícilment arriben als Tribunals. És evident que bona part d'aquestes dificultats de fiscalització i control són compartides per la resta de sancions administratives (no imposades sobre la base d'infraccions previstes en ordenances municipals), però és igualment clar que l'elevat nombre i la diversitat de continguts d'aquestes normes locals agreugen tals dificultats.

b) El principi de tipicitat i l'admissió de flexibilitat en la predeterminació de les infraccions

El principi de legalitat en matèria sancionadora previst a l'art. 25.1 CE, en el vessant de garantia material -i amb caràcter absolut-, exigeix el compliment del principi de tipicitat, això és, l'exigència de predeterminació normativa de les conductes il·lícites i de les sancions corresponents⁴⁵⁰. En particular, el Tribunal Constitucional ha establert que el principi de tipicitat conté un doble manament: el primer, la taxativitat, que es dirigeix als redactors de les normes sancionadores (legislador i poder reglamentari); i, el segon, la tipicitat en sentit estricte, que es dirigeix als aplicadors del Dret (STC 297/2005, de 21 de novembre, Sala Segona, Rec. 1090/2003, FJ 8).

El *manament de taxativitat* imposa, segons el TC, l'obligació de configurar les normes sancionadores amb la major precisió possible, evitant les fórmules vagues o omnicomprendives de qualsevol conducta il·lícita. En altres paraules, les normes sancionadores han de configurar-se realitzant el «máximo esfuerzo posible» per garantir la seguretat jurídica; és a dir, han de ser concretes, clares i intel·ligibles perquè els ciutadans puguin conèixer per endavant l'àmbit d'allò prohibit i preveure, així, les possibles conseqüències de les seves accions (STC 151/1997, de 29 de setembre, Sala Segona, Rec. 3983/1994, FJ 3). D'aquesta manera, mentre que la reserva de llei es compleix amb la simple previsió de les infraccions i les sancions en una norma amb rang de llei, la tipicitat -en el vessant de taxativitat- requereix quelcom més: una descripció

⁴⁵⁰ STC 120/1996 de 8 de juliol (FJ 8) Tribunal Constitucional, Sala Segona, Rec. 3205/1993.

especifica i precisa, per la norma creadora de les infraccions i de les sancions, de les conductes concretes que poden ser sancionades i del contingut material de les sancions que es poden imposar per la comissió de cada conducta il·lícita, així com la correlació entre les unes i les altres (*lex stricta et lex certa*)⁴⁵¹.

Aquesta exigència és conseqüència directa tant del principi de seguretat jurídica - art. 9.3 CE- en el seu vessant subjectiu de certesa jurídica, com del principi general de llibertat -el primer dels valors de l'ordenament *ex art. 1.1 CE*⁴⁵². Perquè, tal com destaca SANTAMARIA PASTOR, en ser la llibertat del ciutadans la regla general de comportament, la seva prohibició -sota l'amenaça de sanció- exigeix que la llei defineixi amb la major concreció possible els trets de les conductes sancionables, per tal d'atorgar certesa als subjectes privats sobre els comportaments específics que els estan vetats i de les conseqüències específiques que comporta la seva realització⁴⁵³.

Al seu torn, la *tipicitat en sentit estricte* es projecta sobre la fase aplicativa de les sancions; és a dir, el moment d'interpretar la norma i de procedir a la imposició de la sanció. En concret, comporta que l'Administració només pot sancionar les conductes típiques. Així, aquest vessant de la tipicitat -en la mateixa línia que la predeterminació normativa- té com a objectiu garantir la seguretat jurídica sobre la base de la previsibilitat de les conductes infractores mereixedores de sanció, de manera que els ciutadans no es vegin sorpresos per una interpretació de les normes sancionadores que els imposi una sanció inesperada. Per tant, la tipicitat en sentit estricte es concreta en l'exigència que l'aplicació de la norma sigui previsible, prohibint interpretacions extravagants i imprevisibles, i analògiques *in peius*⁴⁵⁴. En paraules del TC aquest principi impedeix que els òrgans sancionadors actuïn «frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora» (STC 120/1996, de 8 juliol, Sala Segona, Rec. 3205/1993, FJ 8).

No obstant, tal com el propi TC reconeix, les fronteres que demarquen la norma sancionadora són, en major o menor mesura, ineludiblement borroses «por razones ya de

⁴⁵¹ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 396.

⁴⁵² En aquest sentit, AMENÓS ÁLAMO, J. i GIFRE ÀLVAREZ, B., *L'activitat sancionadora local*. A: JUDITH GIFREU I FONT, J. i RAMON FUENTES I GASÓ, J. (directors), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, València, Tirant lo Blanch, 2009, p. 553.

⁴⁵³ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 396.

⁴⁵⁴ Per estudi amb detall sobre aquesta prohibició *vid.* CANO CAMPOS, T., *Analogía e interpretación extensiva*. A LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp.104-119.

carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje». En conseqüència, el respecte de l'òrgan sancionador al manament de tipicitat s'haurà d'analitzar «con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad» (STC 297/2005, de 21 de novembre, Sala Segona, Rec. 1090/2003, FJ 8). Per tant, segons la jurisprudència constitucional, el principi de tipicitat obliga a identificar en cada resolució sancionadora el fonament legal de la sanció -de forma expressa o implícita però deduïble amb facilitat (STC 297/2005, de 21 de novembre, Sala Segona, Rec. 1090/2003, FJ 8). D'aquesta manera, tal com destaca BUENO ARMIJO, s'obliga a que l'Administració realitzi una operació de subsumpció, cas per cas, indicant en quina norma es troba tipificada la infracció, motivant per què els fets són constitutius d'aquesta infracció i per què a aquests fets els correspon la sanció que s'imposa⁴⁵⁵.

Així mateix, el TC ha elaborat una doctrina en relació amb els instruments que s'han d'utilitzar per valorar si una determinada sanció s'ajusta o no a les exigències de tipicitat en sentit estricte; és a dir, per determinar si s'ha realitzat una aplicació previsible de la norma. L'Alt tribunal parteix de què el manament de tipicitat subjecta a l'aplicador del Dret al tenor literal de les normes, però, conscient de la insuficiència de l'element literal -per la necessària abstracció de la norma i la versatilitat del llenguatge- recorre a dos indicadors hermenèutics: les pautes axiològiques que es desprenen de la CE i els mètodes d'argumentació que utilitza la comunitat jurídica (STC 196/2002, de 28 d'octubre, Sala Segona, Rec. 4719/1998, FJ 5). Aquestes eines han de servir per determinar si la decisió sancionadora respon a l'orientació material de la norma o resulta imprevisible per no ser raonable, la qual cosa es verificarà a través de la motivació que ha d'incloure la resolució sancionadora, que ha de reflectir les raons que han conduït a la imposició de la concreta sanció. De manera que una motivació suficient ha de demostrar si la interpretació i aplicació de la norma sancionadora s'ha realitzat amb respecte a les exigències del principi de legalitat⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (II): el principio de tipicidad*. A REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 161.

⁴⁵⁶ Com destaca DÍAZ FRAILE, l'absència de motivació no implica necessàriament una infracció de la legalitat sancionadora, ja que la mecànica pròpia de la subsumpció dels fets a la norma pot acreditar per sí mateixa el respecte de la sanció a la garantia de legalitat. D'altra banda, una motivació defectuosa que no permeti conèixer els criteris jurídics que han conduït a la sanció pot significar una violació de l'art. 25.1 CE. DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., p. 306.

En definitiva, el principi de legalitat, en el seu vessant material, es projecta sobre l'autor de la norma i sobre aquell que l'aplica, ja que, per fer efectiva la garantia de la seguretat jurídica, és imprescindible la previsibilitat tant de la norma punitiva com de la decisió sancionadora.

- *Admissió d'una certa flexibilitat en la tipificació de les infraccions: les tipificacions indirectes genèriques*

Del que s'ha referit anteriorment es desprèn que el més ajustat al manament de taxativitat és que la norma sancionadora tipifiqui cada infracció de forma directa i individualitzada i que, a més, determini la corresponent sanció de forma exacta i precisa⁴⁵⁷. Ara bé, en la praxis legislativa, la determinació dels comportaments susceptibles de sanció no es manifesten en tots els casos amb aquesta precisió. Ben al contrari, en la normació del Dret administratiu sancionador és habitual que les lleis sancionadores tipifiquin les infraccions utilitzant *normes de remissió* i *conceptes jurídics indeterminats* i que les sancions siguin *establertes de forma genèrica mitjançant forquilles*⁴⁵⁸, amb uns topalls màxims i mínims, per a cada tipus d'infracció segons la seva gravetat, deixant així a l'Administració un ampli marge per concretar la sanció procedent en cada cas⁴⁵⁹. La utilització d'aquestes tècniques ha estat acceptada per la jurisprudència, produint-se així l'admissió d'una certa flexibilitat en el manament de taxativitat en relació amb les infraccions i les sancions.

⁴⁵⁷ En l'àmbit administratiu es pronuncia en aquest sentit CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit, p. 50.

En l'àmbit penal, QUINTERO OLIVARES s'expressa en els mateixos termes: «en principio, las leyes penales recogerán con exactitud, al menos así lo impone el principio de legalidad, las conductas que pueden determinar la imposición de una pena». QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 56.

⁴⁵⁸ L'expressió «tipificació» es pot utilitzar tant per les infraccions com per les sancions; no obstant, s'acostuma a reservar per a les infraccions, ja que en les sancions la norma no tipifica pròpiament sinó que es limita a «atribuir» una conseqüència determinada. És per això que en el text utilitzem l'expressió tipificació d'infraccions i atribució o establiment de sancions.

En aquest mateix sentit, NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 266.

⁴⁵⁹ Segons el TC, la predeterminació normativa de les sancions «no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta» sinó que «el establecimiento de dicha correspondencia «puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa»; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede «encomendada por entero a ella», ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio» (STC 113/2002 de 9 de maig, Ple, Rec. 4098/1995, FJ 6).

D'aquestes formes de flexibilització, en el present apartat centrarem l'atenció exclusivament en tipificació de les infraccions i, més concretament, en la tipificació indirecta o per remissió. Així no s'analitzarà la flexibilització en la predeterminació normativa de les sancions⁴⁶⁰, ja que «la atribución al órgano sancionador de una facultad discrecional de apreciación para decidir la imposición de tales penas o medidas no es algo extraño en el ordenamiento punitivo español, y cuenta con antecedentes precisos en la esfera penal, cuyas garantías son trasladables -con algunos matices- al ámbito sancionador administrativo» (STC 113/2002, de 9 maig, Ple, Rec. 4098/1995, FJ 6). Tampoc s'analitzarà la utilització de conceptes jurídics indeterminats en la tipificació de les infraccions que s'admet en les dues branques punitives (Dret administratiu sancionador i Dret penal) per la necessitat que les descripcions de conductes constitutives de sancions o delictes es trobin redactades amb el suficient grau d'abstracció per evitar llargues tipificacions casuístiques⁴⁶¹. A més, la utilització de conceptes jurídics indeterminats desplaça l'atenció des del principi de taxativitat -on no resulta problemàtica- cap al principi de tipicitat en sentit estricte, pel fet que la seva utilització fa recaure sobre l'Administració el deure de raonar i motivar de manera suficient que els fets imputats conformen adequadament el tipus infractor⁴⁶².

Una de les principals diferències entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador és la diversitat de formes de tipificació d'aquest últim. Així, com destaca NIETO GARCIA, mentre que en Dret penal l'estructura punitiva és molt senzilla perquè tant la tipificació de la infracció com l'atribució de la sanció es realitzen -llevat d'excepcions- de forma directa i individualitzada⁴⁶³; per contra, en Dret administratiu sancionador el mecanisme és molt més complex, ja que amb freqüència la tipificació no és directa sinó per remissió i l'atribució de la sanció no és individualitzada sinó genèrica⁴⁶⁴. En particular, en Dret administratiu sancionador, al marge de la tipificació directa (aquella

⁴⁶⁰ Sobre aquesta flexibilització vid. BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (II)*... op. cit., p. 182 a 184.

⁴⁶¹ Tal com destaca BUENO ARMIJO, en cas d'entendre la taxativitat com una exigència absoluta, el resultat seria l'aprovació de llistes quasi interminables d'infraccions, en les que caldria descriure cadascuna de les conductes que es considerin sancionables, amb totes les seves característiques, malgrat la similitud entre moltes d'elles; i, tot i així, inevitablement quedarien excloses conductes que el legislador hauria volgut tipificar com a infraccions, atesa la variabilitat de les conductes humanes. Això obliga a admetre, necessàriament, l'existència de tipus d'infraccions redactats amb un cert grau d'abstracció. *Ibíd.*, p. 167.

⁴⁶² *Ibíd.*, p. 168.

⁴⁶³ A tall d'exemple: art. 138 CP: «El qui mati a altri ha de ser castigat, com a reu d'homicidi, amb la pena de presó de deu a quinze anys»; o art. 150 CP: «El qui causi a altri la pèrdua o la inutilitat d'un òrgan o d'un membre no principal, o la deformitat, ha de ser castigat amb la pena de presó de tres a sis anys».

⁴⁶⁴ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*... 2012, op. cit., p. 266 i 276.

en què en el mateix precepte es conté el manament i prohibició i l'advertència de què constitueix una infracció concreta a la qual correspon una sanció determinada)⁴⁶⁵, les formes de tipificació més habituals són la tipificació reduplicativa (la norma sancionadora reproduceix el manament o prohibició contingut en la norma primària per advertir de manera expressa que el seu incompliment constitueix una infracció i porta aparellada una sanció⁴⁶⁶) i les tipificacions indirectes⁴⁶⁷.

Les normes jurídiques remissives són aquelles en què el supòsit de fet o la seva conseqüència jurídica es troben en una altra norma o en un enunciat jurídic diferent al què envien o remetent⁴⁶⁸. Els principals conflictes de les tipificacions indirectes o per remissió es plantegen en relació amb l'observança de la legalitat sancionadora en el seu vessant formal o de reserva de llei -en especial, els límits amb què s'admet la col·laboració del reglament. No obstant, aquestes tècniques generen també conflictivitat en l'àmbit del manament de taxativitat o certesa. En concret, la remissió del supòsit de fet té com a

⁴⁶⁵ Per exemple, el Codi de Circulació de 1934 (Gasetta de Madrid núm. 269, de 26 de setembre de 1934) contenia tipificacions directes: art. 19: «Se prohíbe entablar competencias de velocidad entre toda clase de vehículos o animales, cuando estos circulen por la vías públicas abiertas al tráfico general. La infracción se castigará con multa de 10 pesetas»; o art. 39: «Se prohíbe poner obstáculos que entorpezcan la libre circulación de los vehículos. Las infracciones de este precepto se castigarán con multa de 10 pesetas, y si el infractor hubiera procedido con malicia, se le impondrá una multa de 500 pesetas, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pudiera incurrir».

⁴⁶⁶ Per exemple, RDLeg 1/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'Aigües, que en l'art 97 (norma primària) estableix que «queda prohibida (...) tota activitat susceptible de provocar la contaminació o degradació del domini públic hidràulic». I en l'art. 116 f) (norma tipificadora reduplicativa) preveu com a infracció administrativa (en la redacció original): «els abocaments que puguin deteriorar la qualitat de l'aigua (...)».

⁴⁶⁷ NIETO GARCIA classifica les variants de tipificació més usuals en el Dret administratiu sancionador en quatre grups: a) tipificació reduplicativa; b) tipificació remissiva expressa; c) tipificació remissiva residual; d) tipificació implícita. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 277 a 279.

⁴⁶⁸ Entre les formes de tipificació indirecta o per remissió d'infraccions administratives s'inclou la tècnica de la *norma sancionadora en blanc*, que també és utilitzada en Dret penal (Llei penal en blanc). La seva estructura exigeix la concurrència de diverses normes per integrar el tipus: una primera, amb rang de llei, en la qual es determinen els elements essencials del tipus i del seu contingut antijurídic i una altra o altres, generalment amb rang reglamentari, a les quals es remet la norma anterior i on es concreten les possibles conductes infractores. BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (II)*... op. cit., p. 172.

En l'àmbit penal no hi ha consens sobre si els supòsits en què la conducta i la sanció estan tipificats en la mateixa norma han de ser considerats supòsits de lleis penals en blanc. En aquests casos, alguns autors consideren que, com a molt, es pot parlar de llei penal en blanc impròpia. QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 56.

Sobre els límits de les lleis penals en blanc i les diferents tipologies, vid. ABEL SOUTO, M., «Las leyes penales en blanco», *Nuevo Foro Penal*, núm. 68, 2005, pp. 13-30; MORALES PRATS, E., La necesidad técnica de las leyes penales en blanco y sus condicionamientos constitucionales. Precisiones en torno a las técnicas de tipificación. A QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., pp. 59-63.

conseqüència fonamental que la norma tipificadora es limita, en realitat, a qualificar com a infracció *l'incompliment dels manaments i prohibicions continguts en altres preceptes de la mateixa norma o d'una norma diferent a la qual es remet*; en aquestes remissions el problema es presenta en els casos en què es tipifica com a infracció *l'incompliment de deures genèrics* establerts en la mateixa llei o en una altra norma. Des d'aquesta perspectiva, s'ha afirmat que aquestes remissions genèriques no s'adeqüen a les exigències del principi de tipicitat perquè «en realidad, lo que se hace con este género de preceptos generales es identificar infracción sancionable con toda ilicitud; es decir, tipicidad con antijuridicidad» i «aceptar descripciones de infracciones sin el imprescindible grado de precisión»⁴⁶⁹.

Les fórmules de tipificació indirecta o per remissió més habituals en Dret administratiu sancionador es poden dividir -als sols efectes descriptius- en dos grups: la tipificació remissiva expressa i la tipificació remissiva residual⁴⁷⁰.

La tipificació remissiva expressa és aquella en què, per complir amb el principi de tipificació, la llei enumera de forma individualitzada les infraccions; però, per no allargar els textos, prescindeix de la reproducció dels manaments i prohibicions, remetent de forma expressa als preceptes -de la pròpia norma o d'una altra- en què apareixen⁴⁷¹. Així, per exemple, el RDLeg. 1/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'Aigües, a l'art. 116.3 g) preveu com a infracció administrativa «l'incompliment de les prohibicions establertes en aquesta Llei o l'omissió dels actes a què obliga»; o el RDLeg. 6/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre Trànsit, Circulació de Vehicles a Motor i Seguretat Vial, que a l'art. 77 o) tipifica com a infracció molt greu «incomplir les normes que regulen les activitats industrials que afecten de manera directa la seguretat viària».

La tipificació remissiva residual o «clàusula residual» es caracteritza per tractar-se de formulacions generals que pretenen actuar a mode de tancament de la llei -generalment situades al final de les taules d'infraccions- i que estipulen que també serà infracció administrativa qualsevol altre incompliment del que disposa aquella llei o la seva

⁴⁶⁹ REBOLLO PUIG, M., Potestad sancionadora y responsabilidad... op. cit., p. 375.

⁴⁷⁰ Convé destacar que, en els diversos estudis sobre la tipificació, no existeix una classificació consensuada. No obstant, en la majoria de treballs es fa esment a les dues fórmules que es citen en el text -tot i que no a mode de classificació. Vid. BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (II)*... op. cit., p. 169; GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador*... op. cit., p. 166.

⁴⁷¹ Definició de NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*... 2012, op. cit., p. 277.

normativa de desenvolupament i que no hagi estat expressament tipificat com a tal. Aquesta fórmula ha esdevingut una veritable clàusula d'estil que apareix habitualment en les lleis sectorials. Per exemple, la Llei 42/2007, de 13 de desembre, del Patrimoni Natural i de la Biodiversitat, que tipifica com a infracció administrativa a l'art. 76.1 r) «l'incompliment de la resta de requisits, obligacions o prohibicions que estableix aquesta Llei» o la Llei 37/2003, de 17 de novembre, del Soroll, que a l'art. 28.4 tipifica com a infracció lleu «l'incompliment de les prescripcions establertes en aquesta llei, quan no estigui tipificat com a infracció molt greu o greu»⁴⁷².

La jurisprudència constitucional admet aquestes tècniques de tipificació indirecta - expresses o residuals- i les considera compatibles amb el manament de taxativitat sempre que es compleixi el necessari grau de certesa; entre d'altres, STC 219/1989, de 21 desembre, Sala Primera, Rec. 1440/1987:

«no vulnera [la exigència de *lex certa*] la remisió que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión» (FJ 5).

No obstant, diversos administrativistes han criticat aquesta jurisprudència del Tribunal Constitucional pel fet d'acceptar remissions molt àmplies o genèriques, sobretot quan les remissions es realitzen a normes amb rang de llei; en canvi, l'Alt tribunal acostuma a considerar inconstitucionals les remissions a reglaments⁴⁷³. A tall d'exemple, la STC 60/2000, de 2 març, Ple, Rec. 596/1996, anul·la parcialment la tipificació remissiva de l'art. 142 n) de la Llei 16/1987, de 30 juliol, d'Ordenació dels transports terrestres, que establia: «tindran la consideració d'infraccions lleus totes les que, suposant

⁴⁷² En principi, l'existència d'aquestes clàusules no està prohibida, però la seva acceptació es troba sotmesa a determinats requisits principalment vinculats amb el compliment del principi de legalitat sancionadora en el vessant formal. Tal com ha assenyalat BUENO ARMIJO, els criteris pels quals es regeixen les resolucions jurisdiccionals en relació amb el compliment de la reserva de llei no sempre són clars. En suma, seria contrari a la legalitat sancionadora en sentit estricte que la llei es remetés a disposicions reglamentàries per integrar tot el tipus de la infracció amb l'incompliment d'obligacions o prohibicions que els reglaments configuressin *ex novo*, ja que els elements essencials de la infracció no estarien predeterminats a la Llei. BUENO ARMIJO, A. M., *El principio de legalidad sancionadora (II)*... op. cit., p. 134.

⁴⁷³ Destaquen aquesta diferència de tractament i critiquen l'amplitud amb què el TC accepta remissions a normes amb rang de llei: CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo*... op. cit., p. 50; MESTRE DELGADO, J. F., Principio de tipicidad, A LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, p. 760; REBOLLO PUIG, M., Potestad sancionadora y responsabilidad... op. cit., p. 375.

vulneració directa de les normes legals o reglamentàries aplicables en cada cas, no figurin expressament recollides i tipificades en els articles anteriors d'aquesta Llei». El TC declara la nul·litat de l'incís «o reglamentàries» per manca de certesa dels comportaments que poden ser objecte de sanció. L'argumentació és la següent (FJ 2):

«(...) ni la mera acotación del ámbito al que se refieren los reglamentos destino de la remisión, que es la actividad industrial -por lo demás de gran extensión, diversidad y complejidad-, ni el hecho de que queden excluidas de tal destino normativo las infracciones que ya la ley califica como muy graves y graves. Ni lo uno ni lo otro, ni la conjunción de ambos, supone una descripción legal mínima de las conductas sancionables ni, con ello, el límite suficiente que el art. 25.1 CE exige para la intervención de la Administración en la tipificación sancionadora. La sola delimitación material y la lógica exclusión de las conductas ya catalogadas como infracciones no permite conocer a los destinatarios de la norma qué otros comportamientos pueden pasar a ser objeto de sanción a través de la regulación reglamentaria y de la integración que posibilita el art. 31.3 a) de la Ley 21/1992. (...) *La pura remisión a los reglamentos, (...) dificulta de tal modo el conocimiento de lo prohibido -al exigir la búsqueda de los reglamentos aplicables y de las normas que en ellos establecen obligaciones- que permite afirmar ya desde la norma de remisión que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del art. 25.1 CE»* (les cursives són nostres).

Compatim amb NIETO GARCIA que aquesta jurisprudència del TC és certament ambigua⁴⁷⁴. És més, en la nostra opinió, el criteri transcrit és perfectament aplicable a l'incís inicial de l'apartat en qüestió («suposant vulneració directa de les normes legals»), pel fet que la remissió a les lleis també obliga a buscar les que són aplicables i les obligacions que en elles s'estableixen i, per tant, dificulta d'igual manera el coneixement dels comportaments prohibits⁴⁷⁵. Per consegüent, tal com ha conclòs REBOLLO PUIG, aquesta jurisprudència del TC «parece errónea, [pues] mezcla cuestiones diferentes (el del rango de las normas y el de la tipicidad) y acaba por aceptar descripciones de infracciones sin el imprescindible grado de precisión»⁴⁷⁶.

També cal remarcar que en la jurisprudència constitucional sobre les tipificacions per remissió a normes reglamentàries es troben abundants pronunciaments aparentment contradictoris. Així, per exemple, la STC 104/2009, de 4 maig, Sala Primera, Rec.

⁴⁷⁴ En paraules de NIETO GARCIA, el rigor del TC resulta, a vegades, ambigu (amb cita a les SSTC 341/1993, de 18 novembre, Ple, Rec. 1045/1992 i 60/2000, de 2 març, Ple, Rec. 596/1996). NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 278.

⁴⁷⁵ En aquest mateix sentit, MESTRE DELGADO, J. F., *Principio de tipicidad...* op. cit., p. 760. Entenem que aquesta opinió també és compartida per CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 50.

⁴⁷⁶ REBOLLO PUIG, en la seva crítica, fa expressa menció a les SSTC 97/2009, 341/1993, 60/2000, 100/2003, 162/2008, 81/2009. REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora y responsabilidad...* op. cit., p. 375.

7814/2003, va declarar ajustat a dret l'art. 91. B).1 de la Llei 25/1964, de 29 d'abril, sobre energia nuclear, que tipificava com a infraccions greus: «l'incompliment dels preceptes legals *o reglamentaris aplicables* o dels termes i condicions de les autoritzacions o documents oficials d'explotació, quan no constitueixi falta molt greu, excepte els d'escassa transcendència». L'argumentació del TC, en relació amb el compliment de manament de taxativitat, és la següent:

«La infracción grave tipificada en el art. 91.b.1 de la Ley de energía nuclear delimita los elementos esenciales de las conductas antijurídicas sancionadas, pues no sólo contiene la acotación del ámbito al que se refieren las normas reglamentarias y las autorizaciones o documentos oficiales de explotación a que se refiere la remisión, (...) sino que, además, mediante la integración del precepto cuestionado con el art. 91 a) de la propia Ley al que indirectamente se remite («cuando no constituya falta muy grave»), se enuncia el bien jurídico protegido, y se describe suficientemente en qué consiste la conducta infractora» (FJ 5).

En canvi, en dues altres sentències dictades dos mesos abans (SSTC 81/2009 i 97/2009), l'Alt tribunal arriba a la conclusió oposada. En la STC 81/2009, de 23 de març, Sala Primera, Rec. 3534/2007 es declara inconstitucional i nul l'art. 69.3 C) de la Llei 10/1990, de 15 d'octubre, de l'esport, que prescrivia que «són infraccions lleus: totes les accions o omissions no tipificades com a infraccions greus o molt greus en el present títol i que siguin contràries a les *normes i reglaments aplicables* als espectacles esportius». Ja que, en opinió del TC, d'una banda, es permet una regulació reglamentària independent (conculcant la reserva de llei) i, de l'altra, en el que aquí interessa:

«La sola delimitación material del objeto de la remisión y la lógica exclusión de las conductas ya catalogadas como infracciones en la Ley no permite conocer a los destinatarios de la norma qué otros comportamientos pueden pasar a ser objeto de sanción a través de la regulación reglamentaria y de la integración que posibilita el art. 69.3 C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, lo que resulta frontalmente contrario a la reserva del Ley del art. 25.1 CE» (FJ 5).

I en la STC 97/2009, de 27 d'abril, Sala Segona, Rec. 1354/2002, es declara inconstitucional i nul l'incís «o en les normes dictades per al seu desenvolupament» contingut en l'art. 64 h) de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista, que establia com a infraccions lleus: «en general, l'incompliment de les obligacions establertes en la present Llei *o en les normes dictades per al seu desenvolupament*, que no siguin objecte de sanció específica». En opinió del TC:

«(...) a pesar de la especificación del carácter ejecutivo de los reglamentos a los que se remite el precepto cuestionado se observa en el mismo igual dificultad para que resulten reconocibles al destinatario las conductas sancionables» (FJ 4).

La diversitat de tractament, per part dels tribunals, de preceptes amb remissions certament similars se sol justificar per les peculiaritats del cas examinat. No obstant, tal com han posat de relleu diversos autors, les dificultats de predir, en els casos concrets, si els tribunals estimaran correctes les remissions o les anul·laran provoca una manca de seguretat jurídica als diversos operadors (Administració i ciutadans), que s'agreuja atesa la freqüència amb què aquestes fórmules són utilitzades en la normativa sancionadora⁴⁷⁷.

En un altre ordre de consideracions, convé destacar que en els estudis científics sobre la tècnica de la tipificació indirecta s'observen dues línies de pensament clarament oposades.

D'una banda, hi ha autors que defensen el recurs a aquestes fórmules ateses les particularitats del Dret administratiu sancionador, d'entre aquests destaca NIETO GARCIA⁴⁷⁸. Per a aquest autor, les diverses formes de tipificació indirecta són suficients i correctes als efectes de complir amb el manament de taxativitat, ja que els tipus sancionadors administratius -a diferència del tipus penals- no són autònoms sinó que es remeten a una altra norma on es formula l'ordre o la prohibició, l'incompliment de la qual comporta una infracció. De manera que aquestes normes substantives constitueixen un pre-tipus, que condiciona i predetermina el tipus de la infracció⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 278; GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 169.

⁴⁷⁸ Segueix aquesta línia discursiva, per exemple, CÓRDOVA, E. R. M., «Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2006, pp. 273-306.

⁴⁷⁹ En opinió de NIETO GARCIA, la disparitat en la forma de tipificació del Dret administratiu sancionador i del Dret penal «no se trata de simples diferencias de «matiz» sino, como mínimo, de estructura normativa». Com és sabut, el repertori de delictes és quantitativament limitat, de manera que els catàlegs del CP i de les normes especials, per molt amplis que siguin, són fàcilment cognoscibles, mentre que el repertori de sancions administratives es inabastable. En opinió d'aquest autor, aquesta diferència obeeix a una raó de naturalesa qualitativa: l'enumeració dels delictes es ordinàriament autònoma en tant que no es remet a altres normes i, en conseqüència, no pot haver-hi més delictes que els tipificats directament. Així, les normes penals no prohibeixen ni ordenen res sinó que es limiten a advertir que determinades conductes tenen una pena. Per contra, els tipus sancionadors administratius no són autònoms sinó que es remeten a una altra norma on es formula l'ordre o la prohibició, l'incompliment de la qual comporta una infracció que, com s'explicita en el text, opera de pre-tipus. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 266 i 276.

En conseqüència -segons NIETO GARCIA-, la descripció completa de la infracció en el tipus és una reduplicació innecessària i inútil -perquè no afegeix cap garantia als ciutadans- que, a més, resulta inviable -perquè no és possible descriure positivament les innombrables infraccions que es dedueixen de l'ordenament jurídic administratiu. Per això, la seva exigència és el resultat d'un dogmatisme inacceptable que condueix a la irrealitat. Aquest autor arriba a l'extrem d'afirmar que fins i tot les tipificacions implícites -això és, el supòsit en que una llei conté normes de prohibició però no normes de tipificació- són suficients per complir amb les exigències de tipificació de la infracció perquè, per un costat, la llei no pot permetre que l'incompliment dels seus manaments i prohibicions resulti impune, i, per l'altre, el ciutadà ha de suposar que l'incompliment d'una prohibició normativa ha de comportar conseqüències (no obstant, l'autor es fa ressò que no es compliria amb la segona faceta de la tipificació, l'atribució de la sanció)⁴⁸⁰.

A l'extrem oposat, trobem diversos autors crítics amb la tècnica de la tipificació indirecta o per remissió, d'entre aquests destaquen CANO CAMPOS, GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES. Les principals objeccions formulades en els seus estudis es vinculen amb l'eficàcia de la política sancionadora i, molt especialment, amb manca la seguretat jurídica⁴⁸¹.

En opinió de CANO CAMPOS, les formes de tipificació directes són molt més eficaces des del punt de vista de la política sancionadora. Primerament, perquè el legislador selecciona els comportaments que veritablement mereixen un retret sancionador, mentre que amb la remissió -per tal d'evitar ometre algun comportament mereixedor de sanció- es qualifica com infracció administrativa -i es commina amb sanció- la contravenció de tota norma (fins i tot, les normes de competència o les que confereixen poders). En segon lloc, les formes de tipificació directes permeten els ciutadans conèixer de manera immediata el que està prohibit i el que està ordenat, i les conseqüències del seu incompliment, de manera que els missatges prescriptius i punitius de la norma apareixen conjuntament i així són interioritzats pels seus destinataris. Per contra, en la tipificació per remissió, el missatge prescriptiu i el missatge punitiu s'escindeixen: quan el ciutadà es troba amb una norma de conducta pot intuir merament que el manament o la prohibició continguda en la norma portarà aparellada alguna sanció,

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, p. 277 a 288.

⁴⁸¹ Per exemple, en opinió de MESTRE DELGADO, resulta difícil convenir que aquestes remissions satisfacin les exigències de seguretat jurídica o de claredat en la formulació de conducta sancionable i que propiciïn una correcta operació interpretativa (no assegurin que s'impedeixi la creació de nous tipus, al marge de la decisió expressa del legislador). MESTRE DELGADO, J. F. *Principio de tipicidad...* op. cit., p. 760.

però per tenir el coneixement exacte de si efectivament la conducta pot ser objecte de sanció -i per conèixer l'abast d'aquesta sanció- ha d'examinar la resta de la llei o, fins i tot, una part considerable de l'ordenament jurídic. Per això, CANO CAMPOS reclama la tipificació directa de les infraccions administratives per ser la fórmula que millor s'adiu a les exigències de la seguretat jurídica⁴⁸².

En aquesta mateixa línia, GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES destaquen que en la tipificació per remissió el nucli de la conducta sancionada no es troba en el catàleg d'infraccions de la llei, la qual cosa obliga als ciutadans a escodrinyar les lleis -molt sovint, lleis llargues i tècnicament complexes- a la recerca de les obligacions que els afecten. Aquests autors es mostren molt crítics amb què el legislador, que disposa de tots els mitjans tècnics al seu abast, no sigui capaç de tipificar totes les infraccions i, en canvi, el ciutadà hagi de ser capaç de deduir de la llei què pot fer i què no. A més, per a aquests autors, el fet que les lleis sancionadores continguin una relació de les conductes que no poden realitzar-se sota l'amenaça de sanció s'ha d'entendre, necessàriament, com una garantia per als ciutadans. De manera que l'acceptació de tipificacions per remissió converteix el quadre d'infraccions administratives en una mera proposta exemplificadora. En definitiva, en la seva opinió, hi ha sòlides raons de seguretat jurídica a favor de l'expressa tipificació en un catàleg d'infraccions d'aquelles conductes a les quals es vol vincular una sanció administrativa⁴⁸³.

GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES conclouen que, des de la perspectiva de la seguretat jurídica, únicament podria ser admissible la tècnica de la tipificació indirecta en dues hipòtesis: a) les clàusules remissives inverses i b) les referències expresses al precepte concret que estableix el deure jurídic⁴⁸⁴.

a) La utilització d'una clàusula de remissió inversa es dona en els casos en què, juntament amb l'expressa disposició de deures jurídic, s'adverteix que l'incompliment d'aquest deure porta aparellat una sanció. Aquesta fórmula ha estat defensada pel TC en alguna resolució. Per exemple, la STC 341/1993, de 18 novembre, Ple, Rec. 1045/1992 en la qual s'enjudiciava la constitucionalitat de l'art. 26 j) de la LOPSC 1992 que qualificava d'infraccions lleus: «totes aquelles que, no estant qualificades com a greus o molt greus, constitueixin incompliments de les obligacions o vulneració de les prohibicions establertes en aquesta Llei o en lleis especials relatives a la seguretat

⁴⁸² CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 51.

⁴⁸³ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 148 i 168.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*, p. 169 a 171.

ciutadana, en les reglamentacions específiques o en les normes de policia dictades en execució de les mateixes». El TC només declara la inconstitucionalitat de l'incís final de l'article «en les reglamentacions específiques o en les normes de policia dictades en execució de les mateixes», per infracció del principi de reserva de llei, mentre que, en relació amb el manament de taxativitat argumenta que:

«En lo que se refiere a la garantía material y absoluta que establece, según vimos, el citado precepto constitucional (predeterminación suficiente del ilícito), nada cabe reprochar, en rigor, al precepto impugnado, pues, siendo como es una norma residual y de remisión, la delimitación precisa de las conductas sancionables corresponderá a las reglas remitidas, configuradoras de las «obligaciones» y «prohibiciones» cuya conculcación dará lugar a la infracción. (...) Sí debe hacerse constar, con todo, que las reglas en las que se configuran «obligaciones» y «prohibiciones» sancionables con arreglo al precepto que enjuicamos *deberán contener* -para asegurar, precisamente, estas exigencias de seguridad y certeza- *una referencia expresa al precepto legal* [art. 26 j) de la L.O.P.S.C.] en cuya virtud aquellos imperativos serán, caso de contravención, calificados de infracción leve y en cuanto tales sancionados» (les cursives són nostres) (FJ 10).

b) La segona possibilitat que admeten els autors esmentats són els casos que, en el catàleg d'infraccions, es fa referència expressa al precepte concret en què s'estableix el deure jurídic la vulneració del qual determina la infracció administrativa. Un exemple d'aquesta forma de remissió el trobem a l'art. 76.1 a) la Llei 16/1985, de 25 de juny, de Patrimoni Històric Espanyol, que tipifica com a infraccions administratives «l'incompliment per part dels propietaris o dels titulars de drets reals o els posseïdors dels béns de les disposicions contingudes en els articles 13, 26.2, 4 i 6, 28, 35.3, 36.1 i 2, 38.1, 39, 44, 51.2 i 52.1 i 3».

En suma, en opinió d'una part de la doctrina científica, en el Dret administratiu sancionador el principi de tipicitat en el seu vessant de taxativitat de les infraccions es troba en tensió amb la utilització per part del legislador de tipificacions per remissió genèriques, per no incorporar una descripció suficientment clara i precisa de les actuacions dels ciutadans constitutives d'infraccions. En la nostra opinió, aquesta qüestió no és menyspreable atès l'abast del Dret administratiu sancionador a l'Estat espanyol.

c) La no extensió al procediment administratiu sancionador del dret fonamental al jutge ordinari predeterminat per la llei, independent i imparcial

El dret «al Jutge ordinari predeterminat per la llei», independent i imparcial, reconegut a l'art. 24.2 CE⁴⁸⁵, no és aplicable al procediment administratiu sancionador (entre d'altres SSTC 22/1990, de 15 febrer, Sala Primera, Rec. 1537/1987 i 76/1990, de 26 d'abril, Ple, Rec. 695/1985). En paraules del TC la garantia d'imparcialitat «no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto a los órganos judiciales, ni imponibles las mismas reglas de actuación» (STC 2/2003, de 16 de gener, Ple, Rec. 2468/2000, FJ 10). Ja que «la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos» (STC 76/1990, FJ 8 A). Això no obstant, en Dret administratiu sancionador existeixen algunes garanties que se situen en la mateixa direcció que aquest dret fonamental, tot i que tenen un abast i un valor menor⁴⁸⁶.

Concretament, ens referim a: (i) la separació de les fases d'instrucció i resolució del procediment administratiu sancionador i la seva atribució a òrgans administratius diferents (art. 63.1 LPAC) i (ii) la necessitat que l'instructor del procediment actuï amb *objectivitat* i amb *desinterès personal*.

(i) La separació de les fases d'instrucció i resolució i la seva atribució a òrgans administratius o unitats diferents és una garantia establerta pel legislador, que ni ve imposada per la CE ni tampoc no ha estat declarada pel TC i, per tant, no gaudeix de protecció en empara (STC 60/1995, de 17 de març, Ple, Rec. 2536/1994). Així, el

⁴⁸⁵ El dret a un jutge imparcial no està reconegut expressament a la CE, malgrat això el TC l'ha entès inclòs en l'art 24.2 CE. Inicialment la jurisprudència del TC incloïa el dret a un jutge imparcial en el dret «al Jutge ordinari predeterminat per la llei» i, posteriorment, va entendre que el dret a la imparcialitat del jutge havia d'integrar-se en el marc del «dret a un procés amb totes les garanties», ambdós drets previstos en l'art. 24.2 CE. Sobre aquesta evolució jurisprudencial vid. COLMENERO, M., «La garantía del derecho a un juez imparcial. STC 145/1988, de 12 de julio», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 55, 2006 (Exemplar dedicat a: «Veinticinco años de jurisprudencia constitucional II»), pp. 722 i 723.

La manca de referència expressa a la imparcialitat judicial a la CE ha estat qualificada per JIMÉNEZ ASENSIO com a paradoxal. En especial, perquè la CE sí que recull el principi d'imparcialitat en d'altres preceptes aplicables als funcionaris públics i als membres del Ministeri Fiscal (art. 103.3 i art. 124 CE). JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez a la luz de la imparcialidad judicial. A DD.AA. Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Bilbao, Publicacions de la Universitat de Deusto, 2010, p. 304.

⁴⁸⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 547.

legislador postconstitucional -seguint el camí del legislador preconstitucional de 1958⁴⁸⁷- ha establert lliurement aquesta garantia addicional en el procediment administratiu sancionador amb una finalitat similar a la què en el procés penal compleix el principi del jutge no previngut⁴⁸⁸.

Tanmateix, aquesta separació entre òrgan instructor i òrgan resolutori ha estat vista per la doctrina científica i per la jurisprudència ordinària com una previsió que no aporta realment cap garantia substancial en el procediment administratiu sancionador, fins al punt que s'ha descrit com una garantia totalment accessòria i irrellevant⁴⁸⁹. Els principals motius adduïts per qüestionar l'eficàcia pràctica d'aquesta separació són:

A) L'òrgan administratiu encarregat de la resolució és amb freqüència el competent per iniciar el procediment administratiu sancionador⁴⁹⁰ i, com a regla general, l'acord d'inici ja constitueix una acusació formal: ha de contenir, necessàriament, el fet del que s'acusa, la seva qualificació jurídica, la sanció que pugui correspondre i la identitat de l'acusat (art. 64.1 LPAC)⁴⁹¹. A això se suma que habitualment abans de l'acte d'inici s'han dut a terme unes actuacions prèvies per tal de conèixer les circumstàncies del cas

⁴⁸⁷ La Llei de Procediment Administratiu de 1958 ja encomana a un òrgan administratiu *ad hoc* la fase d'instrucció (arts. 135 a 137). Amb detall sobre aquesta previsió SUAY RINCÓN, J. «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, p. 167.

⁴⁸⁸ Sobre la posició del TC en relació a la separació entre el jutge instructor i el jutge que resol en el procés penal i la seva connexió amb la imparcialitat vid. COLMENERO, M., «La garantía del derecho a un juez imparcial. STC 145/1988, de 12 de julio», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 55, 2006 (Exemplar dedicat a: «Veinticinco años de jurisprudencia constitucional II»), p. 724 i següents.

⁴⁸⁹ D'entre la doctrina científica destaca ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 550.

Entre la jurisprudència ordinària vid., per exemple, STSJ de Astúries. 902/2002, de 11 d'octubre (FJ 3).

⁴⁹⁰ En paraules de CANO CAMPOS «el acuerdo de iniciación de oficio lo adopta, normalmente el órgano que tiene atribuida la competencia para dictar la resolución final». CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 156. En el mateix sentit, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Derecho administrativo sancionador: garantías formales y procedimiento sancionador*. A REBOLLO PUIG, M. i VERA JURADO, D. (directors), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la administración* (2^a edició), Madrid, Tecnos, 2017 p. 237.

⁴⁹¹ Convé destacar que la LPAC ha previst -a diferència del REPEPOS- la possibilitat que l'acte d'inici del procediment sancionador no inclogui la primera acusació formal. És a dir, que el procediment sancionador pugui iniciar-se, excepcionalment, per mera providència i posposar-se l'elaboració d'un plec de càrrecs que contingui la qualificació inicial a un moment posterior (art. 64.3 LPAC). Aquesta previsió ja es contenia en diverses lleis sectorials i és la fórmula ordinària prevista en el Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat de Catalunya (arts. 9 i 10).

concret i la conveniència o no d'iniciar el procediment⁴⁹². En conseqüència, l'òrgan que decideix iniciar el procediment «está tan involucrado en la acusación o más que el instructor»⁴⁹³.

En contraposició, el Dret penal s'ha configurat com un dret de petició en què regeix el principi acusatori formal. Aquest principi imposa que la potestat jurisdiccional dirigida a l'actuació del Dret penal ha de ser exercida a instàncies d'un altre òrgan de l'Estat o d'un subjecte aliè a l'òrgan jurisdiccional (no pot ser exercida d'ofici pel propi òrgan jurisdiccional), que li demana al jutge penal que exerceixi la seva potestat jurisdiccional⁴⁹⁴.

B) El paper de l'òrgan decisor en el procediment administratiu sancionador divergeix substancialment del paper de l'òrgan jurisdiccional encarregat de resoldre en el procés penal, atesa la diferent estructura d'ambdós procediments. En el procediment administratiu sancionador l'actuació de l'òrgan decisor es redueix, ordinàriament, a declarar la seva voluntat; en canvi, en el procés judicial el jutge decisor celebra el judici oral, el qual inclou, entra d'altres, la pràctica de les proves⁴⁹⁵. Tal com ha destacat ALARCÓN SOTOMAYOR, es subverteixen els termes: en el procediment administratiu sancionador l'important és la instrucció, mentre que en el procés penal l'essencial és el judici oral⁴⁹⁶.

C) L'organització administrativa no està informada pel principi d'independència (com sí que succeeix amb l'organització judicial -art. 117.1 CE-) sinó pel de jerarquia (art. 103.1 CE). En conseqüència, no es poden traslladar les garanties pròpies del personal judicial -que ostenta independència, orgànica i individual- als funcionaris que instrueixen el procediment administratiu sancionador i més quan, en la majoria dels casos, entre

⁴⁹² Sobre l'abast i els límits de les actuacions prèvies vid. MONTOYA MARTÍN, E., «Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado», *Documentación administrativa*, núm. 280-281, 2008 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I»), pp. 195-220.

⁴⁹³ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos...* op. cit., p. 87; GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 686.

⁴⁹⁴ ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. i JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal. Introducción* (2ª edició), València, Ediciones Nomos, 2003, pp. 274-278.

⁴⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 686.

⁴⁹⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos...* op. cit., p. 87.

l'òrgan instructor i l'òrgan decisor existeix una relació de jerarquia.⁴⁹⁷ En suma, com s'ha destacat, resulta indiferent la separació o no de les funcions d'instrucció i decisió en l'ordre administratiu en la mesura que són persones que pertanyen a una mateixa organització i estan totes sotmeses al principi de jerarquia⁴⁹⁸.

(ii) El Tribunal Constitucional ha establert la necessitat que l'instructor del procediment actuï amb *objectivitat* i amb *desinterès personal*. En concret, segons la jurisprudència constitucional «lo que del Instructor cabe reclamar, *ex art. 24 y 103 CE*, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, (...) es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal» (STC 14/1999 de 22 de febrer, Sala Segona, Rec. 2410/1995, FJ 4). Amb la finalitat d'assegurar aquest desinterès personal, el legislador ha previst les causes d'abstenció i recusació (art. 23 i 24 LRJSP), que el Tribunal Constitucional relaciona directament amb la garantia d'objectivitat (STC 235/2000, de 5 d'octubre, Ple, Rec. 830/1992). De manera que, seguint a GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES, l'*objectivitat* de l'instructor està llny de la *imparcialitat* del jutge, però s'assegura mitjançant l'absència d'interès personal, concretada en no estar incurs en cap de les causes d'abstenció generals o específiques recollides en l'ordenament jurídic administratiu⁴⁹⁹.

En definitiva, en el procediment administratiu sancionador el Tribunal Constitucional admet que l'Administració sigui, alhora, jutge i part (STC 60/1995)⁵⁰⁰, la qual cosa contrasta amb la importància que s'atribueix a la imparcialitat del Poder Judicial. Així, per exemple, segons JIMÉNEZ ASENSIO la imparcialitat no és només un

⁴⁹⁷ SANTAMARIA PASTOR afirma que aquesta relació de jerarquia «propicia la intervenció de éstas [las autoridades decisorias] en las labores de instrucción, así como que los funcionarios encargados de éstas se sientan humanamente inclinados a «proponer la resolución que le guste al jefe»». Aquest autor també sosté que en els camps en què la potestat sancionadora s'exerceix en massa -per exemple, trànsit- la intervenció decisòria de l'autoritat política és purament formulària (ja que fins i tot la signatura de resolucions es realitza per mitjans mecànics), «con lo que la instrucción y la decisión se realizan, de hecho, por las mismas personas». SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., pp. 418-419.

⁴⁹⁸ En el mateixos termes, GARBERÍ LLOBREGAT, J. i BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 925 i STSJ d'Astúries. 902/2002, de 11 d'octubre (FJ 3).

⁴⁹⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 688.

⁵⁰⁰ El TC afirma que la separació de funcions instructora i decisora «al enmarcarse dentro de las garantías esenciales del proceso penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador» (FJ 3).

principi vertebral del funcionament del Poder Judicial, sinó, sobretot, una regla existencial de la pròpia funció jurisdiccional, «pues donde no hay Juez imparcial no puede haber justicia ni juicio justo»⁵⁰¹.

Aquestes característiques provoquen el que s'han anomenat els «*obstacles estructurals de l'activitat probatòria*» en l'àmbit administratiu sancionador⁵⁰². Aquesta expressió es refereix a la idea -defensada per una part dels administrativistes- que no pot afirmar-se en rigor tècnic-jurídic que en el si d'un procediment administratiu sancionador pugui desenvolupar-se una veritable activitat probatòria, entesa com l'activitat que es desenvolupa en un procés o en un procediment i que té per finalitat la de dur a l'intel·lecte de l'autoritat decisòria la convicció de la certesa sobre la producció d'un fet determinat. Ja que, «para que tal actividad probatoria se produzca es absolutamente imprescindible, de una parte, que su práctica se lleve a efecto bajo los principios de igualdad, contradicción e intermediación, y de otra, que la valoración de sus resultados corra a cargo de una autoridad independiente e imparcial»⁵⁰³. I, en opinió de GARBERÍ LLOBREGAT i BUITRÓN RAMÍREZ, cap d'aquests requisits es dona en el procediment administratiu sancionador general⁵⁰⁴. Les raons adduïdes són les que segueixen:

A) El principi de contradicció en sentit estricte no es dona en el procediment administratiu sancionador perquè un dels subjectes en conflicte és el cridat a resoldre'l, de manera que resulta més adequat al·ludir a la idea d'audiència a l'interessat i no a la de contradicció entre aquest i l'Administració.

B) No es pot predicar la independència o imparcialitat de l'autoritat administrativa decisora, que és qui ha de valorar el resultat de l'activitat probatòria, pel fet que té part dels seus interessos -els propis de l'Administració- en el conflicte. En conseqüència, es mostra com a part interessada -o no independent ni imparcial- en el procediment, la qual cosa l'inhabilita per valorar objectivament els resultats derivats de la pràctica de l'activitat probatòria.

C) No es dona el principi d'immediatesa en la pràctica de la prova. En aquest cas, no hi ha raons estructurals -com les anteriors-, sinó que la causa es troba en la configuració del procediment administratiu sancionador, on la pràctica de la prova no es desenvolupa

⁵⁰¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R., Deberes (código de conducta) y derechos... op. cit., p. 304.

⁵⁰² Denominació utilitzada per GARBERÍ LLOBREGAT, J. i BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 1011.

⁵⁰³ *Ibíd.*, p. 1010.

⁵⁰⁴ *Ibíd.*, p. 1011 i 1012.

davant l'òrgan decisor (que és qui ha de valorar-la) sinó davant l'òrgan instructor del procediment.

D) Finalment, el fet que sigui un sol dels subjectes enfrontats el que té la facultat de valorar quins fets han quedat acreditats i quins no trenca qualsevol exigència dimanant del principi d'igualtat.

Amb tot, els autors que defensen aquesta línia de pensament no consideren inconstitucional el procediment administratiu sancionador sempre que es permeti acudir als Tribunals de justícia -aquests sí, òrgans públics independents- per oposar-se a la decisió unilateral donada al conflicte per l'Administració (dret d'accés a la Jurisdicció - art. 24.1 CE- i control jurisdiccional de l'activitat administrativa -art. 106.1 CE-); i sempre que la valoració probatòria realitzada per l'Administració no vinculi posteriorment els òrgans judicials⁵⁰⁵.

Al seu torn, la vulneració en els procediments administratius sancionadors de les garanties del procés equitatiu establertes a l'art. 6 CEDH -pel que aquí ara interessa, ser jutjat per un tribunal independent i imparcial- ha estat examinada pel TEDH, el qual -tal com detalla RODRÍGUEZ PONTÓN- ha establert que aquestes garanties han de ser satisfetes examinat el conjunt del procediment. D'acord amb aquest criteri, el TEDH no entén vulnerat l'art. 6 del CEDH si la decisió administrativa no compleix amb les garanties exigides en aquest precepte, però és objecte de control per part d'un Tribunal que sí que les compleix⁵⁰⁶. Per tant, segons la jurisprudència del TEDH quan la decisió administrativa, d'acord amb la legislació interna, no pugui ser objecte de control jurisdiccional o no pugui ser objecte d'un control de plena jurisdicció (per al TEDH la plena jurisdicció de l'òrgan judicial de control li ha de permetre reformar la decisió administrativa en tots els punts de fet i de dret) l'autoritat que adopta la decisió ha de complir les garanties exigides a l'art. 6 del CEDH⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ *Ibíd.*, p. 1011 i 1014.

⁵⁰⁶ RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *La articulación de las garantías...* op. cit., pp. 101-102.

⁵⁰⁷ Vid. RODRÍGUEZ PONTÓN, qui examina de manera singular l'assumpte *Bryan contra el Regne Unit*, STEDH de 22 de novembre de 1995, relatiu a una decisió administrativa que ordena l'enderroc d'unes edificacions, en relació amb la qual el Tribunal té un control limitat de la decisió administrativa. La sentència no considerarà vulnerat l'art. 6 CEDH, tot i que el Ministre pot revocar el poder de l'Inspector que adopta la decisió de l'enderroc «(...) por las garantías indudables que se asocian en el procedimiento que se sigue ante los inspectores en materia de urbanismo, por el carácter cuasi judicial de su toma de decisiones, por su obligación de ejercer un juicio independiente, la exigencia de no estar sometidos a influencias indebidas y su misión oficial de defender los principios de transparencia, de equidad y de imparcialidad; siendo además cualquier alegación de insuficiencia en el respeto de estas garantías de posible planteamiento ante la Higt Court» (a més, en el cas concret no existia controvèrsia sobre els fets ni s'havien contradit

d) La no extensió al procediment administratiu sancionador del dret a l'assistència lletrada

El dret de defensa i a l'assistència lletrada és una garantia amb categoria de dret fonamental *ex art. 24.2 CE* -«tothom té dret (...) a ser defensat i assistit per un lletrat»-, que s'integra en el dret a un procés just i que *té per finalitat fer efectius els principis d'igualtat entre les parts i contradicció i d'evitar qualsevol situació d'indefensió*. Aquest dret no només es reconeix per al procés penal -on experimenta una especial projecció- sinó també per a la resta dels processos judicials encara que amb matisacions (SSTC 47/1987, de 22 d'abril, Sala Primera, Rec. 46/1986, FJ 2; 92/1996, de 27 de maig, Sala Segona, Rec. 275/1994, FJ 3).

El TC ha establert que l'art. 24.2 CE garanteix tant el dret a l'autodefensa com el dret a la defensa tècnica mitjançant advocat (STC 29/1995, de 6 de febrer, Sala Primera, Rec. 2699/1992). En relació amb aquesta darrera defensa, l'Alt tribunal ha declarat que el dret a l'assistència lletrada -interpretat d'acord amb l'art. 6.3 del CEDH i l'art. 14.3 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics- és «en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del Justiciable»; això comporta la facultat de l'acusat de designar lliurement a un advocat de confiança (STC 18/1995, de 24 de gener, Sala Primera, Rec. 1885/1993, FJ 2 B).

Als efectes de la nostra investigació cal remarcar que el Tribunal Constitucional no ha traslladat el dret a la defensa tècnica a l'àmbit administratiu sancionador. De manera que, en aquests procediments, el *dret fonamental* de l'inculpat es circumscriu a l'autodefensa, però no inclou -amb caràcter de dret constitucional- l'assistència lletrada. En paraules del TC «las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.2 CE, se cumplen, como queda dicho, cuando la sanción es impuesta después de un procedimiento en el que se ofrece audiencia al administrado y se le permite hacer uso de medios de prueba y contradicción en la defensa de sus derechos e intereses» (STC 23/1995, de 30 de gener, Sala Segona, Rec. 3149/1992, FJ 2). D'igual manera, en l'àmbit supraestatal, els textos internacionals contempen el dret a l'assistència jurídica només per als procediments penals -art. 14.3 d) del Pacte Internacional de Drets Civil i Polítics i art. 6.3 c) CEDH⁵⁰⁸.

les deduccions de l'inspector per part del demandant). *Ibíd.*, pp. 101-118, en especial, pp. 120-121.

⁵⁰⁸ Convé destacar que la jurisprudència del TEDH ha establert un concepte autònom de matèria penal, desvinculat de la qualificació realitzada en el dret intern dels Estats (veure *infra* apartat 1.2

En conseqüència, la garantia de l'assistència lletrada, com a garantia constitucional connectada al dret de defensa, no desplega la seva eficàcia sobre els procediments administratius sancionadors; no obstant, aquesta regla general té dues excepcions en la jurisprudència constitucional. En efecte, el TC ha reconegut que la defensa tècnica és un dret fonamental de l'inculpat directament garantit per la CE en dos àmbits específics del Dret Administratiu sancionador: en els procediments disciplinaris que es tramiten contra interns en centres penitenciaris (entre d'altres, STC 10/2009, de 12 de gener, Sala Segona, Rec. 11079/2006) i en els procediments disciplinaris militars (entre d'altres, STC 74/2004, de 22 d'abril, Sala Segona, Rec. 7159/2002); encara que, en ambdós casos, aquest dret es troba fortament matisat⁵⁰⁹.

Ara bé, que en el procediment administratiu sancionador no s'estengui el dret fonamental a l'assistència lletrada no suposa que aquest assessorament tècnic no pugui utilitzar-se en el curs del dit procediment. Ben al contrari -tal com destaca SANTAMARIA PASTOR-, l'absència d'aquest reconeixement constitucional no significa que l'Administració pugui negar-se a què l'inculpat comparegui en les actuacions acompanyat de lletrat ni a què aquest intervingui assessorant el seu client⁵¹⁰. En aquest sentit, la jurisprudència reconeix que la intervenció d'advocat en el procediment administratiu sancionador és possible, però, des de la perspectiva constitucional, *no és imprescindible ni tampoc gratuïta*⁵¹¹ (STC 83/1997, de 22 d'abril, Sala Primera, Rec. 4042/1994, FJ 3).

del present Capítol). Així, si una matèria mereix ser qualificada «de penal» en base als criteris del TEDH, s'han d'aplicar les garanties de l'art. 6 del CEDH, el qual, com s'ha dit, inclou el dret a l'assistència jurídica.

⁵⁰⁹ Per una anàlisi amb detall sobre el contingut d'aquestes excepcions en la jurisprudència del TC, vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 613 a 621; i DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., pp. 210 a 217.

⁵¹⁰ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 423.

⁵¹¹ En relació amb el dret a la justícia gratuïta, l'art. 119 CE preveu que «la justícia serà gratuïta quan la llei ho disposi i, en qualsevol cas, per a aquells que acreditin insuficiència de recursos per litigar». Malgrat que aquest article no es refereix directament a la assistència jurídica, tal com ha descrit LORENZO JIMÉNEZ, tenint en compte que la regla general en seu judicial és la necessària intervenció d'advocat -i, si cal, de procurador- és indubtable que un dels elements fonamentals per a la justícia gratuïta és l'assistència jurídica gratuïta, ja que, en cas contrari, la falta de mitjans impediria la intervenció en el procés judicial. D'aquesta manera, el dret a l'assistència jurídica presenta una relació instrumental amb el dret a la tutela judicial efectiva (STC 95/2003, de 22 de maig, Ple, Rec. 1555/1996, FJ 3), ja que la seva finalitat és que cap persona quedi processalment indefensa per manca de recursos per litigar (STC 16/94, de 20 de gener, Ple, Rec. 41/1990, FJ 3). I, ahora, és instrument i concreció del dret a l'assistència lletrada previst a l'art. 24.2 CE (STC 9/2008, de 21 de gener, Sala Primera, Rec. 4375/2005, FJ 2).

No obstant, com s'ha explicat en el text, pel Tribunal Constitucional la CE no contempla un dret a l'assistència jurídica gratuïta fora de l'àmbit jurisdiccional.

De la seva banda, la legislació sobre procediment administratiu sancionador no contempla específicament el dret a l'assistència jurídica⁵¹²; no obstant, sí que conté una sèrie de preceptes que permeten la intervenció, amb caràcter general, de tercers que actuïn com a assessors, entre els quals indubtablement cal incloure els tècnics o assessors en Dret. En concret, l'art. 53.1 g) LPAC preveu expressament el dret d'actuar assistits d'assessor. L'amplitud de l'expressió assessor -unida al principi antiformalista del procediment administratiu- permet que pugui actuar com a assessor qualsevol persona, amb titulació o sense i, també, permet incloure-hi qualsevol professió (lògicament, també, la d'advocat). Així cal sumar que la LPAC preveu un règim de representació molt ampli, que només requereix de capacitat d'obrar per actuar davant de les administracions públiques en representació d'altres persones (art. 5.2 LPAC). Per últim, l'art. 78 LPAC, al regular la pràctica de la prova, preveu que les notificacions als interessats per a la realització de les proves admeses es notificarà «con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan». Aquestes previsions -que estan establertes per al procediment administratiu general- són les úniques previsions aplicables al Dret administratiu sancionador, ja que en la regulació específica del procediment administratiu sancionador no es preveu cap especialitat en relació amb el dret a l'assistència jurídica⁵¹³.

LORENZO JIMÉNEZ, J. V., «La asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 82, 2012, pp. 122 i 129.

⁵¹² Només excepcionalment el legislador ha anat més enllà que el Tribunal Constitucional i ha establert, en algunes normes, el dret a l'assistència lletrada en el si del procediment administratiu -no necessàriament sancionador- i, en determinats supòsits, el dret a què aquesta assistència sigui gratuïta (lògicament, en aquests casos, no estem davant d'un dret fonamental). Per exemple, en l'àmbit d'estrangeria, l'art. 22.2 de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, reconeix el dret a assistència lletrada, als estrangers que es troben a l'Estat espanyol, en els procediments administratius que puguin portar a la seva denegació d'entrada, devolució o expulsió del territori i en tots els procediments en matèria de protecció internacional (així com l'assistència d'interpret si no comprenen o parlen la llengua oficial que s'utilitzi). A més, l'esmentat article reconeix el dret a l'assistència jurídica gratuïta si no es disposa de recursos econòmics suficients, segons els criteris establerts a la normativa reguladora del dret d'assistència jurídica gratuïta.

Pot veure's un estudi de les diverses normes que reconeixen el dret a l'assistència jurídica gratuïta en seu administrativa a LORENZO JIMÉNEZ, J. V., «La asistencia jurídica gratuita... op. cit., pp. 119-160.

⁵¹³ SANTAMARIA PASTOR ha criticat l'omissió de la figura de l'assessor en els preceptes dedicats al procediment sancionador (crítica que es feia extensiva a la manca de previsió expressa en el derogat REPEPOS). SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 423.

En canvi, per a LORENZO JIMÉNEZ, és innecessària la inclusió expressa de tal figura en la regulació específica del procediment sancionador atesa la referència genèrica prevista en el procediment general. Segons aquest autor, «es de alabar que el precepto contemple expresamente y con carácter general la cuestión, ya que ello hace innecesarias las previsiones específicas para determinadas clases de procedimientos, con el consiguiente peligro de creación de regímenes

D'aquesta regulació es desprèn que, en el procediment administratiu general i en el procediment administratiu sancionador, el dret a l'assistència jurídica ha estat configurat pel legislador com un dret subjectiu d'abstenció -l'Administració té l'obligació d'abstenció, de no fer-, però no com un dret subjectiu prestacional que configuri deures positius a l'Administració -com la designació d'un advocat o el caràcter gratuït de l'assistència- ni tampoc com una càrrega, en el sentit que es requereixi la designació d'advocat -no s'exigeix cap requisit de postulació⁵¹⁴.

En qualsevol cas, l'eventual lesió del dret d'assessorament i d'assistència jurídica constitueix un vici que, atesa la manca de regulació específica, es regeix per les regles generals d'invalidesa. Tal com raona LORENZO JIMÉNEZ, aquesta lesió sembla difícil d'encaixar en cap dels supòsits de nul·litat i només constituirà un vici d'anul·labilitat en cas de produir-se indefensió material, en la resta de supòsits esdevindrà una irregularitat no invalidant⁵¹⁵⁻⁵¹⁶.

Arribats a aquest punt, volem posar l'atenció en la no extensió del dret d'assistència lletrada al procediment administratiu sancionador des de tres perspectives amb especial incidència en la nostra investigació: (i) la complexitat de determinats procediments sancionadors i la gravetat de les sancions; (ii) la causa de justificació d'exercici legítim d'un dret fonamental, i (iii) els supòsits de "detenció" per infracció de la legislació administrativa.

(i) La complexitat de determinats procediments sancionadors i la gravetat de les sancions

La limitació de l'assistència lletrada en Dret administratiu sancionador ha estat fortament denunciada per la complexitat de molts dels procediments sancionadors en

jurídicos cuyas diferencias en muchas ocasiones carecen de justificación». LORENZO JIMÉNEZ, J. V., «La asistencia jurídica gratuita... op. cit., p. 127.

⁵¹⁴ En el mateix sentit, *Ibíd.*, p. 128.

⁵¹⁵ *Ibíd.*, p. 129.

⁵¹⁶ Sembla que TRAYTER JIMÉNEZ es pronuncia en un sentit diferent de l'expressat en el text, ja que, en la seva opinió, «únicamente cuando se impida al expedientado la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente en el sentido expuesto, se le causa indefensión i se vulneran los postulados del artículo 24». No obstant, com el propi autor indica, la sentència en què basa aquesta afirmació (STC 74/1985, de 18 de juny, Sala Segona, Rec. 669/1984) es refereix a un procediment disciplinari de caràcter penitenciari. De manera que les seves conclusions les hem d'entendre incorporades a les excepcions a la regla general en aquest àmbit, tal com s'ha exposat en el text. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «El procedimiento administrativo... op. cit., p. 85.

diversos àmbits sectorials -per exemple, en l'àmbit tributari⁵¹⁷, on l'elevat grau de tecnificació de la matèria i l'especialització dels òrgans i dels funcionaris que intervenen en el procediment sancionador no només aconsellen sinó que, en la majoria dels casos, fan materialment imprescindible que l'inculpat comparegui assessorat per experts⁵¹⁸.

A més, en molts d'aquests sectors el salt d'un àmbit punitiu a l'altre -que porta aparellat el reconeixement o no del dret fonamental a l'assistència lletrada- ve marcat per una qüestió merament quantitativa -l'import de la infracció-, mentre que la dificultat tècnica és la mateixa i la sanció administrativa pot arribar a ser econòmicament superior a la penal. En aquest sentit es pronuncia SANTAMARIA PASTOR, per qui l'excepció del dret d'assistència lletrada en el procediment administratiu sancionador és «una salvedad inexplicable, habida cuenta de la mayor importancia que determinadas sanciones administrativas pueden poseer frente a múltiples delitos, cuya pena (cuando consista en multa, no en privación de libertad) es sensiblemente menor»⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Vid. SALAT PAISAL, M., «El derecho penal como prima ratio la inadecuación del derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del derecho penal», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, 2019, p. 37 nota al peu 123.

⁵¹⁸ El TS ha admès aquesta dificultat i la necessitat d'acudir acompanyat d'advocat en procediments relatius a liquidacions tributàries. En concret, en el si de procediments de responsabilitat patrimonial en què se sol·licita la indemnització de les despeses d'assistència jurídica retribuïdes per obtenir la revocació de liquidacions tributàries en via economico-administrativa. Per exemple, STS de 15 juny de 2010 (Sala 3^a del Contenciós-administratiu, Secció 4^a), Rec. 4634/2008: «la complejidad de los procedimientos tributarios, la dificultad intrínseca de las disposiciones que regulan las distintas figuras impositivas y la especialización de los órganos y de los funcionarios que intervienen en las fases administrativas de gestión y de revisión no sólo aconsejan, sino que, en la mayoría de los casos, hacen materialmente imprescindible que los contribuyentes comparezcan asesorados por expertos singularmente preparados para la tarea. En otras palabras, los ciudadanos que deciden voluntariamente asistirse de un técnico cuando se enfrentan a los vericuetos de una inspección fiscal y a la liquidación en la que desemboca no siempre quedan constreñidos a soportar los gastos que comporta ese asesoramiento, a veces insoslayable para obtener la anulación pretendida» (FJ 5). Al seu torn, el Consell d'Estat en procediments de responsabilitat patrimonial que versaven sobre el mateix assumpte ha afirmat que «las actividades desarrolladas por los asesores jurídicos y la cuantificación de sus honorarios, pueden ser incluidos en la categoría clásica conceptual de los "gastos necesarios", contrapuesta a la figura de los "gastos útiles"» (Dictamen del Consell d'Estat de 20 de maig de 2004, exp. núm. 957/2004). En ambdós casos es denega la petició. Per bé que aquestes resolucions no es refereixen a procediments administratius sancionadors creiem que les seves consideracions s'hi poden fer extensibles.

⁵¹⁹ SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II...* op. cit., p. 423.

(ii) *La causa de justificació d'exercici legítim d'un dret fonamental*

No totes les conductes típiques i que lesionen un bé jurídic protegit són antijurídiques, sinó que és necessari, a més, que no concorri cap causa de justificació⁵²⁰. Seguint a CANO CAMPOS, les causes de justificació es poden definir com les circumstàncies que exclouen l'antijuridicitat d'un fet típic i, per tant, la presència d'una infracció administrativa. Així doncs, una acció emparada per alguna d'aquestes causes és conforme a Dret i no podrà ser sancionada⁵²¹.

En Dret administratiu sancionador les causes de justificació no es troben expressament regulades i, en conseqüència, la jurisprudència ha admès l'aplicació de les previstes a l'art 20 CP per a l'extinció de la responsabilitat (art. 20.4^a, 20.5^a i 20.7^a), tot i que -com destaca BUENO ARMIJO- el trasllat s'ha realitzat cas per cas i amb matisos. D'entre les causes de justificació admeses en Dret administratiu sancionador, es troba l'exercici legítim d'un dret i, molt especialment, l'exercici legítim d'un dret fonamental⁵²². Sobre aquesta qüestió -i les controvèrsies que l'envolten- tornarem més endavant (vig. *infra* Capítol 4). Si bé, en aquest moment, cal fer esment a què la jurisprudència ordinària ha declarat que en els procediments punitius -siguin penals o administratius- els fets eximentes, els atenuants i els extintius han de ser provats per l'imputat que els al·legui (STS de 4 març 2004, Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2^a, FJ 5)⁵²³.

Així, la no assistència lletrada en el si del procediment administratiu sancionador esdevé especialment rellevant, ja que la concurrència de l'exercici legítim d'un dret fonamental com a causa de justificació ha de ser al·legada i provada pel denunciat. En aquest punt és especialment problemàtic que les causes de justificació no es trobin recollides en cap norma administrativa ni es faci cap remissió expressa al Codi Penal, sinó que, atesa la unitat del *ius puniendi*, s'entengui que són d'aplicació al procediment

⁵²⁰ Com destaca BUENO ARMIJO això es deu a què l'ordenament jurídic prohibeix determinades conductes i en permet d'altres -o fins i tot les imposa-, de manera que les conductes permeses o exigides no poden ser considerades contràries al Dret encara que lesionin un bé jurídic protegit. BUENO ARMIJO, A., *La antijuridicidad como elemento de la infracción administrativa*. A: REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO. A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 226.

⁵²¹ CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 88.

⁵²² Vid. BUENO ARMIJO, A. M., *La antijuridicidad como elemento...* op. cit., pp. 233; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., p. 313.

⁵²³ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 666, vid. especialment la jurisprudència que cita. En el mateix sentit, NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 504.

administratiu sancionador. Aquesta remissió no explícita dificulta una defensa eficaç sense assistència lletrada especialitzada en les infraccions properes a l'exercici d'un dret fonamental; en concret, en els supòsits en què la conducta perseguida formi part de l'exercici legítim del mateix. En aquest casos, el ciutadà veurà reflectida la seva conducta en la literalitat de la norma sancionadora i del propi ordenament administratiu sancionador no podrà deduir que «aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción» (STC 110/2006, 13 d'abril, Sala Segona, Rec. 6350/2004, FJ 4). És a dir, no podrà deduir que concorre la causa de justificació d'exercici legítim d'un dret fonamental.

(iii) Els supòsits de “detenció” per infracció de la legislació administrativa

La privació o restricció de la llibertat (art. 17 CE) pot tenir diverses causes o finalitats lícites, moltes de les quals es produeixen en exercici de potestats administratives. Per exemple, en matèria de tràfic la realització de proves d'alcoholèmia o en matèria de seguretat ciutadana la identificació d'una persona o els registres de vehicles o escorcolls superficials. En els supòsits en què aquesta privació de llibertat sigui considerada una detenció, l'art. 17.3 CE preveu una sèrie de garanties, entre les quals es troba el dret a l'assistència d'advocat en les diligències policials i judicials. De manera que cal saber quines situacions s'inclouen en la figura de la detenció per conèixer quan concorre el dret a aquesta assistència lletrada.

El Tribunal Constitucional puntualment ha acollit un concepte molt ampli de detenció, entenent que s'hi inclou qualsevol situació en què la persona es vegi obstaculitzada per autodeterminar, per obra de la seva llibertat, la realització d'una conducta lícita, de manera que la detenció no és una decisió que s'adopti en el curs d'un procediment, sinó una pura situació fàctica, *sense que puguin trobar-se zones intermèdies entre detenció i llibertat* (STC 98/1986, de 10 de juliol, Sala primera, Rec. 344/1986, FJ 4). No obstant, aquesta línia jurisprudencial ha estat clarament minoritària i no ha prosperat. Ben al contrari, en la jurisprudència constitucional i també en l'ordinària s'ha imposat un concepte restrictiu de detenció, limitada a la privació de llibertat com a mesura cautelar dirigida a finalitats pròpies del procés penal, que es contraposa a la mesura governativa a la qual no són aplicables les garanties previstes en l'art. 17.3 CE. En paraules del TC, «hemos de partir de la consideración de que los derechos declarados en el art. 17.3 de la norma fundamental corresponden al «detenido», esto es, a quien ha sido

privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal» (STC 107/1985, de 7 d'octubre, Sala Segona, Rec. 20/1985, FJ 3).

Sobre la base d'aquesta jurisprudència, el TC considera que no es troba detingut aquell que es requereix per realitzar un control d'alcoholèmia⁵²⁴ ni el ciutadà immobilitzat durant el temps imprescindible per a la pràctica de diligència d'identificació i escorcoll⁵²⁵. I, per tant, «no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la Norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de la policía» (STC 107/1985, de 7 d'octubre, Sala Segona, Rec. 20/1985, FJ 3). Aquesta doctrina constitucional ha estat positivitzada en l'art. 19.1 LOPSC⁵²⁶.

La qüestió va esdevenir fortament controvertida per la introducció, a l'art. 20.2 LOPSC 1992, de la figura de la detenció realitzada amb la finalitat d'investigar la identitat del ciutadà⁵²⁷, també coneguda com a retenció administrativa o policial (actualment prevista a l'art. 16.2 LOPSC). Aquesta figura habilita a què, en els casos en què no sigui possible la identificació o en què la persona es negui a identificar-se, els agents poden requerir que la persona els acompanyi a les dependències policials més pròximes als únics efectes de la seva identificació. Aquest requeriment d'identificació es pot realitzar quan

⁵²⁴ Entre d'altres: STC 107/1985, de 7 d'octubre, Sala Segona, Rec. 20/1985; STC 22/1988, de 18 de febrer, Sala Segona, Rec. 205/1986; STC 252/1994, de 19 de setembre, Sala Primera, Rec. 249/1993.

⁵²⁵ El TC ha emès diverses providències inadmeten recursos d'empara en casos de pràctiques policials d'escorcoll i d'identificació. Per exemple, la providència de la Sala Segona del TC, de 26 de novembre de 1990. Vid. CASTILLO BLANCO, F., «La Ley de Seguridad Ciudadana: reflexiones sobre algunos puntos controvertidos», *Revista de Administración Pública*, núm. 130, 1993, p. 452.

⁵²⁶ Aquest article estableix que «las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención».

⁵²⁷ Seguint a PORTILLA CONTRERAS, els arts. 19 i 20 de la LOPSC 1992 preveien les següents formes de privació de llibertat: a) la detenció de perturbadors de l'ordre; b) la detenció amb finalitat d'identificació i confiscació de proves mitjançant l'existència de controls policials; c) la detenció efectuada en batudes; d) la detenció de sospitosos amb la finalitat d'efectuar registres, i e) la detenció realitzada amb la finalitat d'investigar la identitat del ciutadà. Aquest autor determina que algunes d'aquestes figures estan inspirades en el Dret processal-penal alemany -la detenció de perturbadors i sospitosos i la retenció administrativa- i d'altres, en el Dret processal-penal italià -l'acompanyament coactiu- i, segons l'autor, responen a la idea consistent en la creació d'una legislació que transforma l'excepcional en normal i la seguretat jurídica en seguretat ciutadana. PORTILLA CONTRERAS, G., "Desprotección" de la libertad y seguridad personal sobre protección de la seguridad ciudadana. A FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PORTILLA CONTRERAS, G. i BARCELONA LLOP, J., *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Madrid, Trotta, 1993, p. 88.

hi hagi indicis que s'ha pogut participar en la comissió d'una infracció o per prevenir la comissió d'un delict (art. 16.1 LOPSC). De manera que, la detenció als efectes d'identificació, és una privació de llibertat basada en la sospita que s'ha comés una infracció administrativa o que potencialment es pot arribar a cometre una infracció delictiva⁵²⁸.

Així, l'art. 16 LOPSC, faculta la privació de llibertat per infraccions de caràcter administratiu a efectes d'identificació del presumpte autor: fumar en espais públics en què hi ha prohibició de fer-ho, no posseir la documentació personal legalmente exigida, desobeir mandats de l'autoritat, consumir drogues en espais públics, negativa a identificar-se, manifestacions o concentracions no comunicades, etc. Aquesta detenció està sotmesa al límit temporal necessari que exigeixi el desenvolupament de les diligències preliminars policials de comprovació d'identitat, amb un màxim de sis hores (límit temporal introduït per l'actual LOPSC) i, durant aquest termini, el detingut es troba mancat de les garanties previstes als articles 17 CE i 520 LECrim.

Diversos autors s'han mostrar molt crítics amb aquestes limitacions de garanties⁵²⁹; tanmateix, el Tribunal Constitucional, seguint la concepció restrictiva de detenció, va confirmar la constitucionalitat de l'art. 20.2 LOPSC 1992 (STC 341/1993, de 18 novembre, Ple, Rec. 1045/1992). En opinió del TC, malgrat que la mesura d'identificació en dependències policials prevista en l'art. 20.2 LOPSC 1992 és una modalitat de privació

⁵²⁸ En opinió de PORTILLA CONTRERAS es tracta d'una privació de llibertat basada «en una intuïció elaborada en ausencia de indicios de que un ciudadano ha podido cometer una infracción delictiva o, se añade en el actual artículo 16, potencialmente puede llegar a cometer una infracción delictiva». PORTILLA CONTRERAS, G., *Rebelión ciudadana y sistema punitivo. Sobre la conversión del ejercicio de derechos en delitos e ilícitos administrativos*. A ALONSO RIMO, A. (dir.) i COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2019, p. 324 i 325.

REBOLLO PUIG també destaca el caràcter de privació de llibertat d'aquesta mesura. REBOLLO PUIG, M., *Las potestades conferidas en la LOPSC para preservar la seguridad ciudadana*. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directors), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 122.

⁵²⁹ D'entre els autors més crítics destaca PORTILLA CONTRERAS qui, sobre la detenció prevista a l'art. 20.2 LOPSC 1992, afirma que «esta figura, inexistente hasta ahora en nuestro ordenamiento, es jurídicamente inviable, ya que la privación de libertad cautelar solo puede reducirse a las vías de la detención o prisión preventiva con el régimen de garantías previstas en el artículo 17 de la CE, sin que quepa alguna limitación de libertad diferente de aquellas. (...) lo que se pretende es crear un espacio temporal de absoluta discrecionalidad policial en el que se puedan efectuar, sin ningún tipo de interferencia judicial y sin garantías constitucionales, las diligencias preliminares». PORTILLA CONTRERAS, G., "Desprotección" de la libertad... op. cit., p. 104.

En aquesta mateixa línia, CASTILLO BLANCO destaca que «con esta regulación, se llegaría por el «retenido» a una situación jurídica con menores garantías que en el estado de excepción (que no suspende los derechos del art. 17.3 CE) o de sitio (que sólo suspende la asistencia letrada)». CASTILLO BLANCO, F., «La Ley de Seguridad Ciudadana... op. cit., p. 446.

de llibertat inclosa en l'art 17.1 CE⁵³⁰, no li són d'aplicació les garanties de l'art. 17.3 CE relatives l'advertiment sobre el dret a no declarar ni l'assegurament de l'assistència d'advocat en les diligències policials, ja que aquestes garanties «hallan su preferente razón de ser en el supuesto de la detención preventiva, por lo que no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos». L'única garantia de l'art. 17.3 CE que el TC considera aplicable a la persona requerida a acompanyar els agents de l'autoritat a comissaria és «ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento» (FJ 6) (obligació que ha estat recollida a l'art. 16.2 *in fine* LOPSC).

En definitiva, tal com afirma PORTILLA CONTRERAS, amb la tesi defensada per TC s'arriba a l'absurd que la restricció de llibertat amb finalitat d'identificació, tot i ser una privació de llibertat, no és una detenció preventiva i el ciutadà, en aquestes circumstàncies, no gaudeix de totes les garanties de l'art. 17 CE. Per això, la privació de llibertat d'infractors administratius no compta amb cap més garantia que la informació de les raons de la restricció de llibertat, mentre que la detenció per delictes reuneix totes les garanties de l'art. 17 CE i de l'art. 520 LECrim⁵³¹.

La conclusió de tot això és clara: si les restriccions administratives de llibertat no es poden incloure en la figura de la detenció prevista en l'art. 17 CE, no es pot invocar un dret fonamental a l'assistència d'advocat. Des d'aquesta perspectiva, la pregunta es reconduïx a si, en aquests casos, es pot acudir a la figura de l'assessorament prevista amb caràcter general a la LPAC (atès que en les restriccions administratives de la llibertat no hi ha una regulació específica dels drets dels interessats, excepte en alguns àmbits sectorials concrets⁵³²). En opinió de LORENZO JIMÉNEZ és possible reclamar el dret a l'assistència jurídica sempre que això no suposi anar contra la pròpia naturalesa de les coses. Per exemple, segons aquest autor, en un control d'alcoholèmia o en un escorcoll,

⁵³⁰ En concret el TC diu «la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de «los casos» a que se refiere el art. 17.1 C.E., cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de Ley Orgánica de este art. 20.2 (Disposición final tercera de la LOSPC)» (FJ 4).

⁵³¹ PORTILLA CONTRERAS, G., *Rebelión ciudadana y sistema punitivo...* op. cit., p. 328.

⁵³² En determinats supòsits de privació de llibertat no momentània per part de l'Administració hi ha una major regulació, per exemple, en els internaments d'estrangers a l'espera d'expulsió previstos en l'art. 62 bis de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

si l'interessat va acompanyat d'advocat, o pot disposar-ne sense demora, l'Administració actuant no pot negar-se que aquest presti assistència; per contra, aquestes diligències no s'aturaran a l'espera d'aconseguir l'assessorament⁵³³.

A més, en ocasions la detenció pot produir-se per fets que en un primer moment pot ser difícil discernir si poden ser constitutius d'infracció penal o administrativa. Per exemple, en una prova d'alcoholèmia o en el cas de consum o tràfic d'estupefaents en principi es desconeix si derivarà en una responsabilitat penal o administrativa. Com destaca LORENZO JIMÉNEZ, la qüestió no és irrellevant, perquè, si el que s'imputa és un fet punible, el dret a la defensa sorgeix des del primer moment (art. 118 LECrim)⁵³⁴. Amb tot, cal remarcar que la jurisprudència ha establert límits clars a les restriccions administratives de la llibertat. En concret, s'ha detallat que la detenció per a la identificació prevista en la LOPSC només pot utilitzar-se amb aquests efectes (STC 341/1993, FJ 6); de manera que, si es realitzen altres diligències, podrà ser invocada l'assistència lletrada⁵³⁵.

e) La presumpció d'innocència i el valor de les informacions aportades per les autoritats

La presumpció d'innocència ha estat definida pel TC com el dret a no patir una sanció que no tingui fonament en una activitat probatòria sobre la qual l'òrgan competent pugui basar un judici raonable de culpabilitat (STC 212/1990, de 20 de desembre, Sala Primera, Rec. 654/1988, FJ 5). Això comporta l'exigència d'una prova de càrrec suficient i fa recaure sobre l'Administració pública actuant la càrrega probatòria tant de la comissió de l'il·lícit com de la participació de l'acusat, sense que a aquest se li pugui exigir una *probatio diabólica* dels fets negatius (STC 272/2006, de 25 de setembre, Sala Primera, Rec. 3791/2003, FJ 3). En suma, el dret a la presumpció d'innocència imposa: «a) que la

⁵³³ LORENZO JIMÉNEZ, J. V., «La asistencia jurídica gratuita... op. cit., p. 158.

⁵³⁴ Com ha posat de relleu LORENZO JIMÉNEZ, cal advertir la precisió de la jurisprudència constitucional, segons la qual només després del resultat positiu de la prova d'alcoholèmia, de la qual sorgeixen indicis de responsabilitat penal, cal parlar tècnicament de detenció, amb els efectes previstos en l'art. 17.3 CE (STC 107/1985, de 7 d'octubre, Sala Segona, Rec. 20/1985). *Ibíd.*, p. 158.

⁵³⁵ En aquest sentit, per exemple, la STSJ d'Andalusia, Granada, 1053/2002 de 2 setembre (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2ª), anul·la una sanció imposada per tinença d'estupefaents (tipificada a l'art. 25.1 LOPSC 1992), ja que el sancionat va ser detingut per identificar-lo i en les dependències policials se li va prendre declaració sense l'assistència d'advocat. La sentència nega tota validesa i eficàcia a l'acta de manifestació «ya que se trata de una prueba ilícitamente obtenida» per vulneració de l'art. 17.3 CE, ja que «para la diligencia de declaración de retenido para identificación no otorga suficiente cobertura legal el artículo 20 de la Ley 1/1992».

sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; b) que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y c) que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio» (STC 76/1990, de 26 d'abril, Ple, Rec. 695/1985, FJ 8). Així, en conseqüència, «el art. 24.2 CE rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción» (STC 76/1990, FJ 8).

Sobre la base d'aquesta interpretació constitucional de l'abast del principi de presumpció d'innocència, és necessari centrar l'atenció en el valor de determinades proves en Dret administratiu sancionador. Concretament, el valor dels documents formalitzats pels funcionaris als quals es reconeix la condició d'autoritat (per exemple, actes d'inspecció, atestats policials o denúncies), perquè aquests documents són, per regla general, la principal prova de càrrec amb la que compta l'Administració en molts procediments per destruir la presumpció d'innocència de l'acusat i fonamentar la imposició de la sanció.

Aquests documents públics de caràcter administratiu gaudeixen del que es coneix com a «presumpció de veracitat o certesa». Amb aquesta expressió ens referim -seguint a AGUADO I CUDOLÀ- al valor o la força probatòria que tenen les declaracions de funcionaris amb condició d'autoritat recollides en documents administratius per provar els fets i la culpabilitat dels subjectes responsables d'infraccions administratives⁵³⁶. Aquesta presumpció de veracitat es troba reconeguda de forma general a l'art. 77.5 LPAC i, de forma anàloga, en un gran nombre de normes sectorials⁵³⁷, entre les quals es troba la LOPSC -art. 52- (previsió que ja contenia la seva predecessora -art. 37 LOPSC

⁵³⁶ AGUADO I CUDOLÀ, V., *La Presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Civitas, 1994, p. 24, 71 i 142-149; AGUADO I CUDOLÀ, V., Presunción de certeza de denuncias y actas de inspección. A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, p. 666; AGUADO I CUDOLÀ, V., «La prueba en el procedimiento administrativo sancionador», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), p.100.

⁵³⁷ Per exemple, l'art. 88 del Reial Decret Legislatiu 6/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre Trànsit, Circulació de Vehicles a Motor i Seguretat Vial; l'art. 53.2 del Reial Decret Legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social; l'art. 144 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària, o l'art. 17.5 del derogat REPEPOS.

Per a més exemples, vid. AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 279-280.

1992⁵³⁸). La qual cosa contrasta amb la previsió de l'art. 297 LECrim que atribueix als atestats policials el valor de meres denúncies en l'àmbit penal.

L'atribució per part del legislador de valor probatori a les declaracions dels funcionaris públics recollides documentalment ha estat objecte de dures crítiques per part de diversos autors que consideren conculcat el dret a la presumpció d'innocència. En particular, s'ha afirmat que aquesta presumpció de veracitat es tracta d'una presumpció *iuris tantum* que inverteix la carrega de la prova de l'Administració cap els acusats que han de demostrar la falsedat de les declaracions recollides en aquests documents aportant una prova de descàrrec⁵³⁹. A més, algun autor posa en dubte el fet que es pugui reconèixer valor probatori a aquestes documents perquè estan realitzats sense les garanties d'una prova en el procediment administratiu sancionador (argument que es reforça per la manca de valor probatori atorgat a aquests documents en l'àmbit penal)⁵⁴⁰.

⁵³⁸ El TC va confirmar la constitucionalitat del precepte en la STC 341/1993, de 18 de novembre, Ple, Rec. 1045/1992, com tot seguit es detalla en el text.

En un sentit diferent al d'aquesta STC, en el moment d'aprovar-se la LOPSC 1992 diversos autors es van mostrar crítics amb la previsió continguda a l'art. 37. Destaca especialment BARCELONA LLOP, per qui aquest article intentava invertir la càrrega de la prova i atorgar una preponderància a les informacions dels agents de l'autoritat de forma poc ajustada a les exigències de la presumpció constitucional d'innocència. Per a l'autor, les informacions aportades pels agents de l'autoritat constituiran la base suficient no per «adoptar la resolució que procedeixi» -en paraules de la LOPSC- sinó per incoar l'expedient sancionador amb la consegüent necessitat que aquestes siguin ratificades en el moment oportú acompanyades de la corresponent activitat probatòria de càrrec. BARCELONA LLOP conclou afirmant que els atestats policials no tenen un altre valor que el de mera denúncia i les declaracions dels agents que han presenciats directament els fets no són més que testificals en consonància amb el que estableix l'art. 297 de la LECrim, ja que l'art. 37 LOPSC 1992 entès d'una altra manera és inconstitucional. BARCELONA LLOP, J., Las infracciones y sanciones administrativas en la ley orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana: algunos aspectos problemáticos. A: FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PORTILLA CONTRERAS, G. i BARCELONA LLOP, J., *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Madrid, Trotta, 1993, p. 164.

Finalment, aquestes consideracions de BARCELONA LLOP no van ser compartides pel TC.

⁵³⁹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PORTILLA CONTRERAS, G. i BARCELONA LLOP, J., *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Madrid, Trotta, 1993, p. 164; SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 38.

En sentit contrari, hi ha estudis en què es defensa que es tracta d'un mitjà més de prova, sense que ni tan sols es pugui parlar de tal presumpció *iuris tantum*. D'entre aquests destaquen: AGUADO I CUDOLÀ, V., «La prueba en el procedimiento... op. cit., p.100; CANO CAMPOS, T., La presunción de veracidad de las actas de inspección. A: Díez Sánchez, J. J. (coordinador), *Función inspectora: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, pp. 224 a 226; GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 803. Aquesta posició també es troba freqüentment en la jurisprudència. Vid. STSJ de Madrid 233/2016, de 18 març (Sala del Contenciós-administratiu), Rec. 525/2015 (FJ 18).

⁵⁴⁰ Aquesta manca de garanties és destacada per ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Derecho administrativo sancionador: garantías...* op. cit., p. 240.

No obstant, el TC en la STC 76/1990, de 26 d'abril, Ple, Rec. 695/1985, marca un punt d'inflexió declarant la constitucionalitat dels preceptes que atorgaven valor probatori a les actes d'inspecció de tributs. Aquesta jurisprudència -que s'ha mantingut invariable⁵⁴¹- sosté que el valor reconegut a aquests documents no provoca una inversió de la carrega de la prova, precisament perquè la presumpció d'innocència ja ha quedat destruïda amb l'aportació d'elements probatoris (justament les actes d'inspecció) per l'Administració pública. En opinió del TC, estem davant d'un mitjà més de prova, sotmès al principi de lliure valoració⁵⁴². Així, per exemple, la STC 341/1993, de 18 de novembre, Ple, Rec. 1045/1992, que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat contra diversos articles de la LOPSC 1992, va confirmar la constitucionalitat de l'art. 37 -que estableix la presumpció de veracitat de les informacions dels agents de l'autoritat- i conclou que:

«este reconocimiento de relevancia probatoria a lo aseverado, en debida forma, por los agentes solo sería inconstitucional, sin embargo, en el caso de que la Ley otorgara a tales «informaciones» una fuerza de convicción privilegiada que llegara a prevalecer, sin más, frente a lo alegado por el expedientado o frente a cualesquiera otros medios de prueba o que se impusiera -incluso al margen de toda contraria alegación o probanza- sobre la apreciación racional que acerca de los hechos y de la culpabilidad del expedientado se hubiera formado la autoridad llamada a resolver el expediente. Si estableciera la Ley, en efecto, una tal presunción *iuris et de iure* en orden a la certeza de lo informado por los agentes el precepto sería inconstitucional, por contrario a la presunción de inocencia» (FJ 11).

D'altra banda, el TC també ha confirmat la constitucionalitat de les diferències de valor d'aquests documents en seu administrativa i en seu jurisdiccional. En concret, la citada STC 341/1993 afirma expressament que l'art. 37 LOPSC 1992 només regeix per als procediments administratius sancionadors, sense afectar de manera directa els processos contenciosos administratius de revisió de les sancions ni tampoc tenir cap rellevància en l'àmbit penal, on el propi TC recorda que els atestats de la policia tan sols tenen el valor de denúncia (FJ 11). Malgrat aquest reconeixement de constitucionalitat pel TC, l'opinió dels autors que han analitzat el valor probatori dels esmentats documents dista molt de ser unànime. Encara més, aquesta jurisprudència constitucional ha estat qualificada de discutible, fosca i confusa⁵⁴³.

⁵⁴¹ Entre d'altres, STC 341/1993, de 18 de noviembre, Ple, Rec. 1045/1992, i STC 35/2006, de 13 de febrer, Sala Primera, Rec. 4696/2002.

⁵⁴² Sobre aquesta jurisprudència vid. AGUADO I CUDOLÀ, V., «La prueba en el procedimiento... op. cit., p. 95.

⁵⁴³ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., Derecho administrativo sancionador: garantías... op. cit., p. 240.

Deixant de banda aquestes diferents valoracions, com ha destacat RODRÍGUEZ PONTÓN, l'atribució de valor probatori als documents formalitzats per les autoritats es troba estretament vinculada al principi d'objectivitat en l'actuació sancionadora de l'Administració (art. 103.1 CE en connexió amb l'art. 103.3 CE referit a la imparcialitat de l'activitat dels funcionaris públics)⁵⁴⁴. Des d'aquesta perspectiva, s'ha acotat el reconeixement genèric de presumpció de veracitat -realitzat per la LPAC, la LOPSC i altres normes sectorials- assenyalant que aquesta presumpció es limita «a solo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta⁵⁴⁵». Com descriu aquest autor, es tracta de destacar que el valor probatori d'aquests documents va lligat a la «percepción directa» del funcionari i a la «circunstanciación detallada» dels fets⁵⁴⁶. Així, el rigor en la consignació dels fets i en la determinació de la font d'adquisició va vinculant l'atribució del valor probatori a l'objectivitat⁵⁴⁷.

Per tant, l'abast de la presumpció de veracitat no és absolut, sinó que, en paraules de CANO CAMPOS, és molt precís, ja que l'únic que es presumeix cert i veritable són els fets apreciats directament per les autoritats. Per això, no gaudeixen de veracitat les afirmacions sobre fets presumptes; és a dir, fets que el funcionari no aprecia directament sinó que infereix o dedueix d'altres, ni tampoc gaudeixen de veracitat els informes posteriors a l'acta⁵⁴⁸, ni el contingut de les manifestacions d'altres persones diferents al subjecte que confecciona el document⁵⁴⁹ (sobre aquest contingut, el funcionari només pot donar fe que les declaracions són autèntiques -que s'han realitzat per la persona que indica el document i en el sentit que s'hi recull-, però no que el seu contingut sigui cert). També cal tenir present que, per atribuir presumpció de veracitat als fets descrits en el document, ha de tractar-se de *fets externs* (fets que es produeixen en la realitat sensible) i, en conseqüència, queden fora de la presumpció determinats *fets interns o psicològics* (que

⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., «El principio de objetividad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora», *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 289, 2011, pp. 213 i 218.

⁵⁴⁵ Entre d'altres, STC 76/1990, de 26 d'abril, Ple, Rec. 695/1985 (FJ 8.B); STS de 24 de juny de 1991 (Sala 3^a del Contenciós-administratiu), Rec. 1921/1989 (FJ 4), i STSJC 1008/2012, de 23 d'octubre de 2012 (Sala 1^a del Contenciós-administratiu), Recurs 984/2008 (FJ 6).

⁵⁴⁶ El valor probatori «alcanza solamente a los hechos constatados por el agente, lo que exige no sólo una completa descripción de tales hechos, sino la especificación de la forma en que han llegado a su conocimiento, no bastando siquiera con consignar el resultado final de la investigación» STSJ de Madrid 233/2016, de 18 març (Sala del Contenciós-administratiu), Rec. 525/2015 (FJ 19).

⁵⁴⁷ RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., «El principio de objetividad... op. cit., p. 218.

⁵⁴⁸ STC 35/2006, de 13 de febrer, Sala Primera, Rec. 4696/2002 (FJ 6).

⁵⁴⁹ AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística...* op. cit., p. 284.

denoten els motius, les intencions o la finalitat d'una conducta) i els fets que han de ser omplerts de contingut per l'Administració o pel jutge mitjançant judicis de valor⁵⁵⁰.

Al seu torn, el fonament de la presumpció de la veracitat dels documents s'ha lligat estretament a l'*especialització* i el *deure d'imparcialitat* del subjecte que els redacta. En aquest sentit, per justificar aquesta presumpció, s'ha posat l'accent en què les autoritats que redacten els documents (actes, atestats, denúncies, etc.) no només han presenciat directament els fets sinó que, a més, gaudeixen d'una alta especialització en el concret sector de què es tracta (consum, treball, policia de tràfic, etc.)⁵⁵¹. I, ahora, tenen el deure legal d'actuar amb imparcialitat i objectivitat. En particular, la jurisprudència destaca que les autoritats, per la seva condició professional, es troben en una «situación de independencia material y subjetiva» i estan «desligados de los hechos y de sus participantes», la qual cosa «permite estimar su apreciación desprovista de todo prejuicio»⁵⁵². En conseqüència, en paraules de CANO CAMPOS, «si el agente está involucrado en los hechos, dicho fundamento desaparece y con él el valor legal del acta»⁵⁵³.

Aquest ha estat el criteri seguit pel Tribunal Suprem, per exemple, en la STS de 16 juliol 1982 (Sala del Contenciós-administratiu), en què es conclou que la versió d'un agent de policia implicat en un accident de trànsit no té presumpció de veracitat pel fet d'estar involucrat com a part interessada. En paraules del TS (considerant primer):

«que en el caso contemplado, por el conjunto de las circunstancias que en el mismo concurren, desaparece la presunción de veracidad a favor del denunciante, establecida en el art. 283 del Código de la Circulación, lo cual es acertado pues, sin duda, ese precepto se refiere exclusivamente al supuesto, de quien por su condición profesional viene obligado a denunciar y está desligado de los hechos y de sus participantes y por esa situación de independencia material y subjetiva, estimando su apreciación desprovista de todo prejuicio, se utiliza ésta como elemento de juicio suficiente para basar en él una decisión acertada y justa. Por lo que siendo esa la razón o motivo de la presunción legal, resulta obvio, que

⁵⁵⁰ CANO CAMPOS, T., La presunción de veracidad... op. cit., pp. 228; AGUADO I CUDOLÀ, V., Presunción de certeza de denuncias... op. cit., pp. 680-684.

⁵⁵¹ La jurisprudència ha fet especial èmfasi en aquest aspecte. Vid. STSJC 663/2007, de 12 juliol (Sala del Contenciós-administratiu), Rec.1521/2003 (FJ 2); STSJ de Castella i Lleó, seu a Valladolid, 2485/2005, de 31 d'octubre (Sala del Contenciós-administratiu), Rec. 3914/1998 (FJ 2); SAN de 21 de març de 2007 (Sala del Contenciós-administratiu), Rec. 463/2005 (FJ 3), i STS de 16 juliol 1982 (Sala del Contenciós-administratiu) (Considerant 1).

⁵⁵² SSTS de 26 d'abril de 1989 (Sala del Contenciós-administratiu) (Considerant 1); de 16 juliol 1982 (Sala del Contenciós-administratiu) (Considerant 1), i STSJC 275/2004, de 30 de març (Sala del Contenciós-administratiu), Rec. 1460/1998 (FJ 4).

CANO CAMPOS, T., La presunción de veracidad... op. cit., p. 228.

⁵⁵³ *Ibíd.*, p. 228.

como en el presente caso, el denunciante, tiene implícitamente reconocido, ocupaba y al parecer conducía, como particular, el turismo que estuvo en riesgo de ser alcanzado por el automóvil de la denunciada, sus manifestaciones carecen de la indicada prerrogativa» (les cursives són nostres).

En un sentit similar, per GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES en la configuració legal de la presumpció de veracitat o de certesa juga un paper importantíssim l'especialització i la imparcialitat de qui constata els fets: l'especialització, perquè s'exigeix una determinada formació professional a les persones que han de realitzar l'activitat de control; la imparcialitat, perquè s'imposa a aquestes persones el desinterès personal en el fons de l'assumpte (la qual cosa s'assegura mitjançant les normes d'incompatibilitat i d'abstenció). Sobre la base d'aquestes consideracions, aquests autors conclouen que «si fallase cualquiera de los dos aspectos (especialización o imparcialidad de los autores) dichos documentos carecerían de esa especial fuerza probatoria que les otorga el ordenamiento o las normas de la sana crítica en la valoración de las pruebas»⁵⁵⁴.

Arribats a aquest punt, cal qüestionar-se si la presumpció de veracitat que s'atribueix a les informacions aportades per les autoritats i, en especial, als atestats policials en el procediment administratiu sancionador -i la diferència de valor probatori en el procediment penal- és un element a tenir en consideració en l'elecció del àmbit punitiu -administratiu o penal- per tipificar determinades infraccions. Des d'aquesta perspectiva, compartim amb LASAGABASTER HERRARTE, que la tipificació de determinades sancions com a «administratives» no és adequada, al no reunir els requisits que garanteixin un resultat just en la seva aplicació⁵⁵⁵.

Ens referim especialment, a la tipificació com a infracció administrativa de les faltes de respecte i consideració a un membre de les Forces i Cossos de Seguretat en l'exercici de les seves funcions de protecció de seguretat, quan no siguin constitutives d'infracció penal (art. 37.4 LOPSC que prové de la despenalització de la falta prevista en l'art. 634 CP⁵⁵⁶). LASAGABASTER HERRARTE destaca «la acentuada falta de garantía que acompaña a una infracción de este tipo». Ja que «el tipo de la infracción, la falta de respeto, se realiza a la misma persona que afirma, con presunción de veracidad, que esa falta de respeto se

⁵⁵⁴ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 804.

⁵⁵⁵ LASAGABASTER HERRARTE, I., «Constitución, derecho penal y límites de la potestad sancionadora de la administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018.

⁵⁵⁶ Aquest article establia: «Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días».

ha producido». En opinió d'aquest autor, «la presunción de veracidad es necesaria y no chirría si lo afirmado es respecto de un tercero, pero sí cuando esa presunción de veracidad afecta a lo afirmado por la parte protegida por la regulación, es decir el propio policía»⁵⁵⁷. Doncs, justament, com hem vist, el caràcter desinteressat del funcionari intervinent és el que precisament atorga valor a l'atestat policial que gaudeix de presumpció de veracitat. Per tot això, LASAGABASTER HERRARTE conclou que «acceptar de plano que pueda sancionarse administrativamente una falta de respeto a un miembro de las FCSE, teniendo su declaración presunción de veracidad, no es garantía para la presunción de inocencia y el derecho de defensa de la persona afectada»⁵⁵⁸. Compartim plenament aquesta opinió.

La relació d'aquest tipus d'infracció amb la llibertat d'expressió, en general, i amb la llibertat de crítica dels poders públics -inclosos els funcionaris públics-, en concret, ha estat destacada en diverses ocasions⁵⁵⁹.

f) El dret a un procediment públic

L'art. 24.2 CE reconeix el dret «a un procés públic». Segons el Tribunal Constitucional, aquest dret té una doble finalitat: «por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho»⁵⁶⁰.

El principi de publicitat es troba estretament vinculat amb l'art. 120.1 CE «les actuacions judicials seran públiques, amb les excepcions previstes per les lleis de procediment» i amb l'art. 120.3 CE «les sentències seran sempre motivades i pronunciades en audiència pública». De manera que, en opinió del TC, «la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia» (STC 96/1987, de 10 juny, Sala Primera, Rec. 420/1986, FJ 2). Des d'aquesta perspectiva, s'ha

⁵⁵⁷ LASAGABASTER HERRARTE, I., «Constitución, derecho penal... op. cit.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁵⁹ *Ibíd.*

⁵⁶⁰ Entre d'altres, STC 96/1987, de 10 juny, Sala Primera, Rec. 420/1986, FJ 2.

Sobre aquesta doble finalitat vid. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «El procedimiento administrativo... op. cit., p. 85; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2012, p. 139.

afirmat que el dret a un procés públic té una importància estructural en el disseny d'una democràcia constitucional moderna⁵⁶¹.

En l'àmbit supraestatal, el dret a un procés públic es reconeix a l'art. 6.1 CEDH, a l'art. 14.1 del Pacte Internacional de Drets Civil i Polítics i a l'art. 11 de la Declaració Universal dels Drets Humans. Tal com detalla DÍAZ FRAILE, la publicitat dels procediments i de les sentències és un dels aspectes essencials d'un judici just segons l'art. 6 CEDH⁵⁶². En particular, el TEDH ha establert que la publicitat del procediment judicial «protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapase de la fiscalización del público; y constituye también uno de los medios que contribuyen a mantener la confianza en los tribunales de justicia en todas las instancias. La publicidad, por la transparencia que proporciona a la administración de la justicia, ayuda a alcanzar el objeto del artículo 6.1 el proceso justo, cuya garantía se encuentra entre los principios de toda sociedad democrática en el sentido del Convenio» (STEDH de 22 de febrer de 1984, assumpte *Sutter contra Suïza*, § 26)⁵⁶³.

Això no obstant, el principi de publicitat no constitueix un dret il·limitat, sinó que, tal com expressament indica l'art. 6.1 CEDH i l'art. 120.1 CE, pot conèixer excepcions (per exemple, art. 232.3 LOPJ o 681 LECrim). Segons el TC, el caràcter no absolut d'aquest dret permet que l'accés del públic i de la premsa a la celebració d'un determinat judici pugui ser limitat i, fins i tot, exclòs, entre altres, per raons justificades d'ordre públic que estiguin previstes a les lleis (STC 96/1987, de 10 juny, Sala Primera, Rec. 420/1986, FJ 2). En tot cas, al tractar-se de límits d'un dret fonamental, la resolució judicial que restringeixi el seu exercici haurà de ser proporcional i estar motivada de manera que la raó determinant de la decisió pugui ser coneguda per l'afectat (STC 57/2004, de 19 d'abril, Sala Primera, Rec. 3588/1999, FJ 7). Al seu torn, el TEDH ha establert que la publicitat de les sentències no exigeix necessàriament i en tots els casos la seva lectura en una sessió pública, sinó que, en determinades circumstàncies i condicions, pot ser suficient amb la seva inserció en un registre públic (STEDH de 22 de febrer de 1984, assumpte *Sutter contra Suïza*, § 27).

⁵⁶¹ BORRAJO INIESTA, I., «Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público», *Cuadernos de derecho público*, núm. 10, 2000, p. 133.

⁵⁶² DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., p. 84-86. En el mateix sentit, MILIONE FUGALI, C., «El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 549-572.

⁵⁶³ En el mateix sentit, assumpte Moser contra Àustria (sentència de 21 setembre de 2006, §§ 93 i 94) i assumpte Taner contra Turquia (sentència de 15 de febrer 2007, § 23).

Pel que fa al procediment administratiu sancionador, el TC ha considerat que el dret a un judici públic no és aplicable en la seva integritat als procediments administratius disciplinaris⁵⁶⁴. Ara bé, és dubtosa la seva aplicabilitat als procediments administratius sancionadors d'ordre general: d'una banda, l'estructura mateixa del procediment permet dubtar seriosament de l'aplicació d'aquest dret durant el seu transcurs⁵⁶⁵ i, de l'altra, els actes administratius sancionadors no es publiquen (amb l'excepció dels supòsits en què la publicitat és considerada una sanció -autònoma o no- i respon a raons d'exemplaritat⁵⁶⁶).

No obstant, com han posat de relleu GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES, el cert és que la legislació de transparència no exclou l'accés de tercers als procediments administratius en curs (inclosos els sancionadors)⁵⁶⁷, com sí que ho feia el derogat art. 37 LRJPAC⁵⁶⁸, el qual, a més, contenia una limitació d'accés als documents de caràcter nominatiu continguts en els procediments disciplinaris i sancionadors (art. 37.3 LRJPAC)⁵⁶⁹. Per tant, és necessari analitzar la manera en què la legislació sobre transparència incideix en la publicitat dels procediments administratius sancionadors. Aquesta incidència es projecta en dues direccions: (i) el dret d'accés als expedients

⁵⁶⁴ El TC afirma que «no solo el art. 24.2 de la C.E. no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios, ni puede decirse que necesariamente desde la perspectiva constitucional, tengan éstos que ser públicos, sino que también la regla del carácter público del proceso, incluso cuando es judicial, puede sufrir excepciones, como establece nuestra legislación y admite el art. 6.1 del Convenio de Roma». STC 192/1987, de 2 de diciembre, Sala Primera, Rec. 791/1986, FJ 2.

⁵⁶⁵ TRAYTER JIMÉNEZ constata que l'aplicació d'aquest dret al llarg del procediment administratiu sancionador és «tenué». TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «El procedimiento administrativo... op. cit. p. 85.

⁵⁶⁶ Per exemple, l'art. 41.2 d) de la Llei 30/1995, de 8 de novembre, d'ordenació i supervisió de les assegurances privades; l'art. 69 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, Defensa de la Competència; art. 38.3 Llei 26/2007, de 23 d'octubre, de responsabilitat mediambiental, i l'art. 61 Llei 43/2002, de 20 de novembre, de sanitat vegetal, entre d'altres.

⁵⁶⁷ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., pp. 675 i 676.

⁵⁶⁸ Aquesta norma només reconeixia el dret d'accés a registres administratius i a documents integrants d'expedients administratius finalitzats (art. 37.1 LRJPAC) i, a més, els documents als que es volia accedir s'havien d'identificar en la sol·licitud (art. 37.7 LRJPAC).

Sobre les mancances de la regulació prevista en aquesta norma, vid. MIR PUIGPELAT, O., «L'accés a la informació pública en la legislació espanyola de transparència: crònica d'un canvi de paradigma», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, 2017, pp. 52-53.

⁵⁶⁹ Aquesta previsió va ser criticada per diversos autors, alguns dels quals la van titllar d'inconstitucional. Vid. POMED SÁNCHEZ, L. A., «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, p. 467; GUICHOT REINA, E., «El acceso a los datos referidos a expedientes sancionadores o disciplinarios a la luz de la nueva normativa sobre protección de datos», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 6, 2018, p. 66.

administratius sancionadors i (ii) les obligacions de publicitat activa i les resolucions sancionadores.

(i) El dret d'accés a la informació pública es troba expressament reconegut a l'art. 105.b) CE. Aquest dret de configuració legal actualment està regulat per la LTE⁵⁷⁰, la qual ha configurat el dret d'accés a la informació pública amb un objecte molt ampli, que inclou tota aquella informació que es trobi en poder dels subjectes sotmesos a aquesta Llei (article 13 LTE). De manera que és possible afirmar que existeix el dret d'accés als procediments administratius -en curs o finalitzats-, amb els límits expressats en la pròpia legislació de transparència (art 14 LTE).

D'entre els límits previstos en aquesta norma, n'hi ha dos d'estretament vinculats amb els expedients sancionadors: el límit relatiu a la prevenció, la investigació i la sanció dels il·lícits penals, administratius o disciplinaris (art 14 e) LTE), i la previsió que, si la informació sol·licitada inclou dades especialment protegides o dades relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives que no comportin l'amonestació pública a l'infractor, l'accés només es pot autoritzar en cas que es tingui el consentiment exprés de l'afectat o si aquell està emparat per una norma amb rang de llei (art. 15.2 LTE). En relació amb les dades especialment protegides, de conformitat amb l'art 3.a) de la LOPD, s'ha establert que no es pot divulgar la identitat de les *persones físiques* responsables o presumptament responsables de la comissió d'infraccions administratives (amb independència de l'estat de tramitació del corresponent procediment)⁵⁷¹. Per últim, també s'ha destacat la possibilitat que operi com a límit a l'accés a expedients sancionadors els interessos econòmics i comercials del sancionat (art 14 h) LTE)⁵⁷².

Aquestes previsions no han d'excloure necessàriament l'accés als procediments administratius sancionadors ni a les resolucions sancionadores sempre que se sol·liciten amb l'ocultació de les dades de caràcter personal especialment protegides (possibilitat

⁵⁷⁰ Les previsions de la LTE han estat desplegades per les comunitats autònomes mitjançant una legislació pròpia. Per exemple, a Catalunya s'ha aprovat la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

⁵⁷¹ Així, per exemple, la GAIP conclou que «les dades personals a protegir sempre han de ser relatives a persones físiques, ja que les persones jurídiques resten fora de l'àmbit de protecció de la LOPD. Això vol dir que, si el presumpte infractor és una persona jurídica, la seva identitat no és protegida per aquest límit i en principi és susceptible de ser coneguda en exercici del dret d'accés». Dictamen núm. 1/2017 (FJ 2). Aquesta exclusió de les persones jurídiques de les dades personals a protegir es troba expressament prevista a l'art. 2.2 del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la LOPD.

⁵⁷² Sobre aquest límit, GAIP Resolució 87/2017, de 16 de març (sancions imposades a empreses subministradores en matèria de pobresa energètica).

prevista en l'art 15.4 LTE), per bé que, certament, semblen dificultar-lo⁵⁷³. No obstant, tal com ha destacat MIR PUIGPELAT, cap dels límits a l'accés a la informació es configura com un límit absolut -amb excepció de les dades personals especialment protegides-, sinó que tots són límits relatius, subjectes a ponderació, i que poden cedir davant un interès públic o privat superior favorable a l'accés⁵⁷⁴. En suma, caldrà ponderar les circumstàncies concretes de la sol·licitud d'accés cas per cas⁵⁷⁵.

(ii) Les obligacions de publicitat activa són aquelles informacions que les diferents administracions - i la resta de subjectes obligats- han de fer públiques d'ofici, en les seves pàgines web respectives i en portals centralitzats de transparència, per així facilitar el seu coneixement a la ciutadania i evitar que aquesta hagi d'exercir el dret d'accés per conèixer-les⁵⁷⁶. D'entre aquestes informacions, la legislació de transparència no ha inclòs les resolucions sancionadores.

A la vista d'aquesta regulació, podem afirmar que la fiscalització i el control del contingut de les sancions administratives per part de la comunitat científica, i de la societat en el seu conjunt, esdevé certament difícil en totes les sancions administratives -la majoria- que no es recorren als Tribunals de justícia. Encara més, cal destacar la diferent percepció de la publicitat quan es projecta sobre l'exercici de la funció

⁵⁷³ Sobre la interpretació dels límits indicats en el text la GAIP en el Dictamen núm. 1/2017 conclou que: (i) es pot denegar l'accés a informació dels expedients sancionadors en curs, sempre que es justifiqui en el perjudici que aquest accés causaria en la determinació de la responsabilitat infractora o en l'efectivitat de la sanció (FJ 2); i es pot denegar l'accés als expedients administratius, inclosos els sancionadors, si causa un perjudici per a l'eficàcia de les funcions administratives d'investigació i sanció de les infraccions (risc que certament només és plausible si el procediment concernit és obert o en curs), no únicament pel sol fet que l'expedient estigui obert o en curs (FJ 3). En aquest mateix sentit, GAIP Resolució 87/2017, de 16 de març.

En la doctrina científica aquests límits han estat analitzats per GUICHOT REINA, E., «El acceso a los datos... op. cit., p. 67 i següents.

⁵⁷⁴ MIR PUIGPELAT, O., «L'accés a la informació pública... op. cit., p. 54.

⁵⁷⁵ La GAIP ha establert els quatre grans criteris generals que han d'orientar l'aplicació dels límits legals al dret d'accés previstos en la legislació de transparència (Resolució de 17 de desembre de 2015, sobre la Reclamació 15/2015). Aquests quatre criteris són: el test del perjudici, la ponderació entre els drets o interessos en joc, el principi de proporcionalitat i el deure de motivació. Concretament, la citada resolució determina que «segons la nova regulació de la transparència (articles 20 a 25 LTAIPBG, que recullen els estàndards internacionals en la matèria), els límits al dret d'accés no es poden invocar de manera genèrica, sinó que l'Administració ha de motivar suficientment que, en el cas concret, l'accés a la informació pot generar un perjudici efectiu per al dret o interès en qüestió (test del dany o perjudici). En segon lloc, l'Administració ha de ponderar aquest perjudici amb la concurrència d'un possible interès públic o privat superior que justifiqui concedir l'accés (principi de la ponderació). En tercer lloc, en virtut del principi de proporcionalitat, s'ha de donar almenys accés parcial a aquella part de la informació no afectada pel límit del qual es tracta» (FJ 2).

⁵⁷⁶ Definició de MIR PUIGPELAT, O., «L'accés a la informació pública... op. cit., p. 55.

jurisdiccional -on es veu com una doble garantia en els termes abans exposats- o bé quan es projecta sobre les resolucions administratives sancionadores -on sovint es configura pròpiament com a sanció i respon a raons exemplificadores. Aquesta doble rasant pel que fa al dret a un procediment públic en les dues vies -jurisdiccional i administrativa- no la podem compartir pel fet que «la confianza de la comunidad» en l'Administració pública -i, per extensió, en el poder executiu- ha de ser necessàriament «uno de los pilares del Estado de Derecho» (vid. STC 96/1987, citada a l'inici)⁵⁷⁷.

A més, convé remarcar que la manca de publicitat de les sancions és especialment rellevant en les infraccions properes a l'exercici dels drets fonamentals, ja que la imposició de la sanció pot arribar a restringir l'exercici legítim del dret en qüestió (vid. *infra* Capítol 4) i, en qualsevol cas, dificulta -quan no impossibilita- l'anàlisi de la incidència de la potestat sancionadora de l'Administració sobre l'exercici dels drets fonamentals. Des d'aquesta perspectiva, i atesa la importància en el debat científic, polític i social de l'exercici de la potestat sancionadora vinculat amb les llibertat d'expressió, informació, reunió i manifestació, és possible afirmar que la transparència de l'actuació sancionadora connectada amb aquestes matèries esdevé ineludible; potser tant ineludible com els escàndols de corrupció que, en el seu moment, van precipitar la modernització del dret d'accés a l'Estat espanyol i la implementació de la legislació sobre transparència⁵⁷⁸.

És per això que, en la nostra opinió, en regular els principis de la potestat sancionadora, fora necessari incloure el principi de publicitat, especialment, en les

⁵⁷⁷ Les diferències del principi de publicitat en relació amb les sancions penals i les sancions administratives es va posar de relleu amb l'aprovació de la LRJPAC. En aquell moment, es va destacar que la falta de coneixement públic dels procediments administratius sancionadors i disciplinaris es contraposa amb el principi general de publicitat del procés penal i algun autor va apuntar que en realitat aquesta restricció pretenia evitar el control públic sobre la potestat sancionadora i disciplinària de l'Administració. En aquest sentit, destaca PARADA VÁZQUEZ qui afirma que la raó de l'exclusió del coneixement públic de les sancions no pot ser la seva naturalesa punitiva, perquè també es donaria en el procés penal, de manera que «puede haber la sospecha de que con esta limitación no se está protegiendo al sancionado, cuyo interés en el secreto no debe ser superior al interés público de la transparencia informativa, sino más bien defendiendo del conocimiento público actuaciones administrativas poco claras, sobre todo cuando son negligentes e indulgentes con los hechos investigados». PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo común* (2^a edició), Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 166.

⁵⁷⁸ Sobre les causes de l'aprovació de la legislació sobre transparència vid. MIR PUIGPELAT, O., «L'accés a la informació pública... op. cit., p. 53. Sobre la vinculació entre la transparència i la corrupció, CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La difusión de información pública como instrumento para la prevención de la corrupción: una aproximación desde la legislación autonómica», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 52, 2016, pp. 67-85.

sancions vinculades amb l'exercici dels drets fonamentals, amb la finalitat d'aconseguir-ne una protecció més àmplia. És a dir, en aquests casos, *s'ha de garantir la publicitat de les resolucions dels procediments sancionadors per tal de protegir els inculpats de l'exercici d'una potestat sancionadora secreta que escapi de la fiscalització de la societat* (prèvia dissociació de les dades personals especialment protegides o d'altres que es considerin innecessàries per al control de l'exercici de les funcions públiques i que puguin resultar perjudicials per als sancionats⁵⁷⁹).

Per tal d'adequar aquesta proposta als principis d'eficàcia i eficiència, la publicitat de les resolucions sancionadores es podria canalitzar a través de les obligacions de publicitat activa previstes a la legislació de transparència.

g) El dret a la tutela judicial efectiva i els desincentius per recórrer

El nucli del dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), segons la doctrina el Tribunal Constitucional, consisteix en el dret d'accés a la jurisdicció (STC 223/2001, de 5 de novembre, Sala Primera, Rec. 1116/1998, FJ 4). Això és, el dret a accedir a un òrgan judicial per poder ser escoltat i defensar les pròpies pretensions - qualsevol dret o interès legítim- amb respecte als principis de bilateralitat, contradicció, igualtat d'armes i sense patir indefensió (STC 101/2001, de 23 d'abril, Sala Primera, Rec. 1944/1997, FJ 3)⁵⁸⁰.

Des d'aquesta perspectiva, cal analitzar algunes previsions legals que, malgrat que no impedeixen l'exercici del dret a la tutela judicial efectiva ni el dret de defensa, certament els desincentiven. Ens referim a la reducció de l'import de la sanció en els casos de reconeixement de la responsabilitat i de pagament voluntari condicionades a la renúncia a recórrer. Aquestes figures, que han estat introduïdes per primera vegada amb caràcter general per la LPAC, no són desconegudes en el Dret administratiu sancionador de l'Estat espanyol on, des de fa anys, es preveuen supòsits similars en diverses lleis

⁵⁷⁹ Vid. les consideracions efectuades sobre les conseqüències de la publicació de les sancions per la GAIP, entre d'altres, en la Resolució 87/2017, de 16 de març. I les efectuades per GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Navarra, Thomson Civitas, 2009, pp. 266-168

⁵⁸⁰ Sobre el dret d'accés als tribunals vid. DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., pp. 406-413; i DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador...* op. cit., pp. 150-187.

sectorials⁵⁸¹, així com també existeixen figures anàlogues en Dret penal⁵⁸² i en els ordenaments jurídics d'altres països del nostre entorn cultural⁵⁸³. Aquestes tècniques formen part del fenomen polític-legislatiu de simplificació dels procediments punitius que es manifesta, generalment, mitjançant la introducció en els ordenaments sancionadors (administratius o penals) de diferents vies procedimentals veritablement simplificades (normalment anomenades monitòries o abreujades) per reprimir els il·lícits menors⁵⁸⁴.

En aquest sentit, en la LPAC aquesta simplificació no s'ha configurat com un procediment administratiu especial, alternatiu a l'ordinari, sinó que s'ha canalitzat a través de la denominada «terminació anticipada» del procediment administratiu sancionador. Als efectes del nostre estudi, és evident que la raó de la reducció de l'import de la sanció prevista per la LPAC no és la menor gravetat de les infraccions (ja que aquesta norma no s'estableix cap diferenciació en aquest sentit), sinó els avantatges que obté l'Administració⁵⁸⁵. Concretament, el reconeixement de la responsabilitat i el pagament voluntari alliberen a l'Administració de la càrrega -a la que està sotmesa en virtut del dret fonamental a la presumpció d'innocència- de demostrar els fets, la seva antijuridicitat i la culpabilitat del subjecte responsable; i, a més, faciliten cobrar l'import de la sanció (sense necessitat d'execució), per bé que l'import abonat no té l'extensió a la qual podria arribar la pretensió pecuniària sancionadora. Per tant, darrera d'aquesta regulació hi ha una decisió legislativa que fa prevaldre el principi d'eficàcia administrativa (art. 103.1 CE) en detriment del principi de legalitat (art. 9.3 CE) en l'exercici *del ius*

⁵⁸¹ Per exemple, l'art. 287 del Decret 3268/1968, de 26 de desembre, pel qual es modifiquen determinats articles del Codi de la Circulació, ja fixava un descompte del 20% (BOE núm. 14, de 16 de gener de 1969). Més recentment, l'art. 94 RDLeg. 6/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre Trànsit, Circulació de Vehicles a Motor i Seguretat Vial, preveu una reducció del 50%; l'art. 188 Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària, preveu un deducció del 50% en determinats supòsits i del 30%, i l'art. 54.3 LOPSC preveu una reducció del 50% (que no és aplicable a les infraccions molt greus), entre d'altres.

⁵⁸² Per exemple, destaca la institució de la sentència de conformitat de l'art. 787 LECrim. En concret, la sentència de conformitat dictada en el procediment per a l'enjudiciament ràpid de determinats delictes (art. 801 LECrim), per a la qual la llei preveu que la pena sol·licitada s'imposi «reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal» (art. 801.2 LECrim).

⁵⁸³ Un estudi sobre aquesta figura en dret comparat -en especial, a França, Itàlia i Alemanya- el trobem a LOZANO CUTANDA, B., «Procedimientos abreviados para la represión de las infracciones administrativas: el pago voluntario en cuantía reducida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 66, 1990, pp. 221-255.

⁵⁸⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J. i BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 1605.

⁵⁸⁵ En el mateix sentit, CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 175.

*puniendi*⁵⁸⁶; decisió que, per bé que és constitucionalment admissible, com tot seguit veurem, està sotmesa a limitacions.

Malgrat els avantatges clars des de la perspectiva de l'eficàcia administrativa, les diferents institucions en què s'articulen aquests pagaments en quantia reduïda disten molt de ser pacífiques. En especial, per la dificultat de discernir amb claredat quan la reducció ha de ser qualificada d'excessiva per significar una coacció per desistir al dret de d'accés a la jurisdicció i al dret de defensa, ja que aquestes reduccions es condicionen a la renúncia del ciutadà al seu dret constitucional a recórrer⁵⁸⁷. En aquest sentit, s'ha alertat sobre els perills d'aquestes institucions posant l'accent en què *s'ha d'evitar que, en la pràctica, s'estigui obligant al presumpte infractor a transigir, encara que es consideri innocent*⁵⁸⁸. És a dir, el perill que la seguretat d'obtenir un substanciós descompte dissuadeixi l'exercici del dret de defensa i d'accés a la jurisdicció, l'exercici del qual no només té un resultat incert sinó que, molt sovint, es pot allargar anys. En canvi, el pagament en quantia reduïda permet a l'infractor fer «borrón y cuenta nueva»⁵⁸⁹. Encara més, algun autor ha vist en aquestes institucions, més que un descompte, un perjudici econòmic per a tot aquell que decideixi defensar-se en el procediment sancionador o impugnar la resolució sancionadora; de manera que es podria afirmar que, amb la introducció d'aquestes previsions, defensar-se i recórrer està castigat⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Principi que -com destaca RODRÍGUEZ DE SANTIAGO- exigiria que, un cop iniciat un procediment sancionador, l'Estat el tramités íntegrament amb l'objecte d'esbrinar la veritat material i vinculés als fets provats, com a conseqüència jurídica, la sanció prevista amb caràcter general en la llei per a la infracció de què es tracti. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», *Documentación Administrativa*, núm. 284-285, 2009, p 163.

⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO detalla que «en todos los modelos comparados de regulación de instituciones análogas a la del pago voluntario de la multa en cuantía reducida la renuncia parcial del Estado a su pretensión punitiva va acompañada de la renuncia del ciudadano a su derecho a recurrir». *Ibíd.*, p 160.

⁵⁸⁸ MENDOZA BUERGO, B., i BAJO FERNÁNDEZ, M., «Hacia una Ley de contravenciones el modelo portugués», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 3, 1983, p. 587. Aquests autors es refereixen al pagament voluntari en Dret penal però les seves consideracions es poden fer extensives al Dret administratiu sancionador. En el mateix sentit, en l'àmbit de la potestat sancionadora de l'Administració, LOZANO CUTANDA, B., «Procedimientos abreviados... op. cit., p. 254.

⁵⁸⁹ Expressió utilitzada per RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., ««El pago voluntario de las multas... op. cit., p 159.

⁵⁹⁰ D'entre els autors que s'expressen en aquesta direcció, destaca REBOLLO PUIG, qui sosté que «más que un descuento puede verse una agravación para el que ose combatir la sanción: quien acepte su responsabilidad y pague sin defenderse ni recurrir será sancionado en 100; quien se defiende o quien recurra la resolución sancionadora será sancionado en 200; luego defenderse y recurrir tiene perjuicios; incluso, cabría decir, está castigado». REBOLLO PUIG, M., *Novedades relativas al procedimiento sancionador y al de responsabilidad en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común*. A: GALLARDO CASTILLO, M. J. (dir.), *Aproximación al*

Per tant, cal analitzar en quines condicions s'ajusten a la legalitat les diverses figures que articulen el pagament en quantia reduïda (reconeixement de la responsabilitat i pagament anticipat) condicionades a la renúncia a recórrer. En els treballs sobre aquesta matèria es destaquen dues condicions: (i) l'automatisme en la seva concessió i (ii) l'absència de coacció⁵⁹¹.

(i) L'automatisme del pagament en quantia reduïda suposa l'absència de discrecionalitat per part de l'Administració per concedir o no la bonificació quan el subjecte voluntàriament ho sol·liciti i compleixi els requisits establerts a aquests efectes. Tal com s'ha destacat, aquestes institucions han d'operar *ex lege* per evitar possibles arbitrietats⁵⁹² i, necessàriament, han de ser facultatives per l'infractor i obligatòries per a l'Administració⁵⁹³.

(ii) L'absència de coacció es refereix a la necessitat que existeixi una proporcionalitat adequada entre la sanció administrativa prevista per a la infracció i la que realment s'imposa després de la reducció si l'inculpat consent i accepta no recórrer. La prohibició de desproporció va ser introduïda pel TEDH en la Sentència, de 27 de febrer de 1980, assumpte *Deweer contra Bèlgica*, en què un ciutadà belga recorre davant del TEDH una multa transaccional imposada sota l'amenaça de tancament provisional del seu establiment⁵⁹⁴. El TEDH determina que la desproporció entre els termes de l'alternativa ha significat una coacció que vulnera el dret a un judici just (art. 6.1 CEDH), ja que la gravetat de la mesura de tancament provisional no guarda relació de proporcionalitat amb el pagament d'una multa en quantia bastant moderada (10.000 francs belgues); per això, l'interessat es veu coaccionat a acceptar la solució conciliadora i a renunciar, per tant, al recurs jurisdiccional (§§ 53 i 54).

La conclusió a la qual s'arriba arran d'aquesta jurisprudència pot semblar paradoxal, perquè, quan més favorable és la reducció per al particular, major coacció presenta el sistema. Així, per exemple, no seria desproporcionat pagar 100 si aquesta és

nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015 reflexiones y claves para su aplicación, CEMCI, Granada, 2016, p. 536.

⁵⁹¹ LOZANO CUTANDA, B., «Procedimientos abreviados... op. cit., p. 251; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El pago voluntario de las multas... op. cit., p 162-164.

⁵⁹² LOZANO CUTANDA, B., «Procedimientos abreviados... op. cit, p. 252.

⁵⁹³ MENDOZA BUERGO, B., i BAJO FERNÁNDEZ, M., «Hacia una Ley de contravenciones... op. cit., p. 587.

⁵⁹⁴ Per a una anàlisi amb detall sobre aquesta sentència vid. ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La coacción institucional para desistir del acceso al juez», *Revista de Administración Pública*, núm. 100–102, 1983, pp. 1437–1446.

la sanció prevista per a la infracció, però si que ho seria pagar voluntàriament 3 aplicant el descompte; així les coses, sembla clar que de la desproporció surt guanyant l'inculpat⁵⁹⁵. No obstant, com ha posat de relleu LOZANO CUTANDA, l'excessiva reducció de la sanció incideix sobre la voluntat de l'inculpat i limita la seva llibertat per accedir al jutge de manera que, només resulta més favorable en aparença i, pel fet d'implicar una coacció, comporta un perjudici major que qualsevol avantatge econòmic⁵⁹⁶.

En resum, tal com ha assenyalat ORTEGA ÁLVAREZ, el TEDH admet l'existència de mecanismes jurídics que possibiliten renunciar a obtenir la tutela judicial, però aquests mecanismes només són admissibles quan no continguin cap element de coacció que condicioni aquesta renúncia⁵⁹⁷. Així, en el nostre cas, el benefici que suposa el pagament d'una sanció en quantia reduïda no ha de ser mai de tal índole que indueixi a pagar en el cas que l'inculpat es consideri innocent. Per tant -seguint a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO-, la rebaixa de la sanció s'ha de moure en la franja que resulta, d'una banda, de la línia del que pot fer interessant la seva acceptació per a l'inculpat i, de l'altra, de la línia que marca on comença la desproporció⁵⁹⁸. Convé destacar que la coacció institucional no només pot provenir de la manca de proporcionalitat de les sancions en els termes analitzats fins ara, sinó que, com ha destacat LOZANO CUTANDA, també hi ha altres factors que poden produir aquesta desproporció. Per exemple, l'estalvi de temps que comporta pagar en quantia reduïda també pot considerar-se desproporcionat, quan la lentitud de la justícia provoca que el procediment judicial s'allargui durant anys⁵⁹⁹. En conseqüència, la valoració de les decisions legislatives en què s'articulen aquestes figures s'haurà de realitzar cas per cas.

En realitzar aquesta valoració, acceptar o no aquestes mesures depèn no només de que la seva configuració concreta no impliqui coacció al particular, sinó, també, de la

⁵⁹⁵ Aquesta qüestió va ser expressament abordada pel TEDH en l'assumpte Deweer qui conclou que en matèria de drets humans «quien puede lo más no puede forzosamente lo menos» (§ 53). En concret, el TEDH argumenta que «el Convenio tolera bajo ciertas condiciones tratamientos muy graves, como la pena de muerte (artículo 2, párrafo 1, segunda frase), mientras que prohíbe otros, por ejemplo una detención «irregular» de breve duración (artículo 5, párrafo 1), o la expulsión de un presidente (artículo 3, párrafo 1 del Protocolo 4), que por comparación pueden considerarse bastante benignos. La posibilidad de aplicar uno de los primeros a alguien no bastaría para autorizar a someterse a uno de los segundos, ni con su acuerdo o consentimiento (ver, «mutatis mutandis», el informe de la Comisión en el asunto De Becker, serie B, n.o 2, pp. 90-91, 101-102, y 124-125)» (§ 53).

⁵⁹⁶ En aquest mateix sentit, LOZANO CUTANDA, B., «Procedimientos abreviados... op. cit., p. 254.

⁵⁹⁷ ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La coacción institucional... op. cit., p. 1441.

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El pago voluntario de las multas... op. cit., p. 163.

⁵⁹⁹ Destaca LOZANO CUTANDA que, en aquests casos, l'inculpat es troba en la disjuntiva de pagar a l'acte, renunciant als seus drets de defensa, o iniciar un procediment incert amb un final que es veu llunyà. De manera que es veu impel·lit a escollir una terminació breu encara que es consideri injusta la sanció, LOZANO CUTANDA, B., «Procedimientos abreviados... op. cit., p. 254.

importància que s'atorgui als principis d'eficàcia i d'economia processal⁶⁰⁰. Des d'aquesta doble perspectiva, la regulació prevista a la LPAC no permet fer-ne un judici positiu de conjunt pels motius que segueixen:

(i) El legislador no ha pres les suficients cauteles per impedir una bonificació coaccionadora. En concret, la LPAC preveu la possibilitat de finalitzar el procediment administratiu sancionador, amb una reducció d'almenys el 20% de la quantia de la sanció, quan l'infractor reconegui la seva responsabilitat (art. 85.1 LPAC) i quan realitzi el pagament voluntari de la sanció pecuniària (art. 85.2 LPAC). La norma estableix que ambdós descomptes són acumulatius, podent-se arribar, així, al 40% de la quantia de la sanció. La qüestió esdevé problemàtica pel fet que aquesta Llei preveu expressament que el percentatge de reducció podrà incrementar-se reglamentàriament *sense indicar cap topall màxim a aquesta reducció*, mancança que ha estat criticada per algun autor⁶⁰¹. Aquesta qüestió és fonamental perquè, com hem vist, un descompte excessiu pot arribar a ser coaccionador i desproporcionat i, per tant, no hauria de quedar obert a les previsions reglamentàries sense un màxim preestablert que garanteixi un equilibri entre la sanció inicial i la sanció finalment imposada amb la reducció, als efectes de no desincentivar el dret de defensa.

(ii) Les deficiències en la regulació d'aquestes figures en la LPAC permeten afirmar que el legislador no només ha atorgat una major ponderació als beneficis en termes d'eficàcia i economia processal derivats d'aquestes previsions en detriment del principi de legalitat, sinó que ha desatès la seva obligació de garantir l'efectiu el dret a la tutela judicial efectiva⁶⁰². En concret, la LPAC condiona l'efectivitat de les reduccions previstes al desistiment o renúncia de qualsevol acció o recurs en via administrativa contra la sanció (art. 85 LPAC)⁶⁰³. Ara bé, la manca de claredat de l'article provoca seriosos dubtes pel que fa al dret d'accés a la jurisdicció, ja que:

⁶⁰⁰ *Ibíd.*, p. 254.

⁶⁰¹ CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 175; CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 63.

⁶⁰² No podem compartir l'opinió de GALLARDO CASTILLO qui afirma que «mucho se cuida el precepto de evitar introducir limitaciones al derecho de defensa y a la prohibición de sufrir indefensión anudando el aludido condicionamiento de la rebaja a la interposición de un eventual recurso contencioso-administrativo, pues es, sin duda, consciente de que ello hubiera supuesto irremediabilmente la inconstitucionalidad del precepto». GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras... op. cit.

⁶⁰³ L'expressió «en via administrativa» no es trobava en l'art. 112 de l'avantprojecte LPAC (que es correspon amb l'actual 85 LPAC), qüestió que va ser criticada per l'Informe del Consell d'Estat núm. 275/2015, de 29 d'abril de 2015, a l'Avantprojecte de la LPAC (observació particular 24).

A) No s'ha detallat si és possible la interposició de recurs contenciós-administratiu. De la literalitat del precepte s'ha d'entendre que, en cap cas, queda vedada la possibilitat d'acudir a la jurisdicció⁶⁰⁴; no obstant, en els supòsits en què la sanció administrativa imposada no esgoti la via administrativa i, per tant, sigui preceptiva la interposició de recurs d'alçada, la renúncia al recurs administratiu per poder-se beneficiar de la bonificació, de fet, impossibilita la via contenciosa administrativa. No es pot acceptar que l'accés a la jurisdicció depengui de l'òrgan que imposa la sanció. Caldria haver previst -com ho han fet altres normes sectorials- que el reconeixement de la responsabilitat o el pagament anticipat esgoten la via administrativa (art. 114 LPAC)⁶⁰⁵ i haver explicitat que és possible interposar recurs contenciós-administratiu⁶⁰⁶, tal com ja va advertir el Consell d'Estat en la tramitació d'aquesta norma⁶⁰⁷. Atesa la importància de la qüestió -per la seva afectació directe al dret fonamental a la tutela judicial efectiva-, no es comprèn la manca de precisió del legislador.

B) No s'ha explicitat el *dies a quo* per acudir a la via contenciosa administrativa⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Així ho han entès, per exemple, CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 175; i GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras... op. cit.

En sentit contrari, GARBERÍ LLOBREGAT i BUITRÓN RAMÍREZ afirmen: «es digno de reseñar que, pese a que la norma habla únicamente de “cualquier acción o recurso en vía administrativa”, dicho enunciado comporta también el desistimiento o la renuncia a un eventual recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de este orden jurisdiccional, cuya interposición, como se sabe, no es admisible si previamente no se ha agotado la vía administrativa de recurso (v. art. 25.1 LJCA)». GARBERÍ LLOBREGAT, J. i BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador...* op. cit., p. 1613.

⁶⁰⁵ Com ho ha fet, per exemple, l'art. 94 del RDLeg. 6/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el TR de la Llei sobre Trànsit, Circulació de Vehicles a Motor i Seguretat Vial, que estableix que un cop realitzat el pagament voluntari de la multa conclourà el procediment sancionador; i, entre les conseqüències d'aquest pagament, es detalla que es produeix: «d) El agotamiento de la vía administrativa, siendo recurrible únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

⁶⁰⁶ Així, per exemple, l'art. 54. 3 c) LOPSC, que preveu que el pagament voluntari té com a conseqüència «la terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

⁶⁰⁷ L'Informe del Consell d'Estat núm. 275/2015, de 29 d'abril de 2015, a l'Avantprojecte de la LPAC, en l'observació particular núm. 24, estableix que «Sería conveniente, a fin de una adecuada salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, precisar que el desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso contra la sanción se refiere únicamente a la vía administrativa, no a la contencioso-administrativa, de manera análoga a la prevista en el artículo 80 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo». L'esmentat art. 80 (actualment derogat) preveia «d) El agotamiento de la vía administrativa, siendo recurrible únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

⁶⁰⁸ Qüestió que, en canvi, sí que és abordada per altres normes sectorials. Per exemple, el citat art. 94 del RDLeg. 6/2015, de 30 d'octubre, pel qual es s'aprova el TR de la Llei sobre Trànsit,

Aquesta omisió no és menor si es té en consideració que la LPAC no preveu de forma expressa si, en els supòsits de pagament voluntari de la sanció, el procediment ha de concloure amb una resolució expressa per part de l'Administració⁶⁰⁹ o si el dia en què es produeix el pagament anticipat constitueix un moment temporal de referència a partir del qual es pot entendre finalitzat el procediment (l'art. 85.2 estableix el pagament voluntari de la sanció «implicará la terminación del procedimiento»)⁶¹⁰.

C) No s'ha detallat si, en cas d'interposició de recurs contenciós administratiu, es perd la reducció obtinguda. Aquesta qüestió no presenta cap problema quan el descompte s'ha obtingut pel reconeixement de la responsabilitat (art. 85.1 LPAC), ja que, lògicament, no podrà impugnar-se una resolució que simplement reflecteix allò que prèviament s'ha admès. En canvi, no sembla que es pugui arribar a la mateixa conclusió en els supòsits en què el descompte s'ha obtingut pel pagament anticipat sense admissió de la responsabilitat. En efecte, de la literalitat de l'article es despèn que el pagament voluntari de l'art. 85.2 LPAC no significa l'acceptació tàcita o implícita de la responsabilitat, perquè l'art. 85.3 LPAC preveu que la reducció procedeix «en ambos casos» (pagament voluntari i reconeixement de la responsabilitat), sent els percentatges de reducció «acumulables entre sí». Cal concloure, doncs, que és possible pagar voluntàriament sense reconèixer la responsabilitat amb reducció només del 20% (quan no s'hagi incrementat per cap norma). Com destaca REBOLLO PUIG «si no se aceptara esta posibilidad sería absurdo que las reducciones fuesen acumulables»⁶¹¹.

Per tant, si la LPAC preveu un pagament voluntari sense reconeixement de la responsabilitat que implica la terminació del procediment, és necessari que l'inculpat

Circulació de Vehicles a Motor i Seguretat Vial: «e) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se iniciará el día siguiente a aquel en que tenga lugar el pago».

⁶⁰⁹ Per contra, en els casos de reconeixement de la responsabilitat, la norma preveu que «se podrá resolver el procedimiento» (art. 85.1), d'on es dedueix amb claredat que és necessària una resolució.

⁶¹⁰ Els autors que han analitzat el precepte en aquest punt estan dividits. D'una banda, hi ha autors que conclouen que, malgrat que de la literalitat del precepte sembli deduir-se que no és necessària resolució expressa, d'una anàlisi sistemàtica de la LPAC cal concloure que sí que s'ha de dictar resolució; ja que en la LPAC (art. 21.1) no es preveu cap excepció a la necessitat de resoldre expressament en cas de pagament anticipat. Així ho ha entès, per exemple, CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 174. De l'altra, hi ha autors que sostenen la terminació del procediment és la conseqüència jurídica automàtica d'una actuació material (el pagament voluntari amb anterioritat a la resolució sancionadora) duta a terme pel presumpte responsable, que no es troba condicionada ni necessitada de la mediació de cap acte administratiu que ho constati. En aquest sentit, vid. GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras... op. cit.

⁶¹¹ En el mateix sentit, REBOLLO PUIG, M., *Novedades relativas al procedimiento sancionador...* op. cit., p. 532-533.

pugui canalitzar el rebuig de la responsabilitat mitjançant algun recurs. Ara bé, si per beneficiar-se de la reducció l'inculpat no només ha de renunciar al dret de defensa en el procediment administratiu sinó també a qualsevol impugnació davant de la jurisdicció, no s'entén quina diferència hi ha entre el pagament voluntari, d'una banda, i l'acceptació de la responsabilitat, de l'altra, ni tampoc com es poden acumular les reduccions. En conseqüència, és possible afirmar que la interposició de recurs contenciós administratiu no comporta la pèrdua de la reducció obtinguda amb el pagament voluntari (sense reconeixement de responsabilitat)⁶¹². No obstant, si realment aquesta és la voluntat del legislador hauria d'haver explicitat que les resolucions sancionadores dictades en aquests casos esgoten la via administrativa, cosa que, com sabem, no ha fet.

Recapitulant, tal com s'ha avançat, la regulació -confusa i insuficient- d'aquestes figures en la LPAC no garanteix de forma adequada el dret de defensa i el dret a la tutela judicial efectiva, ja que ni queda clar si realment el legislador ha pretès excloure aquest dret ni -en el cas que no sigui així- en quines condicions els ciutadans el podran fer efectiu (a més, tot i la seva transcendència, cap d'aquestes qüestions han estat abordades en la memòria d'impacte normatiu de la Llei). En qualsevol cas, pot afirmar-se que la manca de claredat d'aquesta regulació dissuadeix efectivament l'exercici del dret d'accés a la jurisdicció.

(iii) No es comprèn la generalització d'aquestes figures a qualsevol àmbit sectorial. Tal com han destacat diversos autors, aquestes mesures són pròpies de sectors específics on es produeixen infraccions massives que generen una quantitat enorme de procediments (per exemple, en l'àmbit de trànsit o el tributari)⁶¹³. En la resta de sectors, caldria una ponderació individualitzada per determinar si els beneficis en termes d'economia processal justifiquen el sacrifici que aquestes reduccions signifiquen per als interessos públics tutelats en els concrets àmbits materials (salut pública, medi ambient, urbanisme, etc.); ponderació que amb aquesta generalització no s'ha realitzat.

⁶¹² *Ibíd.*, p. 534-535.

⁶¹³ Comparteixen aquesta opinió: MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., p. 368; SÁNCHEZ MORÓN, M., «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 56, 2015, p. 26; JALVO, B. M., «La determinación de las sanciones administrativas. Normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018, pp. 101-129.

A més, aquesta qüestió esdevé encara més greu perquè aquestes bonificacions s'han establert en preceptes de caràcter imperatiu per a l'Administració⁶¹⁴ i sense preveure diferències ni matisacions entre les diverses infraccions (ni per la seva gravetat ni pel bé jurídic afectat). De manera que el principi de proporcionalitat podria resultar infringit per la reducció efectuada, perquè amb l'aplicació d'aquestes reduccions podria arribar a quedar desatès l'interès públic tutelat mitjançant la tipificació de la infracció⁶¹⁵. Així, des de la perspectiva dels interessos públics en joc, si s'ha produït una infracció greu o molt greu -i que, per tant, comporta una gran afectació dels béns jurídics protegits- no es comprenen les raons de reduir la sanció prevista només perquè l'infractor decideixi pagar abans⁶¹⁶. Al seu torn, en cada Administració amb potestat per dictar reglaments sancionadors, la reducció pot ser diferent; de manera que un perjudici de característiques similars a un mateix bé jurídic -protegit mitjançant la tipificació de la infracció- pot tenir resultats divergents no justificables pels interessos en presència. En suma, el fet d'importar una institució de determinats àmbits sectorials i fer-la extensiva al procediment administratiu sancionador comú, sense la seva corresponent adaptació i sense permetre la valoració casuística, trenca per complet el principi de seguretat jurídica⁶¹⁷.

Deixant de banda la regulació concreta prevista en la LPAC, en la nostra opinió, la valoració del principi d'eficàcia⁶¹⁸ ha de tenir present l'amplitud amb què s'ha acceptat la potestat sancionadora a l'Estat espanyol, la qual -com sabem- es projecta sobre àmbits molt diferents. És a dir, l'anàlisi dels costos i les càrregues administratives derivades de tramitar la totalitat de l'expedient administratiu sancionador no es pot projectar igualment -no es poden ponderar igual els principis constitucionals confrontats- quan afecta drets fonamentals -per exemple, els de participació política- que quan afecta àmbits sectorials on es produeixen infraccions massives -per exemple, trànsit.

⁶¹⁴ L'art. 85.3 PCAP utilitza termes imperatius: «en ambos casos [reconocimiento de la responsabilidad y pago voluntario], cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento *aplicará* reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta».

⁶¹⁵ En el mateix sentit, JALVO, B. M., «La determinación de las sanciones... op. cit., pp. 101-129.

⁶¹⁶ En el mateix sentit, SÁNCHEZ MORÓN, M., «Una reforma precipitada... op. cit., p. 26.

⁶¹⁷ A la mateixa conclusió arriba BAUZÁ MARTORELL en relació amb la translació del sistema de clemència a la LPAC. BAUZÁ MARTORELL, F. J., «La denuncia en el anteproyecto de ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 2, 2015.

⁶¹⁸ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos. A: Luis MÍGUEZ MACHO, L., ALMEIDA CERREDA, M. i SANTIAGO IGLESIAS, D. (coordinadors), *La simplificación de los procedimientos administrativos: Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014*, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 2014, pp. 15-73.

Finalment, la valoració de si la reducció de la sanció -establerta a la LPAC o a la LOPSC- és o no coaccionadora no es pot deslligar de la configuració pròpia del Dret administratiu sancionador. En aquesta valoració s'han de tenir presents diversos aspectes: la posició de l'òrgan sancionador -que com sabem, no és independent ni imparcial-; el valor de les informacions aportades per les autoritats -que fan de prova de càrrec-; l'opacitat del dret administratiu sancionador -això és, el fet que la manca de publicitat de les resolucions sancionadores no permet que es generi una anàlisi rigorosa de la delimitació de les infraccions per part de la doctrina, de la societat i de la comunitat científica-, i la manca de celeritat del procediment contenciós administratiu. Es pot afirmar, per tant, que la suma de tots aquests elements influeixen en el moment de valorar si l'establiment per part del legislador d'un determinat descompte indueix finalment al pagament de la sanció encara que l'inculpat es consideri innocent.

1.2.- La conceptualització del dret punitiu per part del TEDH

La unitat del *ius puniendi* ha estat avalada per la jurisprudència del TEDH. Aquesta confirmació s'ha produït a través de l'establiment d'un concepte material de «Dret punitiu» a efectes d'aplicació del CEDH, desvinculat de la qualificació interna que en realitzin els Estats membres; és a dir, desvinculat de si internament ha estat qualificat de «Dret penal» o de «Dret administratiu sancionador».

L'aportació del TEDH en relació al concepte de dret punitiu ve marcada pel fet que l'art. 6 del CEDH reconeix el dret a un procés equitatiu en els litigis de caràcter civil i en les acusacions en *matèria penal*⁶¹⁹, de manera que es qüestiona si els drets reconeguts en l'esmentat article són també aplicables als procediments administratius sancionadors. Per donar resposta a aquesta qüestió, i davant de la diversitat dels drets nacionals, el TEDH opta per operar amb un «concepte autònom» d'«acusació en matèria penal» respecte de

⁶¹⁹ En concret, en la versió castellana publicada al BOE núm. 243, de 10 d'octubre de 1979, pp. 23.564-23.570, s'utilitza l'expressió «materia penal» a l'art 6.1: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de *carácter civil* o sobre el fundamento de cualquier acusación en *materia penal* dirigida contra ella. (...)» (les cursives són nostres). D'altra banda, a l'art. 7.1 s'empra l'expressió «infracción»: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una *infracción* según el Derecho nacional o internacional. (...)». Al seu torn, en les versions originals anglesa i francesa s'utilitzen les expressions «criminal charge» i «matière pénale» (art. 6.1) i «criminal offence» i «infraction» (art. 7.1), respectivament.

les categories utilitzades pels ordenaments interns dels Estats⁶²⁰. Així, si una matèria mereix ser qualificada «de penal» en base als criteris del TEDH, s'hauran d'aplicar les garanties de l'art. 6 del CEDH, malgrat que la matèria sigui qualificada «d'administrativa» en dret intern⁶²¹.

En base a aquest concepte de matèria penal, el TEDH determina que no és incompatible amb el CEDH que un òrgan de tipus administratiu pugui adoptar una decisió «materialment penal», al no contenir aquest Conveni cap regla que exclougi tal possibilitat. En canvi, estableix que seria contrari al CEDH que els Estats poguessin declarar inaplicables els articles 6 i 7 per la via de qualificar una infracció «d'administrativa» en comptes «de penal»; és a dir, mitjançant els processos de despenalització. En concret, segons el TEDH:

«a) El Convenio no impide que los Estados creen o mantengan la distinción entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, y señalen la línea divisoria entre ellos, pero no se deduce de ello que esta delimitación sea vinculante para las finalidades del Convenio. b) Si los Estados contratantes pudieran, a su gusto, mediante la calificación de una infracción como disciplinaria y no como penal, evitar que se tuvieran en cuenta los preceptos fundamentales de los artículos 6 y 7, la aplicación de estos quedaría sometida a la voluntad soberana de los Estados. Esta flexible interpretación podría llevar a resultados incompatibles con el objeto y los fines del Convenio» *assumpte Campbell i Fell contra Regne Unit* (sentència de 28 de juny de 1984, § 68).

Per tant, el TEDH confirma la validesa del Dret administratiu sancionador com a sistema punitiu sempre que s'apliquin les garanties previstes en els articles 6 i 7 del

⁶²⁰ El TEDH també utilitza un concepte autònom de «matèria civil». Aquest concepte no ha estat analitzat en el present apartat perquè la major part de les sancions administratives són subsumibles en el concepte de «matèria penal» (que comporta major protecció pel fet d'aplicar-se les garanties de l'art. 6.2 i 6.3 CEDH). Així, només quedarien fora de l'àmbit d'aplicació de l'art. 6.1 CEDH les mesures sancionadores que no es puguin incloure ni en el concepte «matèria penal» ni en el de «matèria civil». Vid. RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., *La articulación de las garantías...* op. cit., pp. 58 i 65 a 71; ARZOZ SANTISTEBAN, X., Convenio Europeo de Derechos Humanos y procedimiento administrativo sancionador. A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, p. 180.

⁶²¹ És important destacar que a l'Estat espanyol també es va recórrer a un concepte material de pena amb unes finalitats anàlogues a les del TEDH: evitar el frau semàntic consistent en què les sancions administratives no són veritables penes. Com a testimoni d'aquesta utilització, es pot acudir a l'edició preconstitucional del *Curso de derecho administrativo I* de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., on s'afirma, en relació amb el principi *nulla poena sine iudicio* (reconegut en l'article 19 de la Llei del «Fuero de los Españoles» de 1945), que «debe aplicarse a un concepto material de pena, desde la perspectiva del ciudadano, sin que sea lícito el quiebro semántico de que las sanciones no son verdadera penas (aun cuando pueden llegar a ¡cuatro años de privación de libertad!, artículo 24,4 de la Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964, o a cifras ilimitadas de sanciones pecuniarias)» GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo I*, (reimpresió de la 2^a edició) Madrid, Civitas, 1977, p. 326.

Conveni (que equivalen al dret a la tutela judicial efectiva i als drets de defensa reconeguts a l'art. 24 CE i al principi de legalitat de l'art. 25 CE)⁶²².

El TEDH ha establert tres criteris orientatius -no prescriptius- per determinar si una qüestió ha de ser qualificada de matèria penal en el sentit de l'art. 6 del CEDH: (i) la qualificació jurídica en el Dret intern; (ii) la naturalesa de la infracció, i (iii) la naturalesa i gravetat de la sanció imposada⁶²³. Aquests tres criteris van ser fixats per la Sentència de 8 de juny de 1976, assumpte *Engel i altres contra Països Baixos*, tot i que referits únicament a les relacions entre el Dret penal i el Dret disciplinari⁶²⁴; i no és fins a la Sentència de 21 de febrer de 1984, assumpte *Öztürk contra Alemanya*⁶²⁵, que aquesta

⁶²² L'art 6 del CEDH estableix el dret a un procés equitatiu, el qual es concreta en diversos drets: el dret a què la causa sigui escoltada equitativament, públicament i dins d'un termini raonable, per un Tribunal independent i imparcial, establert per llei (art. 6.1); el dret a la presumpció d'innocència (art. 6.2), i el dret de defensa (que conté els múltiples drets previstos a l'art. 6.3). D'altra banda, l'art. 7 CEDH consagra el principi de *nullum crimen nulla poena sine lege*.

⁶²³ Vid. PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad... op. cit.»; RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 79; MORENO TRAPIELLA, P., «El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos», *Documentación administrativa*, núm. 280-281, 2008 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I»), pp. 323-358; BERTAZZO, S., «El derecho administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos» *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 39, 2015; ARZOZ SANTISTEBAN, X., *Convenio Europeo de Derechos Humanos...* op. cit., p. 181.

⁶²⁴ Els casos objecte de recurs en aquest assumpte consistien en determinades sancions imposades a soldats de l'exèrcit holandès per diverses infraccions disciplinàries (no compliment d'arrest, conducció irresponsable d'un vehicle militar, publicació d'una revista de l'associació de soldats en què es difonien conceptes contra la disciplina militar i els comandaments militars), pertanyents al règim disciplinari militar.

Aquesta STEDH (§ 82) determina que, per tal de verificar si una acusació determinada es refereix a una matèria penal, tal com s'entén a l'art. 6 CEDH: «importa en primer lugar saber *si el o los textos que definen la infracción incriminada pertenecen, según la técnica jurídica del Estado demandado, al derecho penal, al derecho disciplinario o a los dos a la vez*. Se trata, sin embargo, de un simple punto de partida. Tal indicación no tiene más que un valor formal y relativo, debiendo examinarse a la luz del denominador común de las legislaciones respectivas de los diversos Estados contratantes.

La naturaleza misma de la infracción representa un elemento de apreciación de gran peso. Si un militar es sancionado por una acción u omisión que habría transgredido una norma jurídica reguladora del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, el Estado puede en principio utilizar contra él el derecho disciplinario antes que el penal. A este respecto, este Tribunal señala su acuerdo con el Gobierno.

No se acaba, sin embargo, ahí el control del Tribunal, que sería meramente ilusorio si no tomase igualmente en consideración el *grado de severidad de la sanción* que puede sufrir el interesado. En una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, son de «materia penal» las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que, por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante. Así lo requiere la gravedad de la cuestión, las tradiciones de los Estados contratantes y el valor que el Convenio atribuye al respeto de la libertad física de la persona» (les cursives són nostres).

⁶²⁵ Aquest assumpte versa sobre la conformitat amb l'art. 6.3 e) CEDH (que reconeix el dret a ser assistit gratuïtament per un intèrpret, si no es comprèn o no es parla la llengua utilitzada en

doctrina s'amplia a les relacions entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador⁶²⁶. En aquesta sentència el TEDH estableix (§ 50):

«Después de reiterar la «autonomía» del concepto de «materia penal», como lo concibe el artículo 6, el Tribunal debe averiguar si la «contravención administrativa» cometida por el demandante incide o no en dicha materia. Para ello tiene en cuenta los criterios seguidos en su sentencia en el caso Engel antes citada (ibidem, págs. 34-35, apartado 82) interesa en primer lugar conocer si el texto que define la infracción de que se trata corresponde o no al Derecho penal según la técnica jurídica del Estado demandado; y hay que examinar a continuación, a la vista del objeto y de la finalidad del artículo 6, según el sentido habitual de sus términos y el Derecho de los Estados contratantes, la naturaleza de la infracción y la naturaleza y la gravedad de la sanción a la que se exponía el interesado»

Convé destacar que els tres criteris descrits són utilitzats pel TEDH tant de forma alternativa com cumulativa. En aquest sentit, entre d'altres, assumpte *Balsyté-Lideikiene contra Lituània* (sentència de 4 de novembre de 2008, § 55):

«Según la jurisprudencia establecida por el Tribunal, el segundo y el tercer criterio son alternativos y no necesariamente acumulativos: para que el artículo 6 pueda considerarse aplicable, es suficiente que el delito en cuestión sea por su naturaleza considerado «penal» desde el punto de vista del Convenio, o que el delito haga a la persona responsable de una sanción que, por su naturaleza y grado de severidad, pertenece en generalmente al ámbito «penal» (ver Ezeh y Connors v. el Reino Unido [GC], nos. 39665/98 y 40086/98, § 86, CEDH 2003-X). Esto no excluye que se pueda adoptar un enfoque acumulativo cuando el análisis separado de cada criterio no haga posible alcanzar una conclusión clara en cuanto a existencia de una «materia penal» (ver Lauko, citado anteriormente, § 57)».

A més, el propi Tribunal ha establert que no tots tres criteris tenen la mateixa importància o el mateix pes. En particular, el TEDH atorga al primer dels criteris, *la qualificació jurídica en el Dret intern*, un valor limitat als efectes d'evitar un frau d'etiquetes amb què es pugui eludir l'aplicació del CEDH a través de la qualificació com

l'audiència) de la imposició al Sr. Öztürk de les despeses d'un intèrpret que el va assistir en una audiència pública davant del Tribunal cantonal de Heilbronn. En aquest procediment judicial es resolva el recurs contra una resolució (administrativa) que imposava al Sr. Öztürk una multa per haver ocasionat un accident de trànsit al xocar amb un altre automòbil com a conseqüència d'una imprudència. El Govern no considera aplicable l'art. 6.3 e) CEDH perquè el demandant no va ser acusat d'una infracció penal, sinó que es tractava d'una contravenció administrativa.

⁶²⁶ Posteriorment, els tres criteris descrits en el text han estat utilitzats pel TEDH reiteradament, entre d'altres: assumpte *Campbell i Fell contra Regne Unit* (sentència de 28 de juny de 1984, § 68), assumpte *Lutz contra Alemanya* (sentència de 25 d'agost de 1987, § 54), assumpte *Malige contra França* (sentència de 23 de setembre de 1998, § 35), assumpte *Demicoli contra Malta* (sentència de 27 d'agost de 1991, § 31), assumpte *J.B. contra Suïssa* (sentència de 3 de març de 2001, § 44), assumpte *Balsyté-Lideikiene contra Lituània* (sentència de 4 de novembre de 2008, § 53) i assumpte *Flisar contra Eslovènia* (sentència de 29 de setembre de 2011, § 25).

a «no penal» de determinades sancions. És per això que, en ocasions, el Tribunal complementa aquest criteri amb l'examen de la qualificació atorgada a la mesura analitzada en les legislacions dels altres Estats parts del Conveni⁶²⁷.

Pel que fa al segon criteri, *la naturalesa de la infracció*, és al que el TEDH atribueix un major pes. En base a aquest criteri, el Tribunal examina si el règim sancionador es dirigeix a un grup de persones concretes (militars, presos, funcionaris, etc.) o a la col·lectivitat en general. Si es conclou que el règim es dirigeix a un grup concret que posseeix un estatut especial, en principi, es pot excloure la qualificació del supòsit com a matèria penal. Per contra, si es verifica que les infraccions es dirigeixen a tots els ciutadans, en principi, estarem davant de matèria penal⁶²⁸. Cal tenir present, però, que el fet que un determinat règim sancionador es dirigeixi a protegir el funcionament d'un sector concret d'actuació de l'Administració no impedeix que pugui ser qualificat també de matèria penal (en aquest sentit, assumpte *Öztürk*, § 53).

En relació amb el tercer criteri, el relatiu a la *naturalesa i gravetat de la sanció*, el TEDH hi inclou l'anàlisi de diversos paràmetres: (i) el contingut de la sanció, (ii) la severitat de la sanció i (iii) la finalitat de la sanció.

(i) El TEDH analitza el *contingut de les sancions* (privació de llibertat, multa, prohibició temporal d'exercici d'una professió, pèrdua de beneficis penitenciaris, etc.) i determina si són o no mesures punitives (matèria penal). Als efectes de la nostra investigació, cal destacar que el TEDH no ha tingut problemes per determinar el caràcter punitiu de les sancions de multa -siguin o no substituïbles per sancions privatives de llibertat- (per exemple, Sentència de 24 de febrer de 1994, assumpte *Bendenoun contra França*, § 46).

(ii) Pel que fa a la *severitat de la sanció imposada*, el TEDH ha establert que tenen caràcter repressiu les sancions dirigides al conjunt dels ciutadans, fins i tot quan són de caràcter lleu. És a dir, en aquests casos, la relativa suavitat de la pena no resulta una dada determinant per decidir l'exclusió de l'aplicació del CEDH (Sentència de 23 de novembre

⁶²⁷ RANDO CASERMEIRO afirma que des del cas *Öztürk* el TEDH no ha acudit a l'examen de la qualificació establerta pels altres Estats. RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 79.

⁶²⁸ Com destaca RANDO CASERMEIRO, aquesta classificació en funció de la naturalesa de la infracció distingeix entre el Dret penal en sentit ampli -que inclou el Dret penal i el Dret administratiu sancionador- i el Dret disciplinari -propi de les anomenades relacions de subjecció especial. *Ibíd.*, p. 82.

de 2006, assumpte *Jussila contra Finlàndia*, § 35)⁶²⁹. Per contra, la severitat de les sancions és apreciada de forma diferent en les sancions disciplinàries (que, com hem indicat a l'apartat anterior, difícilment són qualificades de matèria penal). En aquests casos, només una sanció greu pot fer concloure que ens trobem davant de matèria penal a efectes del CEDH (entre d'altres, Sentència de 28 de juny de 1984, assumpte *Campbell i Fell contra Regne Unit* § 68, i Sentència de 9 d'octubre de 2003, assumpte *Ezeh i Connors contra Regne Unit* § 96).

(iii) En relació amb la *finalitat de les sancions*, el TEDH es fixa en si la sanció conté un element de retribució i/o de dissuasió. Entre d'altres, la Sentència de 27 de gener de 2015, assumpte *Rinas contra Finlàndia*, en la que conclou que són matèria penal -als efectes del CEDH- els anomenats «recàrrecs fiscals» en la legislació finlandesa, ja que considera que no estaven concebuts com una indemnització econòmica per danys i perjudicis, «sino como un castigo para disuadir la reincidencia. Los recargos se imponían así por una regla, cuya finalidad era disuasiva y punitiva» (§ 49). Com veurem en l'apartat següent, aquest element és determinant en el nostre ordenament intern per tal de diferenciar les sancions d'altres mesures administratives amb contingut aflictiu però que no són sancions en sentit estricte.

En conseqüència, la configuració autònoma del concepte d'acusació en matèria penal per part del TEDH permet enjudiciar, des de la perspectiva del respecte als drets fonamentals, la conformitat al Dret de les qüestions litigioses que es susciten en l'àmbit del Dret administratiu sancionador. Es dona així un tractament unitari al *ius puniendi* en relació amb l'obligat respecte dels drets fonamentals previstos en el CEDH, la qual cosa no exclou que les característiques de les sancions administratives puguin modular la forma de compliment de les garanties derivades del Conveni (tal com s'ha analitzat *supra* en relació amb l'assistència lletrada, la imparcialitat, etc.).

En darrer terme, convé recalcar que la configuració unitària del *ius puniendi* realitzada per la jurisprudència del TEDH no aborda els límits entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal, perquè -com s'ha detallat- la concepció interna no afecta la concreció dels elements del dret punitiu. Així, el TEDH atorga llibertat als Estats per establir o conservar la distinció entre diferents tipologies d'infraccions als efectes del Dret intern i per traçar la línia divisòria entre elles (assumpte *Öztürk* § 49).

⁶²⁹ Convé destacar que aquest criteri no ha estat seguit en algunes sentències aïllades en què el TEDH ha exigut certa intensitat a la sanció administrativa per qualificar-la de matèria penal (per exemple, en matèria de recàrrecs tributaris). Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *Convenio Europeo de Derechos Humanos...* op. cit., p. 182.

Per tant, aquesta concepció unitària del *ius puniendi* -igual que la del TC- no ofereix criteris al legislador per a la distribució de les infraccions entre ambdós àmbits punitius -de nou, excepte els casos extrems (vid. *infra* Capítol 3).

1.3.- El “dogma” del *ius puniendi* únic per suplir les mancances conceptuals del Dret administratiu sancionador

Com acabem de veure, la unitat *ius puniendi* ha estat utilitzat per traslladar -amb matisos- les garanties del Dret penal al Dret administratiu sancionador (en especial, les vinculades amb els arts. 24 i 25 CE i els arts. 6 i 7 CEDH), però les aportacions no acaben aquí. La manca d'una regulació de la part general del Dret administratiu sancionador sumada a la manca de definició del concepte de sanció i d'infracció administrativa⁶³⁰ ha portat a la doctrina, a la jurisprudència ordinària i a jurisprudència del Tribunal Constitucional a la utilització del dogma *ius puniendi* únic de l'Estat per dotar conceptualment aquestes institucions.

Així, d'una banda, al parlar de sanció administrativa, es parteix de la base que en ella -igual que en les penes-, hi ha exercici o manifestació del *ius puniendi* de l'Estat. Aquest punt de partida condiona per complet el concepte de sanció; de manera que, la sanció administrativa es podria definir senzillament com a *pena imposada per l'Administració*⁶³¹. No obstant, el terme «pena» es reserva a les d'imposició en l'àmbit penal per marcar les diferències entre ambdós règims punitius.

Un dels exemples més gràfics de la conceptualització de la sanció administrativa des de la unitat del *ius puniendi* el trobem en GARCIA DE ENTERRÍA, qui defineix les sancions administratives com «un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal»⁶³². Notis el paral·lelisme amb la definició de MIR PUIG de les sancions penals «un mal con el que amenaza el Derecho penal para el

⁶³⁰ Els conceptes sanció i infracció administrativa no es troben definits ni a la Constitució Espanyola ni a la legislació. Aquesta mancança, tot i ser palesa, no ha estat subsanada per les modificacions legislatives en matèria sancionadora operades per la LPAC i la LRJSP.

⁶³¹ REBOLLO PUIG, M., «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), p. 154.

⁶³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo II...* 2013, op. cit., Capítol XVIII. «Las sanciones administrativas», apartat 1 «Concepto, significado y extensión».

caso de que se realice una conducta considerada como a delito»⁶³³. D'altres autors, com COSCULLUELA MONTANER utilitzen una definició més concisa «la medida aflictiva que retribuye la comisión de la infracción administrativa»⁶³⁴.

D'aquestes definicions es desprèn el contingut essencial del concepte de sanció administrativa: *la imposició -per part de l'Administració- d'una conseqüència jurídica desfavorable com a conseqüència de la vulneració de l'Ordenament jurídic*. Ara bé, tal com s'ha destacat en nombrosos treballs, aquest concepte de sanció no distingeix de forma clara les sancions administratives d'altres mesures negatives que imposa l'Administració i que no són sancions⁶³⁵. Ens referim a les altres formes de reacció que adopta l'Administració enfront dels administrats per recolzar l'ordenament administratiu; això és, fer complir les normes i restablir l'ordre jurídic indegudament alterat. D'entre aquestes formes de reacció s'engloben molts actes administratius desfavorables o de gravamen, per exemple: la revocació-sanció d'autoritacions o d'actes administratius favorables -concessions, subvencions, etc.-, la resolució de contractes administratius o les mesures d'execució forçosa.

Diferenciar les sancions administratives d'aquestes altres mesures administratives negatives és, en ocasions, una qüestió especialment complexa⁶³⁶, sobretot perquè les sancions administratives i aquests altres actes administratius desfavorables poden tenir el mateix contingut i el legislador sovint no les diferencia amb claredat⁶³⁷. Tot i això, establir

⁶³³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 45.

⁶³⁴ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de derecho administrativo...* op. cit., 2014.

⁶³⁵ Vid. CASINO RUBIO, M., «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (Comentario a la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 2060)», *REALA*, núm. 283, 2000, p. 569-574; HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., p. 205; CANO CAMPOS, T., *El concepto de sanción...* op. cit., p. 209.

⁶³⁶ Vid. HUERGO LORA, A., *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. A: MÍGUEZ MACHO, L., i ALMEIDA CERREDA, M. (coords), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor. Vol. 2*, Santiago de Compostela, Fundación Democracia y Gobierno Local i Andavira Editora SL, 2017, pp. 315-330.

⁶³⁷ El legislador, sovint, preveu sancions que, a més de punir, compleixen alhora altres funcions com la d'indemnitzar, la de reparar o la de restituir (prenem com a exemple la sanció de tancament d'un establiment sense la preceptiva llicència: el tancament opera com a càstig i com a restitució de la legalitat alterada). Però aquesta finalitat (restitució de la legalitat alterada) no és la principal de la sanció, sinó que és accessòria. La sanció (en el nostre cas, el tancament de l'establiment) podria substituir-se per qualsevol altre sanció prevista per la norma (per exemple, multa) que, tot i no complir la segona finalitat (de restitució), seguiria sent perfectament vàlida com a sanció. A més, aquestes altres finalitats (en el nostre cas, la restitució) poden aconseguir-se mitjançant les altres mesures administratives negatives que, de fet, són les que verdaderament tenen aquesta

critèris per a aquesta distinció esdevé imprescindible, ja que només a les sancions administratives se'ls apliquen els principis i les garanties pròpies del *ius puniendi*⁶³⁸.

Els criteris per distingir les sancions administratives de les altres mesures administratives amb efectes desfavorables són:

funció. Un exemple molt clarificador del que s'ha exposat el trobem en el conegut article de CASINO RUBIO «La indebida confusión entre sanciones... op. cit., en el que l'autor analitza la STS, de 2 de febrer de 1998. En aquesta sentència es determina la il·legalitat d'una sanció de tancament d'un establiment que no disposa de llicència pel fet de haver-se acordat la sanció amb caràcter indefinit (acord sense cobertura legal al superar termini màxim de tancament previst en la norma de referència). Però la qüestió més rellevant és que el propi TS adverteix que: «con toda evidencia el tratamiento de la cuestión debatida probablemente obligaría a otra solución si la decisión de clausura indefinida se hubiera adoptado en el ámbito de las potestades de policía o intervención administrativa, sin perjuicio de que desde el punto de vista sancionador se hubiese acudido también a imponer alguna sanción de las reguladas en el artículo 28, pero lo que no cabe es acogerse a este precepto para justificar una medida de clausura en términos de indefinición que probablemente estén justificados como intervención policial pero no como sanción».

En altres casos, les lleis inclouen en l'àmbit sancionador -ja no en la pròpia sanció- aquestes altres mesures -encara que sigui sense caràcter punitiu- al preveure-les com a conseqüència de la comissió i declaració formal d'una infracció (sovint, com a mesures complementàries a la sanció pròpiament dita). REBOLLO PUIG posa com a exemple l'article 130.2 LRJPAC. REBOLLO PUIG, M., «El contenido de las sanciones... op. cit., p. 174.

Partint de la premissa que aquestes altres mesures negatives, es poden adoptar, en el si d'un procediment sancionador -amb independència i a banda que la resolució del mateix sancioni o no- però també al marge d'ell, algunes previsions legals com les descrites provoquen que, sovint, sigui difícil distingir on comença i on acaba l'exercici de la potestat sancionadora de l'Administració (l'abundant doctrina i jurisprudència al respecte ho demostra). Per evitar equívocs seria preferible configurar les altres mesures negatives (amb finalitat reparadora) com a conseqüència de certes conductes il·legals, amb independència de que constitueixin o no infracció (o de que aquesta no es pugui declarar per haver prescrit). Ja que, com destaca CANO CAMPOS el pressupòsit per adoptar tals mesures no és una infracció (comportament típic, antijurídic i culpable), sinó una determinada situació de fet (actual i no pretèrita com en el cas de la infracció), que pot coincidir o no amb el comportament que descriu el tipus d'una infracció i que, per descomptat, no requereix el mateix grau de determinació que la infracció ni de cap culpabilitat. Però el legislador, a vegades, confon tot això, i les lliga a la comissió d'una infracció. CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador... op. cit., p. 55 nota al peu núm. 29.

⁶³⁸ El règim més garantista del *ius puniendi* resulta inadequat per a les mesures administratives negatives que no són sancions, pel fet que significa interposar obstacles a la realització dels interessos generals. Aquestes mesures de restabliment de la legalitat alterada s'han d'acordar tan aviat com sigui possible, fins i tot abans d'iniciar-se el procediment sancionador o d'altre tipus (sense haver-se de supeditar als tràmits propis del procediment sancionador) per tal d'evitar que es mantinguin els efectes contraris a l'interès general.

En aquest sentit, s'ha pronunciat reiteradament el TC, entre d'altres, en la interlocutòria 145/2012, de 16 de juliol, Ple, Rec. 6897/2011, on afirma que «la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental y, como tales, se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto. (...) En la medida en que las garantías previstas en el art. 25.1 CE sólo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de obligación de reposición del medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental» (FJ 4).

(i) Que les sancions són *constitutives*: el perjudici causat per la sanció és real i nou (la sanció és constitutiva de conseqüències jurídiques noves), mentre que el perjudici causat per les altres mesures negatives és merament declaratiu (declaren conseqüències jurídiques causades per normes o drets, o obligacions anteriors sense afegir ni treure res a la posició jurídica de l'infractor)⁶³⁹.

(ii) Que les sancions, a més, tenen *finalitats repressives* (no merament restitutòries o reparadores de la situació jurídica alterada): les sancions busquen castigar, mentre que les altres mesures tendeixen a satisfer els interessos públics (restitució del dany, restabliment de la legalitat alterada, indemnització dels danys i perjudicis, etc.). Aquestes finalitats repressives acosten la sanció administrativa a la pena⁶⁴⁰.

Des d'aquesta darrera perspectiva, REBOLLO PUIG opta per definir la sanció administrativa com «el castigo impuesto por la Administración» (des del prisma del contingut d'un determinat acte administratiu) o com «el castigo previsto por el ordenamiento para ser impuesto por la Administración» (des del prisma de previsió de l'ordenament). Segons aquest autor, en aquesta definició es troben compresos tots els elements essencials: imposició administrativa i caràcter punitiu⁶⁴¹. Conclou REBOLLO PUIG que, pel seu caràcter punitiu, les sancions administratives s'aproximen a les penes i es distingeixen d'altres mesures administratives. Per correspondre a l'Administració imposar-les, la potestat sancionadora s'aproxima a les altres potestats administratives, i les resolucions sancionadores als altres actes administratius i es diferencien de les penes⁶⁴². En aquest mateix sentit es pronuncia SÁNCHEZ MORÓN al afirmar que el que caracteritza les sancions administratives, com les penals, és la seva naturalesa repressiva de conductes il·lícites i no merament reparadora o d'execució⁶⁴³.

La Jurisprudència del TC també exigeix que la finalitat de la sanció sigui punitiva, entre d'altres, STC 276/2000, de 16 de novembre, Ple, Rec. 662/1997, FJ 3: «como hemos venido manteniendo, el carácter sancionador de un acto (...) depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2); en concreto, si halláramos en el instituto de referencia la presencia de la «finalidad represiva,

⁶³⁹ En el mateix sentit, CASINO RUBIO, M., «La indebida confusión entre sanciones... op. cit., p. 571.

⁶⁴⁰ En aquest sentit, HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., p. 187.

⁶⁴¹ REBOLLO PUIG, M., «El contenido de las sanciones... op. cit., p. 154.

⁶⁴² *Ibíd.*, p. 154.

⁶⁴³ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo...* 2008, op. cit., p. 666.

retributiva o de castigo» que hemos venido destacando como específica de las sanciones (SSTC 239/1988, FJ 2; 164/1995, FJ 4), habrá que concluir que (...) tiene sentido sancionador; si, por el contrario, la medida desfavorable careciese de tal función represiva no estaríamos en el ámbito punitivo (...).

Cal tenir present, que al marge de retribuir el càstig (funció punitiva o retributiva), les sancions administratives serveixen indirectament als interessos generals al prevenir la comissió de noves infraccions. Per tant, igual que les sancions penals, la funció de les sancions administratives és doble: punitiva i preventiva⁶⁴⁴. En aquest mateix sentit es

⁶⁴⁴ La funció o finalitat de la pena ha sigut objecte de discussions i polèmiques durant anys pels penalistes de diverses escoles i èpoques, donant lloc a les anomenades «teories de les penes». Molt succintament, les teories més destacades -que, en part, s'han exportat del Dret penal a l'àmbit de les sancions administratives- es poden agrupar en: teories absolutes, teories relatives i teories eclèctiques o de la unió (aquesta agrupació no pretén ser absolutament rigorosa i només s'utilitza amb voluntat simplificadora, per fer-ho seguim a MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN). Pel que fa les primeres, les teories absolutes (conegudes com les tesis de la retribució) només es preocupen del sentit de la pena (obviant per complet la seva finalitat). Per elles, el sentit de la pena es troba -i s'esgota- en la retribució, això és en la imposició d'un mal pel mal que s'ha comès. La pena és, doncs, la conseqüència justa i necessària del delictes comès. En segon lloc, les teories relatives (conegudes com les teories de la prevenció) es preocupen de la finalitat de la pena i es divideixen en dues: teories de la prevenció general i teories de la prevenció especial.

Les *teories de la prevenció general* veuen la finalitat de la pena en la intimidació a la generalitat dels ciutadans, per tal que s'apartin de la comissió de delictes. Els seus defensors consideren la pena com una *coacció psicològica* exercida a tots els ciutadans per tal que no cometin delictes. Alhora aquesta prevenció general es divideix en dues: (i) La prevenció general negativa: intimidació a la generalitat dels ciutadans amb l'amenaça d'una pena per la realització del comportament prohibit. (ii) La prevenció general positiva: demostració de la superioritat de la norma jurídica i dels valors que representa, així com restabliment o enfortiment la confiança dels ciutadans en el Dret.

Les *teories de la prevenció especial* veuen la finalitat de la pena en el fet d'apartar a qui ja ha delinquit de la comissió de futurs delictes, bé a través de la seva *correcció* o *intimidació* bé a través del seu *assegurament*, apartant-lo de la vida social en llibertat.

Per últim, les teories de la unió o eclèctiques (teories unificadores) pretenen resoldre la divisió entre les escoles partidàries de la retribució i les partidàries de la prevenció -general o especial. Els seus autors afirmen que la retribució i la prevenció són dos pols oposats de la mateixa realitat i que en comptes de contraposar-se s'han de coordinar: la retribució mira al passat, al delictes comès; la prevenció al futur, a evitar que es torni a delinquir. Aquestes teories unificadores tampoc satisfan la totalitat de la doctrina.

Cada una d'aquestes teories -i la combinació entre elles- han anat marcant l'evolució de les polítiques criminals dels estats dels darrers segles (a tall d'exemple, les teories eclèctiques, de prevenció general o especial, s'han utilitzat per abolir la pena de mort -en molts estats per complet i, en d'altres, reservant-la als delictes més greus-, per instaurar mesures de resocialització, suspensió de la pena, llibertat condicional, etc.). MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General* (5^a edició), València, Tirant lo Blanc, 2002 pp. 47-52.

Tal com ha destacat MIR PUIG, actualment, al nostre país, el pensament més generalitzat és que la retribució, la prevenció general i la prevenció especial són diferents aspectes d'un fenomen complex com és la pena. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 94.

Per tant, la funció o finalitat de la pena és doble: retributiva i preventiva (general i especial). Aquesta doble finalitat ha estat importada per la doctrina administrativista a les sancions

pronuncia de forma reiterada la jurisprudència, al atribuir funcions de prevenció -en el seu doble vessant, general i especial- o de dissuasió de les sancions administratives⁶⁴⁵. A més, com hem vist a l'apartat anterior, aquestes finalitats punitives i preventives són un dels elements que es valoren en el si del tercer criteri utilitzat per TEDH per tal de determinar si una qüestió és matèria penal a efectes del CEDH.

Malgrat això, cal tenir present, com destaca CANO CAMPOS, que el característic de les sancions administratives no és la seva finalitat preventiva, sinó la manera en què aquesta finalitat es persegueix: castigant. S'infligeix un mal per castigar, i es castiga per prevenir⁶⁴⁶. És en aquest punt on entra en joc el principi de proporcionalitat entre la sanció (càstig o mal imposat) i el desvalor del fet infractor, com a principi necessari per a la realització de la funció de prevenció general. La proporcionalitat actua com a límit, exigint que *la mesura* del mal imposat (la gravetat de la sanció) s'ha d'ajustar a la transcendència que per a la societat tenen els fets a què s'assignen; és a dir, s'ha d'ajustar a la nocivitat social. En cas contrari, no podria suscitar el consens social que exigeix la prevenció general positiva, ni resultaria admissible en un Dret democràtic. En opinió de MIR PUIG, la necessitat mateixa de la proporció (l'autor es refereix a les sancions penals) es fonamenta en la conveniència d'una prevenció general no només intimidadora, sinó capaç de motivar positivament la vigència de les normes en la consciència col·lectiva (prevenció general positiva)⁶⁴⁷. Per tant, sense proporcionalitat no s'aconseguirà la finalitat preventiva que persegueix la sanció (almenys en la seva vessant positiva).

administratives de les quals també es predica -de forma unànime- que, al marge de retribuir el càstig, serveixen indirectament als interessos generals al prevenir la comissió de noves infraccions. Per tots, REBOLLO PUIG M., «El contenido de las sanciones... op. cit., p. 157.

⁶⁴⁵ Entre d'altres, la STS de 18 de juny de 2013 (Sala 3ª del Contenciós-administratiu, Secció 7ª), Rec. 380/2012, que estableix que «A la hora de imponer la sanción correspondiente a la infracción apreciada, debe tomarse en consideración, (...) que la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor -criterio de prevención especial- y de la infracción misma -criterio de prevención general- y a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. (...)» (FJ 5).

I la STS de 22 de novembre de 2004 (Sala 3ª del Contenciós-administratiu, Secció 5ª), Rec. 174/2002, que determina que «(...) los fines a que responde la potestad sancionadora, [son] la corrección de conductas tipificadas como faltas administrativas, la prevención general, para evitar la continuación de tales conductas, y la prevención especial, para evitar la persistencia de la conducta que en cada caso se sanciona (sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 1988) (...)» (FJ 17).

⁶⁴⁶ CANO CAMPOS, T., El concepto de sanción... op. cit., p. 215.

⁶⁴⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*... op. cit., p. 139.

En altres paraules, la sanció requereix d'un mal d'intensitat suficient per poder actuar com a mecanisme de retribució de l'injust culpable de l'autor i aconseguir així expressar adequadament el desvalor del seu fet⁶⁴⁸⁻⁶⁴⁹. Però aquesta intensitat trobarà com a límit la retribució justa, això és la retribució proporcional. Sobre aquest extrem tornarem més endavant.

De tot això es desprèn que els elements característics de les sancions administratives són: (i) imposició administrativa, (ii) contingut aflictiu (mal infrigit a un ciutadà amb caràcter constitutiu i proporcional a la nocivitat social de la infracció) i (iii) finalitat repressiva, retributiva o de càstig (caràcter punitiu) i preventiva (general i especial). En conseqüència, podem concloure que, en virtut del dogma unitari del *ius puniendi*, l'únic element de distinció *prima facie* entre la sanció administrativa i la sanció penal és l'òrgan cridat a imposar-la: una és imposada per l'Administració (seguint el procediment administratiu) i l'altra, pels tribunals de justícia (en aplicació de les regles d'enjudiciament criminal). Fins aquí, el que és segur⁶⁵⁰.

Aquest criteri -formal i orgànic-, a més de ser accidental i casuístic (les infraccions passen de l'àmbit administratiu sancionador al penal, i viceversa, en els freqüents processos despenalitzadors -com el realitzat pel legislador del 2015- i penalitzadors -com l'operat en concrets àmbits sectorials, com l'urbanisme⁶⁵¹), no ofereix al legislador

⁶⁴⁸ En aquest mateix sentit, però projectat sobre les sancions de naturalesa penal, ROBLES PLANAS, R., Introducció a la edició espanyola. Dogmática de los límites al Derecho Penal. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), p. 41.

⁶⁴⁹ No és pacífic que aquesta necessitat d'intensitat suficient s'inclouï en la prevenció general negativa. En contra d'aquesta inclusió s'argumenta que no pot fer-se responsable a l'autor d'una infracció de les tendències delictives alienes. Aquest respondrà única i exclusivament dels danys a l'autoritzat o a la vigència de la norma causats pel seu fet (incloent els cognitius o psico-socials). En aquesta línia, ROBLES PLANAS creu que la intensitat suficient de la pena no és una exigència de la prevenció general, sinó que és una característica pròpia de la pena i de la retribució. Per a aquest autor, la seguretat cognitiva s'ha d'aconseguir necessàriament en el marc de la retribució justa. *Ibíd.*, p. 41.

⁶⁵⁰ En aquest mateix sentit, MIR PUIG afirma que l'únic segur és que les sancions administratives es distingeixen de les penals per raó de l'òrgan cridat a imposar-les. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 43.

⁶⁵¹ Una part de la doctrina ha denunciat que en les darreres dècades, per tal de lluitar amb major contundència contra determinats il·lícits (per exemple, corrupció en l'àmbit urbanístic), s'han incrementat les facultats penals tipificant com a delictes, en concrets àmbits sectorials, conductes que afecten a béns jurídics de caràcter col·lectiu o supra individual, que fins aquell moment no existien com a tal o, com a molt, eren qualificats d'infraccions administratives. En aquest mateix sentit, des del prisma dels administrativistes, TORNOS MAS, J., ¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado? *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014.; i des del

elements per determinar la frontera entre la utilització del Dret administratiu sancionador i la del Dret penal, ni estableix criteris de distinció entre ambdós sistemes punitius, ni tampoc estableix pautes per a la distribució de les infraccions entre aquests dos règims. En conseqüència, la configuració de les sancions administratives des del *ius puniendi* únic és insuficient als efectes de la nostra investigació.

D'altra banda, pel que a fa a les infraccions administratives, la jurisprudència i la doctrina han establert definicions que, com destaca REBOLLO PUIG, només són reproducció de les clàssiques definicions del delictes amb mínimes adaptacions⁶⁵². Així, el Tribunal Suprem ha establert que «las contravenciones administrativas (...) se integran en el supra concepto de ilícito, que exige un comportamiento humano, una antijuridicidad, la culpabilidad y el resultado potencial o actualmente dañoso (...)» (STS de 17 d'abril de 1990 (Sala 3ª del contenciós-administratiu, Secció 2ª). I, en conseqüència, en base a la unitat del *ius puniendi* aquest Tribunal defineix les infraccions administratives com una «conducta antijurídica, típica y culpable»⁶⁵³. En aquest sentit, és especialment il·lustrativa la STS de 28 de juliol de 1997 (Sala 3ª del contenciós-administratiu, Secció 3ª), Rec. 2434/1991, FJ 4:

«A este respecto conviene ahora recordar la doctrina del TC, según la cual son trasplantables, con ciertos matices, al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración los principios que rigen el Derecho Penal, al ser ambos campos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. Conforme a ellos, para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable; presupuestos que quedan eliminados por la concurrencia de causas de justificación, o excluyentes de la culpabilidad o antijuridicidad»⁶⁵⁴.

Aquesta forma de configurar les sancions, les infraccions i el Dret administratiu sancionador en general des del prisma del *ius puniendi* únic de l'Estat, acaba convertint la potestat sancionadora de l'Administració en un instrument independent dins de l'acció executiva-administrativa i paral·lel al mecanisme penal, amb el que pot intercanviar-se, al compàs dels processos de despenalització. La potestat sancionadora es configura, per tant, com una versió del Dret penal amb una rebaixa de grau, disponible per al

prisma dels penalistes, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edició), Madrid, Civitas, 2001.

⁶⁵² REBOLLO PUIG, M, Derecho administrativo sancionador y derecho penal. A REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 51.

⁶⁵³ Sobre aquests elements de la infracció, vid. SUAY RINCON, J., «La formulación del principio de legalidad... op. cit., pp. 25-26.

⁶⁵⁴ Vid. també, SSTS de 20 de novembre 1987, Sala 5ª del contenciós-administratiu, FJ5; de 28 de juny de 1989, Sala 3ª del contenciós-administratiu, FJ 5.

legislador⁶⁵⁵. Una de les manifestacions més clares d'aquesta forma d'utilitzar el Dret administratiu sancionador com una alternativa a la resposta penal rebaixada en grau la trobem a la Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de Protecció de la Seguretat Ciutadana. Aquesta norma, des la pròpia exposició de motius, es configura com una descàrrega del Dret penal en el Dret administratiu sancionador, i així ha estat vista per la doctrina⁶⁵⁶.

És justament aquesta forma de concebre el Dret administratiu sancionador -com una manifestació del *ius puniendi* rebaixada en grau- la que porta a admetre i justificar un règim menys garantista per a la imposició de sancions administratives que per a la imposició de sancions penals⁶⁵⁷. És a dir, aquesta forma de concebre el Dret administratiu sancionador és la que permet a admetre *els matisos* (en paraules del TC) en la translació de les garanties pròpies del Dret penal a l'administratiu sancionador.

D'aquesta conclusió, n'extraïem diverses preguntes. La primera és si aquesta forma de raonar és vàlida per a les infraccions que estan properes a l'exercici de drets fonamentals, o si justament aquestes diferències de garanties han de fer de límit al legislador, per la particular posició que ocupen els dret fonamentals en el nostre ordenament jurídic. La segona és si, aquesta forma d'entendre el Dret administratiu sancionador, no ha d'imposar que les sancions administratives sempre siguin inferiors a les sancions penals⁶⁵⁸. Per últim, si sense aquestes diferències tindria sentit l'existència

⁶⁵⁵ En aquest mateix sentit CASINO RUBIO, per qui aquesta forma de concebre la potestat sancionadora la converteix en «una simple hijuela del Derecho penal» i no en una potestat administrativa més (com les de foment, d'inspecció o autorització). A més, l'autor estableix que aquesta concepció pot portar a pensar (equivocadament) que la potestat sancionadora no està estrictament vinculada a la gestió del corresponent sector administratiu. CASINO RUBIO, M., *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales (CEPC), 2018, p. 26. En el mateixos termes, CASINO RUBIO, M., La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directors), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 413.

⁶⁵⁶ PRESNO LINERA, M. Á., «El primer anteproyecto de ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, p. 269–292; BILBAO UBILLOS, J. M., «La llamada ley mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, p. 217–260; PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad... op. cit.»; CASINO RUBIO, M., «La Ley Orgánica 4/2015... op. cit.», p. 123–141; CASINO RUBIO, M., *El concepto constitucional de sanción... op. cit.*, p. 26.

⁶⁵⁷ Un resum de les diferències més rellevants en els règims de garanties d'ambdós sistemes el trobem a CANO CAMPOS, T., *El concepto de sanción... op. cit.*, p. 219 i 220. Veure també SALAT PAISAL qui separa en dos grans blocs les diferències entre ambdós règims: d'una banda, les garanties formal i procedimentals; i de l'altra, les garanties de caràcter material. SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit.», p. 36 a 43.

⁶⁵⁸ El Consell d'Estat va advertir, en la reforma punitiva del 2015, sobre la paradoxa que significa que les sancions administratives comportin sancions majors que les penals en els mateixos tipus

de dues manifestacions del *ius puniendi*. Algunes d'aquestes qüestions -entre d'altres-, han portat a diversos autors a criticar les conseqüències del pressupòsit de la unitat del *ius puniendi* des de diversos prismes.

Un primer grup de crítiques a la configuració del Dret administratiu sancionador des de la unitat de *ius puniendi* es fixen en què aquesta forma de raonar prescindeix de l'autonomia de la potestat sancionadora de l'Administració i, molt especialment, prescindeix absolutament de les seves peculiaritats. D'entre els autors que han posat l'accent en aquesta qüestió, destaca NIETO GARCIA qui s'ha mostrat enèrgicament en desacord amb la concepció del Dret administratiu sancionador com un Dret penal de segona categoria (com una «simple hijuela» del penal)⁶⁵⁹. D'entre les peculiaritats del Dret administratiu sancionador ignorades per la tesi de la unitat del *ius puniendi*, es destaca la diferent finalitat d'ambdós règims sancionadors: el Dret penal és de caràcter retributiu i, en canvi, la finalitat última del Dret administratiu sancionador és la prevenció de les infraccions, ja que l'actuació repressiva de l'Administració forma part de la gestió. De manera que, a diferència de la pena, la sanció administrativa no persegueix retribuir la infracció, sinó simplement corregir la corresponent conducta per evitar que es cometin noves infraccions i, així, afavorir l'efectivitat de la gestió dels interessos públics corresponents a cada sector de l'activitat administrativa⁶⁶⁰.

Un segon grup de crítiques es fonamenta en el fet que l'afirmació de la unitat del *ius puniendi* i de la identitat substancial entre els dos règim punitius esborra qualsevol

d'infraccions (dictamen, de 23 de juny de 2013, a l'Avantprojecte de Llei orgànica per la qual es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal): «En relación con esas conductas que se reorientan hacia la sanción administrativa, como también de las que se mantienen en el Código Penal, pueden avanzarse otras observaciones de carácter general (que se concretarán, después, sin ánimo exhaustivo, en algunos apartados del Anteproyecto). De un lado, resulta necesaria una correcta articulación entre las sanciones penales y las administrativas; puede observarse que, en ocasiones, la pena impuesta desde el Código Penal es sensiblemente inferior a la establecida para el mismo tipo de infracción en las leyes administrativas correspondientes (a título ilustrativo, así se observará en los ámbitos de protección de la flora o de tenencia de animales peligrosos). De este modo, la sanción penal -con la preferencia que se le atribuye a este orden- puede llegar a operar, paradójicamente, a favor del infractor, produciéndose el efecto perverso de que la tipificación penal de una conducta implique, en determinados casos, una reducción de la sanción asociada a esa conducta.

Resulta necesario aspirar, por tanto, a una cuidada articulación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal; articulación que debe alcanzar tanto a las conductas como a las sanciones correspondientes, en particular cuando unos mismos hechos sean objeto de sanción administrativa y penal (atendida su menor o mayor gravedad)».

⁶⁵⁹ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 567.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 566-567. En el mateix sentit, CASINO RUBIO, M., «La Ley Orgánica 4/2015... op. cit., pp. 132-133; CASINO RUBIO, M., *La moderna Ley Orgánica 4/2015...* op. cit., p. 414; PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad... op. cit.

límit material entre ambdós camps (amb l'única excepció del límit imposat a l'art. 25.3 CE, que prohibeix la imposició de sancions privatives de llibertat de part de l'Administració civil). Tal com ha destacat HUERGO LORA, si es decideix que les sancions administratives no es diferencien de les penals i que és impossible distingir el delictes de la infracció administrativa i, d'això es dedueix a més, que la potestat administrativa sancionadora s'ha de sotmetre als mateixos principis de la penal, ens quedem sense arguments per exigir al legislador que respecti uns determinats límits en el moment de repartir el camp entre els dos mecanismes sancionadors⁶⁶¹. De manera que, en relació amb la identitat substancial entre els dos règim punitius, es produeix una gran paradoxa, doncs aquesta posició, que en principi és més garantista (al no permetre una potestat sancionadora al marge dels principis del Dret penal), acaba portant al resultat contrari: com que actualment d'ella no en deriva l'afirmació de la inconstitucionalitat de la potestat sancionadora (entre d'altres raons, pel seu reconeixement exprés en l'art. 25 CE), tot es redueix a demanar que se li apliquin els principis del *ius puniendi*. I amb això, de fet, es deixa en mans del legislador l'elecció d'un o l'altre instrument⁶⁶².

Al seu torn, la inexistència de límits materials entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal permet al legislador variar el límit ambdós règims en dues direccions: (i) imposant penes a conductes lleus i (ii) preveient la imposició de sancions administratives molt greus (amb la consegüent disminució de garanties per als ciutadans). Aquesta situació posa de manifest una important deficiència del sistema sancionador espanyol: la manca de justificació d'un sistema amb diverses garanties sense límits en la distribució de les seves manifestacions. Ja que -tal com conclou HUERGO LORA-, l'existència de dues potestats punitives paral·leles només té sentit si es coordinen entre elles, però no si són equivalents «pues en este caso toda diferencia entre el nivel de garantías de una y otra (que la hay, y necesariamente) resulta injustificada y arbitraria»⁶⁶³.

En suma, un cop afirmada la unitat del *ius puniendi*, l'existència de dos àmbits punitius diferenciats només té sentit si entre ells hi ha diferències (si no hi ha cap diferència entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador, és difícil justificar el desdoblament del *ius puniendi*); i, com s'ha vist al llarg del present Capítol, aquestes diferències, es projecten especialment en les garanties dels ciutadans⁶⁶⁴. Ara bé, justament

⁶⁶¹ HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas...* op. cit., pp. 30-32.

⁶⁶² *Ibíd.*, p. 32.

⁶⁶³ *Ibíd.*, p. 34.

⁶⁶⁴ Tal com afirma RANDO CASERMEIRO, «en el momento en que exijamos a rajatabla las garantías penales en el ámbito administrativo sancionador, la potestad sancionadora de la administración perdería buena parte de su fundamento. Esto quiere decir que hay que asumir definitivamente otro presupuesto: que el derecho administrativo sancionador es y debe ser un sistema menos garantista

aquestes diferències en les garanties són les que imposen la necessitat d'establir uns límits materials en la distribució del *ius puniendi*. En altres paraules, si les garanties són diferents (que acceptem que ho han de ser per tal que tingui sentit l'existència de dos règims), no es pot acceptar la impossibilitat absoluta de distribuir racionalment el règim punitiu⁶⁶⁵. De manera que, en la nostra opinió, les conseqüències negatives d'aquesta forma d'entendre la unitat del *ius puniendi* són la resignació amb què una part de la doctrina accepta la manca de coherència del sistema, l'amplíssima llibertat del legislador (quasi absoluta) i la configuració d'una potestat sancionadora sense regles pròpies (més enllà de la translació de les penals)⁶⁶⁶.

2.- LA FRONTERA ENTRE EL DRET PENAL I EL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR: LES TEORIES SOBRE LA DISTINCIÓ

2.1.- Justificació de l'anàlisi de les teories sobre la distinció

De forma unànime la doctrina ens recorda l'enorme dificultat que comporta la distinció entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador⁶⁶⁷ i els grans esforços que

que el derecho penal». RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 313.

⁶⁶⁵ Sobre la necessitat de repartir racionalment el *ius puniendi* entre ambdós règims punitius, vid. GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el *ius puniendi*... op. cit., p. 36.

⁶⁶⁶ Un exemple d'aquesta resignació el trobem a les afirmacions realitzades per MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN: «La distinción entre el poder sancionador administrativo y el propiamente penal es puramente coyuntural y, desde luego, no se basa en criterios cualitativos o de diferencias esenciales entre los ilícitos administrativos y penales que están en su origen. *La distinción es fundamentalmente cuantitativa.* (...) Sin embargo, cabe el peligro de que rebajando este hecho [conducir bajo los efectos del alcohol] a la categoría de infracción administrativa, pase a manos del poder sancionatorio de la Administración y que ésta proceda más expeditivamente que el propio Derecho penal. Un ejemplo de ello puede ser también la consideración como infracción administrativa del consumo de drogas en la ley de Seguridad Ciudadana. El consumo, que no es delito, pasa así a ser sancionado administrativamente. *Contra este procedimiento poco se puede hacer, dado el relativismo de la distinción entre ilícito administrativo e ilícito penal, pero, en todo caso, y para evitar los abusos a que dio lugar la ley de orden Público en la dictadura franquista, el art. 25,3 de la Constitución dispone expresamente que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».* Es decir, de toda la gama de sanciones, la única específica del derecho penal es la privación de libertad (...). En las demás, la Administración puede hacer uso ilimitado de ellas. *Lo único que cabe esperar ante este desmesurado poder sancionatorio es que también aquí rijan los mismos principios y garantías que rigen en la imposición de las sanciones penales.*» (les cursives són nostres). MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., pp. 76-77.

⁶⁶⁷ MARTIN-RETORITILLO BAQUER, L., «Multas administrativas»... op. cit., p. 13; NIETO GARCIA, A., «Problemas capitales del derecho disciplinario», *Revista de administración pública*, núm. 63, 1970, p. 39-83; NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op.

ja s'han dedicat a aquesta qüestió. Per a alguns autors, però, resulta d'obligat compliment el plantejament periòdic (i cíclic) d'aquesta distinció pels juristes (penalistes i administrativistes) de cada època⁶⁶⁸. Nosaltres ens aproximem a aquesta qüestió pel fet que, tal com hem vist, la unitat del *ius puniendi* no ens ofereix criteris ni pautes per distribuir les seves dues manifestacions.

Com a punt de partida, convé destacar que, per a la majoritària doctrina actual, estan desacreditades les aproximacions teòriques clàssiques a la distinció d'aquests dos àmbits punitius. D'una banda, pel fet que s'han provat insuficients per marcar una frontera clara o mínimament segura per a la distinció. De l'altra, pel fet que de manera sistemàtica aquestes teories són exposades en els estudis que s'han ocupat d'aquestes matèries.

En aquest sentit, bona part dels autors de referència aposten per deixar d'exposar-les a l'estudiar la frontera entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador. D'entre els autors que més s'han significat a favor d'aquest abandonament destaquen NIETO, per a qui aquestes descripcions són una «erudición inútil» i una «pesadilla dogmática», en especial pel fet de ser transcrites i recopilades amb «materiales de tercera mano»⁶⁶⁹; PARADA VÁZQUEZ que qualifica els esforços en aquests temes com a «ociosidad metafísica»⁶⁷⁰, i MUÑOZ CONDE qui considera que estem davant d'un «problema insoluble»⁶⁷¹. Malgrat aquestes afirmacions, sembla que la conseqüència d'abandonar l'estudi de les diverses teories és que la resposta de la frontera entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador s'ha de buscar en la legislació vigent (que no ofereix solucions satisfactòries o clares), o resignar-se davant d'un dret punitiu unitari en el qual no hi hagi criteris de distribució i, per tant, un dret punitiu en el qual les diverses garanties entre aquests dos règims siguin injustificades.

En la nostra opinió, tot i que s'afirmi que l'estudi de les diverses teories és estèril o està superat, en realitat la doctrina segueix utilitzant en part els criteris que aquelles teories ens oferien (tot i que amb altres noms o des d'altres prismes). I conseqüentment, quan t'aproximes a les obres d'autors actuals que estudien el fenomen del Dret administratiu

cit., p. 126; Injusto penal e injusto administrativo... op. cit.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 43.

⁶⁶⁸ MARTIN-RETORITILLO BAQUER, L., «Multas administrativas»... op. cit., p. 16; CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 169.

⁶⁶⁹ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 21.

⁶⁷⁰ PARADA VÁZQUEZ, J. R. «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», *Revista de Administración Pública*, núm. 67, 1972, p. 45.

⁶⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 64. Cita extreta de RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., p. 46 nota al peu 35.

sancionador segueixen apareixent, d'una o altra manera, moltes de les teories històriques (per exemple, la qüestió de si existeixen els anomenats «interessos administratius» que integren l'àmbit propi de tutela del Dret administratiu sancionador⁶⁷² o si les infraccions administratives de simple realització es troben desproveïdes d'antijuridicitat material).

De manera que, a la pràctica, moltes de les discussions que es mantenen al voltant del Dret administratiu sancionador no es poden comprendre completament si no es té present el bagatge que les diverses teories han deixat en l'imaginari jurídic. I, tot i que *en el present treball, es renuncia a trobar una línia de distinció entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador des del prisma de cap d'aquestes teories* (ens aproximarem a la matèria des de la perspectiva de les garanties punitives i des de la protecció dels drets fonamentals), creiem que és necessari exposar-les pel fet que influeixen la concepció doctrinal sobre el Dret administratiu sancionador i, fins i tot, la concepció del legislador.

Encara més, és justament en la provada impossibilitat de distinció de forma segura entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador sobre la que basarem la nostra hipòtesi: *si no hi ha criteris de distinció i és una qüestió de política legislativa, està justificat el diferent règim de garanties entre un sistema i l'altre?*⁶⁷³ *O és justament aquest diferent règim de garanties el que ens ha d'ajudar a distribuir el ius puniendi, en especial, en conductes vinculades amb l'exercici dels drets fonamentals de participació política?* És a dir, és precisament aquesta impossibilitat de distinció la que ens porta, en la present investigació, a fixar-nos en el divers règim de garanties. És per això que creiem imprescindible establir de forma succinta les teories més influents en aquest debat, fixant-nos especialment en les diverses teories qualitatives (això és, les que han buscat una distinció material).

Abans d'abordar les diverses teories, però, convé fer un doble advertiment. En primer lloc, cal tenir present la impossibilitat de descontextualitzar la teoria del seu

⁶⁷² En la mateixa línia de reflexió es situa, per exemple, RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., pp. 48-52.

⁶⁷³ En aquest sentit, es pronuncia TORIO LÓPEZ, per a qui «la pregunta sobre el contenido y estructura del injusto criminal (delito) frente al injusto del orden (infracción administrativa) sigue siendo procedente en la actualidad. De suprimirse esa pregunta, es decir, de admitirse que el delito y la infracción administrativa presentan una característica unidad, la consecuencia sería que ambas modalidades de injusto debería tratarse y sancionarse homogéneamente (...), responder a idénticos principios regulativos (irresponsabilidad de las personas jurídicas, dolo o culpa, error de prohibición, tentativa, participación, concurso, etc.) y reconducidos a idénticos medios procesales y jurisdiccionales -¿por qué una potestad sancionadora de la administración pública, o tribunales administrativos, con posible vulneración del postulado de división de poderes, para enjuiciar el injusto administrativo?-.» Aquest autor aposta per encarar el problema des d'una perspectiva valorativa. TORIO LÓPEZ, A., *Injusto penal e injusto administrativo...* op. cit., p. 2536.

moment històric (als efectes de no arribar a conclusions precipitades). I, en segon lloc, cal destacar també la seqüència argumentativa de les diverses teories: es comença buscant diferències qualitatives entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador; com que això no s'aconsegueix amb un grau de satisfacció necessari, es passa a afirmar que només és possible verificar diferències quantitatives o de grau entre ambdós règims punitius. Al no verificar-se aquesta diferència en el dret positiu, es passa a buscar diferències merament formals que no donen resposta a les qüestions formulades. I, finalment, s'arriba a l'adopció d'un enfocament mixt entre les dues: qualitatives i quantitatives⁶⁷⁴. Així que, en l'exposició de les diverses teories, nosaltres seguirem aquesta seqüència.

2.2.- Teories qualitatives

Un primer bloc de teories defensen que entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal existeixen diferències substancials, això és qualitatives. Aquestes teories es fixen en algun dels elements essencials de les sancions (subjecte, objecte, finalitat, forma i pressupòsit) o en l'il·lícit per sostenir l'existència d'una diversitat, de caire qualitatiu⁶⁷⁵.

Aquestes teories es desenvolupen principalment a Alemanya i a Itàlia, fonamentalment arran dels processos despenalitzadors i són importades posteriorment per una part de la doctrina de l'Estat espanyol. En relació amb aquesta importació -i, molt especialment a la seva necessària cautela-, cal tenir present, com destaca ALARCÓN SOTOMAYOR, que a l'Estat espanyol el Dret administratiu sancionador és, «ante todo y sobre todo», Dret administratiu i això el distingeix del Dret penal; en canvi, els drets de contravencions alemany i italià estan més a prop del Dret penal que del Dret administratiu⁶⁷⁶.

2.2.1.- Les teories de les diferències ontològiques (teories del dret penal administratiu)

Les tesis de les diferències ontològiques afirmen que hi ha una diversitat qualitativa entre l'il·lícit administratiu i el penal. La base d'aquestes teories és que existeixen il·lícits

⁶⁷⁴ Sobre aquesta evolució vid. *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., pp. 56-57.

⁶⁷⁵ En aquest mateix sentit, SUAY RINCON, qui utilitza cada un dels elements de les sancions administratives per classificar les diverses teories qualitatives. SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 73.

⁶⁷⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones... op. cit., p. 146.

típicament penals; això és, els veritables i genuïns delictes que es caracteritzen pel dany o la posada en perill concret d'un bé jurídic. En canvi, les contravencions s'esgoten pura i simplement en la omisió de l'obediència deguda a l'Administració i la seva importància no transcendeix del marc dels interessos administratius⁶⁷⁷.

La tesi de les diferències ontològiques és coneguda arran de la formulació de GOLDSCHMIDT i la seva teoria del dret penal administratiu, però aquesta teoria no és el primer intent de trobar diferències entre els il·lícits administratius i els penals. La recerca de criteris de distinció materials entre ambdós tipus d'il·lícits es comença a desenvolupar a l'època de la Il·lustració (finals del S. XVII)⁶⁷⁸ a través de les teories del dret penal de policia, que parteixen de la doctrina del dret natural.

A més, tal com veurem, quan la teoria del dret penal administratiu semblava del tot desacreditada, apareix una nova versió de la mateixa de la mà de SCHMIDT i la seva teoria de les infraccions de l'ordre. En conseqüència, al llarg de la història és possible distingir tres etapes d'aquestes teories (dret penal de policia, dret penal administratiu i dret de les infraccions de l'ordre) les quals tenen com a substrat comú una determinada concepció de l'individu i de les seves relacions amb l'Estat⁶⁷⁹. En opinió de MATTES, entre aquestes tres teories hi ha un fil conductor bàsic: totes elles descansen en últim terme en la contraposició de l'home, d'una part, com a individu i, d'una altra, com a ser comunitari, i en la fonamentació del Dret partint de la imatge de l'home com a individu⁶⁸⁰.

L'altre element que tenen en comú totes aquestes teories és que no es limiten a descriure el dret vigent *-lege data-*, sinó que pretenen crear un nou ordre *-lege ferenda-* i, conseqüentment, desplaçar l'ordenament anterior.

⁶⁷⁷ SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 88.

⁶⁷⁸ La necessitat de distingir la diferent naturalesa de les sancions -administratives i penals- es planteja arran de les idees de la Il·lustració. En concret, com a causa de la distinció i separació de poders que esdevenen premisses necessàries per arribar a plantejar aquest assumpte. MARTIN-RETORTILLO descriu aquest fet de forma molt gràfica a l'afirmar que, en efecte, en l'Estat preconstitucional, en tenir atribuïts uns mateixos òrgans la facultat de comandament administratiu i la facultat repressiva, la qüestió es planteja en termes molt diferents: a l'existir confusió, no hi ha lloc per a les distincions. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas»... op. cit., p. 15.

Per tant, la necessitat de plantejar aquesta distinció està estretament vinculada amb la distorsió que suposa en la teoria de separació de poders el fet que un d'ells -l'executiu- pugui dur a terme potestats pròpies dels altres -el legislatiu, en tipificar infraccions (amb les limitacions pròpies del principi de legalitat), i el judicial, en imposar sancions administratives.

⁶⁷⁹ SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 89.

⁶⁸⁰ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 12.

- Les teories del dret penal de policia: de FEUERBACH a MAX ERNESTO MAYER

En estudiar les teories del dret penal de policia, cal posar l'atenció en què el significat del terme *policia* varia en funció del moment històric en el qual s'utilitza i, molt especialment, en funció de la concreta organització de l'Estat en cada moment. Així, la paraula policia serveix per designar la total activitat de l'Estat (inclosa la justícia) fins al S. XVII, moment en què se separen primer la política exterior i l'organització de l'exercici de les finances i, posteriorment, la justícia⁶⁸¹. Per tant, en el context en què sorgeix el *dret penal de policia*, al no estar l'Administració gaire desenvolupada, els termes *administració* i *policia* són conceptes gairebé sinònims. Posteriorment, amb l'arribada de l'Estat liberal el terme *policia* canvia a significat per limitar-se a designar la funció de prevenció de perills; és en aquest moment quan sorgeixen les teories del dret penal de policia⁶⁸².

Les teories del dret penal de policia es desenvolupen a partir de la teoria del dret natural concebut per la Il·lustració què, partint d'un punt de vista individualista, diferencia els delictes naturals dels legals. La teoria del dret natural es basa en la idea que l'individu és anterior a la societat (en aquest context, apareix la teoria del contracte social) i fonamenta el Dret partint de la naturalesa de l'home com a individu: «el individuo debía constituir el fundamento del derecho y de la moral, de la sociedad y del Estado»⁶⁸³.

Per tant, es considera que el dret natural és un dret independent al dret de l'Estat i està format pels drets individuals als quals l'Estat s'ha de limitar a protegir. En base a aquestes premisses, la teoria del dret natural permetia distingir les accions antijurídiques per la seva naturalesa (els genuïns delictes) de les accions antijurídiques per la llei estatal (les meres infraccions de policia)⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ *Ibíd.*, p. 67, nota al peu 5.

⁶⁸² Per MATTES aquesta qüestió és especialment rellevant, ja que considera que el *dret de policia* històric és utilitzat per les teories del dret penal administratiu per justificar les seves pròpies tesis. Aquest autor, a partir d'una anàlisi històrica del dret penal de policia (és a dir, del dret administratiu), conclou que no existeix cap diferència històrica entre el dret penal de policia i el dret penal de justícia. En concret, destaca que el dret penal de policia, nascut amb l'Estat absolut en l'Edat Moderna, era un dret penal dels òrgans (administratius) de policia i no estava separat de la resta del dret penal per caràcters materials d'indole diferencial. En la seva opinió, només la doctrina, seguint a la teoria iusnaturalista de la Il·lustració, va intentar demostrar una diferència material entre ambdós àmbits del dret penal. *Ibíd.*, p. 138.

⁶⁸³ *Ibíd.*, p. 12 i 42.

⁶⁸⁴ *Ibíd.*, p. 43.

Es considera que FEUERBACH va ser el primer autor en extreure conseqüències per al Dret penal dels postulats del dret natural⁶⁸⁵. Aquest autor estableix una diferència conceptual entre el delictes contra el Dret i el simple delictes de policia⁶⁸⁶.

El delictes (acció contrària al dret natural) es configura com un atac injustificat a l'esfera jurídica originària de l'individu (lesió o posada en perill concret els drets subjectius individuals). En contraposició, les infraccions a la llei (infraccions de policia) es dirigeixen contra limitacions legals de l'esfera jurídica i de la llibertat individual, imposades per l'Estat per aconseguir la convivència dels individus dins del mateix i per assolir la finalitat que li és pròpia: assegurar els drets individuals. De manera que les infraccions a la llei no lesionen el respecte a altres individus ni representen, per tant, una lesió als drets de les persones, sinó que són prohibicions arbitràries de l'Estat, que restringeixen l'àmbit del que és lícit de manera natural, a causa del possible perjudici de drets aliens. Per això, les infraccions de preceptes dictats amb la finalitat de prevenir perills constitueixen únicament injust policial, creat per l'Estat, no un injust natural o genuí⁶⁸⁷.

Des de FEUERBACH hi van haver repetits intents de delimitar l'injust criminal respecte del policial i, en l'essencial, es van sostenir sobre els mateixos fonaments teòrics que el citat autor⁶⁸⁸. Tal com destaca GARCIA ALBERO, la idea rectora -present en la distinció entre delictes i il·lícit policial en les teories del dret penal de policia- es fa residir en la concepció que en l'il·lícit policial el bé violat està menys exposat al perill que en els supòsits d'un delictes criminal. La infracció administrativa es caracteritza com una mera desobediència, com un delictes de perill abstracte, com un delictes que no lesiona un bé jurídic⁶⁸⁹.

Tal com afirma MATTES, aquestes diferències teòriques no es corresponien a la situació jurídica real i van anar desapareixent a mesura que perdia importància la teoria del dret natural⁶⁹⁰. A més, es va començar a estendre el corrent de política judicial que

⁶⁸⁵ *Ibíd.*, p. 42; CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 161, nota al peu 9; GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. A MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, p. 327 nota al peu 86.

⁶⁸⁶ CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 161, nota al peu 9.

⁶⁸⁷ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 144.

⁶⁸⁸ *Ibíd.*, p. 154.

⁶⁸⁹ GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 327 nota al peu 86.

⁶⁹⁰ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 145.

pretenia limitar, si no suprimir del tot, el dret d'intervenció de la policia i, en especial, el poder penal policial, d'acord amb les exigències del liberalisme⁶⁹¹. Per GARCIA ALBERO⁶⁹², la crisi d'aquestes teories es deu també a l'ampliació del camp de l'antijurídic amb els actes perillosos i a la superació de la idea de lesió de dret subjectiu - que es produeix quan l'acció punible passa a recaure sobre el bé jurídic, la seva lesió o la seva posada en perill⁶⁹³.

Amb MAX ERNESTO MAYER i la seva teoria de les normes de cultura, es tanca l'època del dret penal de policia⁶⁹⁴. Segons aquesta teoria, l'injust criminal és un producte cultural que l'Estat es limita a seleccionar, reconèixer i protegir jurídicament. Juntament amb aquestes normes jurídiques, nascudes de les normes de la cultura, n'apareixen unes altres creades únicament per l'ordenament jurídic, que no tutel·len cap interès cultural, sinó purs interessos administratius, indiferents culturalment. En conseqüència, l'injust criminal és injust en virtut de la llei i de la seva nocivitat cultural, mentre que l'injust policial és injust només en virtut de la llei⁶⁹⁵. Així, per M. E. MAYER la norma de la cultura substitueix al dret natural⁶⁹⁶.

Cal tenir present que, tal com destaca MATTES⁶⁹⁷, les teories del dret penal de policia només van aconseguir una bipartició de les accions punibles, sense arribar a considerar els delictes de policia com a no pertanyents al Dret penal. No és fins a la obra de GOLDSCHMIDT i la seva teoria del penal administratiu quan pot parlar-se realment d'una teoria amb la que es pretenen diferenciar el Dret penal del Dret administratiu sancionador.

⁶⁹¹ *Ibíd.*, p. 155.

⁶⁹² GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 327 nota al peu 86.

⁶⁹³ Com destaca SILVA SÁNCHEZ, la teoria del Dret penal de protecció de béns jurídics sorgeix en el segle XIX amb vocació ampliadora en front de la teoria del dret penal protector exclusivament de drets subjectius. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 114.

En el mateix sentit, GÜNTHER ens recorda que la teoria del bé jurídic-penal la inaugura BIRNBAUM el 1834 i ho fa, justament, per combatre les tesis de FEUERBACH per a qui -com hem estudiat *supra*- el Dret penal només es justifica per protegir els drets subjectius de l'individu. GÜNTHER K., *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un "cambio de paradigma" en el Derecho penal?*. A DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 494.

⁶⁹⁴ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 169.

⁶⁹⁵ GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 327.

⁶⁹⁶ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 172.

⁶⁹⁷ *Ibíd.*, p. 143.

- La teoria del dret penal administratiu: GOLDSCHMIDT

La teoria del dret penal administratiu apareix en el moment en què es transforma l'Estat de policia del liberalisme en l'Estat administratiu (transformació que es produeix en el pas del S. XIX al S. XX). En aquest moment, l'Administració es comença a ocupar de camps de la convivència humana en els quals abans no havia intervingut i la policia passa a ser només una branca més de l'administració interna de l'Estat. En conseqüència, de la funció de l'Estat liberal de policia -de protegir als particulars en els seus drets individuals o béns jurídics davant dels perills-, es passa a la funció més àmplia de tenir cura del benestar general de la col·lectivitat (entesa com a generalitat, que ja no és una suma dels individus)⁶⁹⁸.

Si la teoria del dret penal de policia, seguint la doctrina del dret natural, havia convertit el punt de partida de les seves reflexions en el dualisme individu-societat, GOLDSCHMIDT centra la divisió en l'home singular, que, d'una part, és individu i, de l'altre, és ésser comunitari. Seguint la seva concepció liberalista, estableix la faceta de l'home com a individu com allò essencial i el posa en primer pla; per contra, considera la faceta d'ésser comunitari com una concessió forçada a la convivència en les societats organitzades⁶⁹⁹.

Des del seu punt de vista, l'administració del benestar és una tasca exclusiva de l'Estat i, en conseqüència, les obligacions derivades de l'home com a membre de la comunitat són vistes com a tasques auxiliars de l'Administració de l'Estat. Si un ciutadà du a terme alguna tasca en compliment del deure que li correspon com a membre de la comunitat -per exemple, tirar terra sobre una superfície gelada- en el fons està complint amb una tasca de l'Administració quan aquesta no pot fer-ho per ella mateixa per falta de personal. Aquests deures imposats únicament per l'Administració són considerats deures secundaris i el dret creat per l'Administració es considera un «pseudodret», en contraposició amb l'ordenament jurídic que es fonamenta en els drets i béns individuals. Per GOLDSCHMIDT, el dret penal administratiu per la seva vestidura jurídica externa formal apareix com un «bastardo del derecho y de la administración» però per la seva essència segueix sent Administració⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ *Ibíd.*, p. 177.

⁶⁹⁹ *Ibíd.*, p. 179.

⁷⁰⁰ *Ibíd.*, p. 185.

Partint d'aquestes bases, GOLDSCHMIDT elabora una diferència entre antijuridicitat i antiadministrativitat en la qual fonamenta una competència penal separada per a la Justícia i per a l'Administració⁷⁰¹.

Aquesta diferència es basa en les diferents finalitats del dret i de l'Administració: la finalitat del dret és la protecció de les esferes humanes de voluntat (dels béns jurídics) mentre que la finalitat de l'Administració és la promoció del bé públic i estatal. En conseqüència, correspon al Dret penal de Justícia la tutela de béns jurídics, castigant els fets antijurídics (fets que materialment suposen una lesió a drets i béns individuals); en canvi, correspon al Dret penal administratiu la promoció del benestar i la prosperitat, castigant els fets antiadministratius (desobediències als mandats administratius)⁷⁰².

La imposició de la pena administrativa pertany a l'activitat administrativa, com a reacció a l'incompliment del suport exigint al ciutadà per part de l'Estat com a òrgan auxiliar de l'Administració de l'Estat. En conseqüència, aquesta imposició de pena administrativa no és administració de justícia sinó acte administratiu⁷⁰³.

Malgrat les postures defensades en la seva teoria, GOLDSCHMIDT acceptava que no existeix una diferència absoluta entre les accions antijurídiques i les antiadministratives, sinó que és una diferència relativa. Es produeix un procés de decantació entre unes i altres infraccions, en el sentit que constantment hi ha delictes administratius que es converteixen en delictes jurídics i al revés, la qual cosa depèn de les diferents concepcions locals i temporals del que han de ser delictes jurídics o delictes administratius⁷⁰⁴.

Les tesis de GOLDSCHMIDT van ser rebutjades ràpidament pels autors de l'època fins al punt que al voltant del 1930 les obres doctrinals més significatives s'havien pronunciat inequívocament en contra d'aquestes tesis. A més, tampoc van arribar mai a materialitzar-se en el dret positiu⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ *Ibíd.*, p. 187.

⁷⁰² *Ibíd.*, p. 188; GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 329; SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 6.

⁷⁰³ GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 329.

⁷⁰⁴ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 177; SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 8.

⁷⁰⁵ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 203.

- La teoria valorativa-normativa: ERIH WOLF

ERIH WOLF va desenvolupar la doctrina de GOLDSCHMIDT i la va dotar d'una fonamentació filosòfico-jurídica⁷⁰⁶. No obstant, va renunciar a intentar concebre el dret penal administratiu amb característiques conceptuals o ontològiques i va passar a considerar el problema com una qüestió de referència valorativa (normativa)⁷⁰⁷. En opinió de WOLF, la diferència resideix en la diferent valoració dels fets jurídics a la norma, en concret, en la diversa referència valorativa del dret penal de justícia i el dret penal administratiu⁷⁰⁸.

Aquest autor, reconeix expressament que la pena administrativa té caràcter penal, però estableix que té un sentit diferent: el sentit de la pena administrativa és el d'una mesura disciplinària. Representa una pura pena d'ordre, ja que «no contiene ninguna desaprobación de un enemigo de la sociedad, (...) sino que pretende sólo alarmar a un sujeto de derechos socialmente descuidado, políticamente indolente y estimular la activación de su personalidad jurídica, y por eso no está unida a ella, como pena criminal, una *capitis diminutio*: el autor (de un delito administrativo) no es socialmente dañoso o peligroso, sino socialmente descuidado»⁷⁰⁹.

Per WOLF l'Estat es desplega en diferents valors. D'una banda, el valor de la justícia és l'equitat, que constitueix el valor fonamental del dret penal de justícia; de l'altra, el valor administratiu és el benestar, que constitueix el valor fonamental del dret penal administratiu. La diferència es mostra en què l'autor d'un delictes criminal no es deté davant d'un mínim ètic, actua contra de la convicció ètica interna de la comunitat jurídica, mentre que l'autor d'una lesió del benestar (una infracció administrativa) no és antisocial o perillós, només descuidat socialment⁷¹⁰.

En conseqüència, el dret penal administratiu és Dret penal en sentit formal, però Dret administratiu en sentit material. El delictes de justícia i el delictes administratiu no es distingeixen en l'antijuridicitat formal, però sí en la material. La característica del dany administratiu és la falta de relació amb una persona o bé individual, la immaterialitat del resultat lesiu i l'incompliment d'una tasca estatal⁷¹¹. Per contra, en el delictes criminal

⁷⁰⁶ CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 161; GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 329.

⁷⁰⁷ MATTES, H., MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 208.

⁷⁰⁸ *Ibíd.*, p. 208.

⁷⁰⁹ *Ibíd.*, p. 209.

⁷¹⁰ *Ibíd.*, p. 210.

⁷¹¹ *Ibíd.*, p. 211.

sempre hi ha un dany a una cosa o persona, que constitueix la referència de tota norma criminal.

- La teoria de les infraccions de l'ordre: SCHMITH

La teoria de les infraccions de l'ordre de SCHMITH apareix a l'Alemanya de la postguerra, en un moment en què es pretén eliminar les facultats penals de l'Administració o almenys limitar-les i portar la divisió de poders també al dret econòmic. En paraules de MATTES, «con la progresiva normalización se redujeron las facultades de los órganos administrativos en materias económicas»⁷¹², els quals havien estat dotats de creixents facultats penals -gairebé exclusivament en matèries econòmiques- en el curs dels anys trenta i particularment durant la II Guerra Mundial⁷¹³. En opinió de MATTES, la concessió d'aquestes facultats penals a òrgans administratius durant aquest període es deu a que a l'administració de justícia li faltava l'agilitat exigida per a la ràpida aplicació de mesures politico-econòmiques, elasticitat en l'aplicació de la pena i, a més, la seva independència la desvinculava d'instruccions. Per contra, «un poder penal trasferido a la Administración, constituía un medio de realizar las intenciones políticas del Estado»⁷¹⁴.

Malgrat això, un cop superat aquest període bèl·lic, no es va voler abolir per complet el poder penal dels òrgans de l'administració econòmica, sinó que «se esperaba eludir, con la teoría del derecho penal administrativo, la contradicción surgida por este hecho con el principio de división de poderes que no debía ser abandonado»⁷¹⁵. Per tant,

⁷¹² *Ibíd.*, p. 229.

⁷¹³ Els inicis de la pena de l'ordre en l'economia es remonten a un temps anterior a la teoria de les infraccions de l'ordre. Seguint a MATTES, la pena de l'ordre en va formar -primer aïlladament, i a partir de de 1934 en una extensió cada vegada més gran- en el moment en què l'Estat «se vio obligado a intervenir dirigiendo y configurando la vida económica, para alcanzar sus fines político-económicos (...). La pena de orden fue en definitiva un medio -al lado de otros- que había de servir para abrir paso a un nuevo orden del conjunto de la vida económica». En opinió de MATTES, en aquest punt hi ha un cert paral·lelisme amb el naixement del dret penal de policia històric, en tant que també en aquest cas s'havia d'erigir un nou ordre regit per uns principis diferents de l'anterior, i la seva introducció i custòdia es va confiar majoritàriament a òrgans de recent creació, que representen aquells principis i que van rebre, «tras dar de lado al principio de división de poderes», àmplies facultats de poder; fins i tot, en l'aspecte legislatiu i jurisprudencial. «El conjunto del aparato económico apareció como un instrumento en manos del Estado; la economía no era ya en primer lugar un campo de actuación de los particulares para obtener ganancias, sino que había de servir de modo predominante (en la guerra, exclusivo) a los intereses del Estado y la colectividad». *Ibíd.*, pp. 219 i 220.

⁷¹⁴ *Ibíd.*, p. 220.

⁷¹⁵ *Ibíd.*, p. 229.

la teoria del dret penal administratiu es va utilitzar per justificar, des de postulats teòrics, l'aparició d'un poder administratiu sancionador⁷¹⁶.

SCHMITH es va basar en la teoria de GOLDSCHMIDT i, com ell, va distingir entre delictes judicials i delictes administratius, admetent que ambdós són essencialment (qualitativament) diferents per la naturalesa de les coses. Amb aquesta distinció, SCHMITH no pretenia privar l'Administració del poder penal per complet, sinó només allunyar-la de l'àmbit de l'injust criminal, i limitar-la a la persecució de les simples infraccions administratives per, així, «dar a la justícia lo que es de la justícia» i «dejar a la Administración lo que es de la Administración»⁷¹⁷.

Per aquest autor, la diferència entre l'injust penal i l'administratiu radica en el seu contingut material. El contingut material de l'injust en els delictes judicials és el dany (o perill), concret i mesurable, inferit a un bé jurídic. Per contra, el delicte administratiu no opera més enllà de la relació establerta per l'incompliment del deure d'obediència del ciutadà als òrgans administratius; és a dir, la seva significació social no ultrapassa l'àmbit dels interessos administratius i no sorgeix un dany concret⁷¹⁸.

L'Administració estableix pressions dirigides a activar la cooperació dels ciutadans, els quals són concebuts com els seus òrgans auxiliars. L'incompliment d'aquests deures produeix un perjudici administratiu i és en aquest moment quan intervé la coacció administrativa (coacció al compliment i pena administrativa)⁷¹⁹.

És per això que la referència ètica a la personalitat, necessària per a la culpabilitat criminal, falta en el delicte administratiu. En les infraccions de l'ordre, la culpabilitat s'esgota «en la deficiència de la voluntad dirigida a desobedecer a la Administración, pese a conocer el mandato opuesto a ella»⁷²⁰. En conseqüència, la pena d'ordre no és tal pena, ja que li falta la idea de expiació, és un simple mitjà (disciplinari) de coerció administrativa del qual se serveixen els òrgans administratius⁷²¹.

⁷¹⁶ SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 95.

⁷¹⁷ MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 229.

⁷¹⁸ *Ibíd.*, p. 229; GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 330.

⁷¹⁹ ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 330; MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 230.

⁷²⁰ SCHMIDT, E., *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Broschiert, 1950, p. 51, citat a MATTES, H., MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 231.

⁷²¹ ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 331; MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 231.

A diferència dels seus predecessors, el pensament de SCHMITH esdevé decisiu en la configuració del dret penal econòmic⁷²², ja que la seva teoria acaba plasmada en el dret positiu alemany en la llei per a la simplificació del dret penal econòmic, de 26 de juliol de 1949 (llei que neix amb la cooperació de SCHMITH). Posteriorment, en la llei sobre les infraccions de l'ordre, de 25 de març de 1952, el legislador va voler traslladar a tot l'àmbit del Dret penal la separació entre injust criminal i infraccions de l'ordre, incorporada fins aquell moment només en el dret penal econòmic⁷²³.

2.2.2.- La teoria de l'injust èticament indiferent

Aquesta teoria s'atribueix⁷²⁴, en primer lloc, a LANGE i, posteriorment, a MICHELS i BOCKELMANN, tot i que troben els seus precedents en les obres de GOLDSCHMIDT i de SCHMITH.

Com destaca CEREZO MIR, per als defensors d'aquesta teoria l'il·lícit administratiu s'esgota en la desobediència dels mandats i prohibicions establerts positivament pel legislador (desobediència d'una ordre positiva). Són, per tant, il·lícits purament formals. L'il·lícit del delictes administratiu no el constitueix una lesió o posada en perill concret d'un bé jurídic, sinó només la lesió a un interès de l'Administració. El perill dels béns jurídics és, com a molt, «*ratio legis* de la punició de estas conductas»⁷²⁵.

Aquesta distinció qualitativa entre l'il·lícit administratiu i el criminal té la seva repercussió en la diversa funció i estructura dogmàtica de la sanció administrativa i la pena criminal. La sanció administrativa no té caràcter retributiu o expiatori, ja que no és expressió d'un judici valoratiu ètic-social. L'única finalitat de la sanció administrativa és apel·lar el desobedient i recorda-li els seus deures⁷²⁶.

Seguint a GARCÍA ALBERO, LANGE fonamenta la distinció entre l'il·lícit administratiu i el penal prenent com a punt de partida el tipus penal. Per a aquest autor, el tipus penal no té la funció de caracteritzar l'injust penal, ja que aquest es dedueix de la connexió total de l'Ordenament jurídic; a través del tipus penal només s'estableixen els

⁷²² MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo...* op. cit., p. 229.

⁷²³ *Ibíd.*, p. 233 i 235.

⁷²⁴ Aquesta atribució la trobem a GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 336; i també a CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal...» op. cit., p. 163 qui afegeix també com a precedent l'obra de WOLF.

⁷²⁵ CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal...» op. cit., p. 164.

⁷²⁶ *Ibíd.*, p. 164.

seus límits fixos. Per contra, des del prisma valoratiu del tipus penal, els tipus administratius contemplen conductes plenament insignificants; en conseqüència, és la prohibició la que conforma, en primer lloc, l'antijuridicitat del comportament. L'injust de l'acció resideix en l'antijuridicitat formal, en la desobediència de la norma⁷²⁷.

En la tesi de LANGE es produeix una inversió de la causa-efecte de l'injust material i el formal: en el Dret penal l'antijuridicitat material produeix el mandat o prohibició i, per això, el comportament també resulta formalment antijurídic; per contra, en el Dret administratiu sancionador la prohibició i, per tant, l'antijuridicitat formal, es situen el primer pla i són les que produeixen l'antijuridicitat material^{728- 729}.

Tal com destaca GARCÍA AMADO, les doctrines administrativistes que estaven properes -històrica o ideològicament- a l'estatisme propi de la teoria alemanya vuitcentista (o al tipus d'estatisme propi dels règims autoritaris del S. XX) en tenien suficient amb la remissió a la fórmula «interessos de l'Estat» o protecció de les normes de l'ordenament jurídic de l'Estat per entendre que hi havia implícita una càrrega moral positiva, ja que l'Estat en sí mateix encarnava un valor ètic. Però, a mesura que s'imposen els enfocaments liberals enfront d'aquests estatistes, els teòrics han de buscar un nou fonament per a la potestat sancionadora de l'Administració: ja no poden basar-se en la protecció del seu propi ordenament ni a les seves pròpies normes pel que aquestes representen, sinó que han de basar-se en els interessos generals, amb els quals l'Administració es troba compromesa⁷³⁰.

⁷²⁷ GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 336; i també a CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 337.

⁷²⁸ GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 336; i també a CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 337.

⁷²⁹ En opinió de GARCÍA AMADO, «es interesante ver cómo algunos de los autores alemanes que, como LANGE, durante el nazismo habían dotado de fuerte carga moral a todo el derecho estatal sancionador, luego pliegan velas y reservan esa condición moral sólo para el derecho penal, viendo en el ilícito administrativo una acción éticamente irrelevante». Aquest autor conclou afirmant que «así, descargan de valor ético a una parte del estado –lo cual les interesaba para alejarse de sus servidumbres anteriores, bajo el nazismo-, pero no dan el paso de vincular esa parte del estado, la administración, al interés general o a ninguna otra fórmula con resonancias democráticas. En el fondo, interesa que la administración siga siendo antes que nada poder, poder del estado».

GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el ius puniendi... op. cit., p. 31 i nota al peu 27.

⁷³⁰ *Ibíd.*, p. 31 i nota al peu 27.

2.2.3.- Les tesis de la funció administrativa (o de l'interès públic) i l'ordenament intern de l'Administració⁷³¹

S'emmarquen en les tesis de la funció administrativa BENVENUTI, TRAVI i PAGLIARO i en les tesis de l'ordenament intern, OTTAVIANO i SANDULLI.

Les tesis de la funció administrativa estableixen la diferència substancial entre les sancions penals i les administratives, centrant la distinció en la funció pròpia d'ambdós sistemes sancionadors.

La sanció administrativa es troba indissolublement lligada a l'activitat administrativa, la qual està concebuda per realitzar l'actuació pràctica dels preceptes administratius⁷³². Per a aquest sector de la doctrina, per tant, l'activitat que realitza l'autoritat administrativa, a l'imposar una sanció, és una activitat (materialment) administrativa orientada a la satisfacció d'un interès de l'Administració (interès administratiu o interès públic específic)⁷³³.

En aquest sentit, BENVENUTI considera les sancions administratives com una expressió més de l'autotutela administrativa, si bé es tracta d'una autotutela diferent de les demés: és una autotutela mediata, ja que no té com a resultat directe la satisfacció d'un interès de l'Administració, sinó que simplement incita el ciutadà a complir amb les seves obligacions (la imposició de la sanció no esgota les pretensions de l'Administració). En qualsevol cas, mentre el Dret penal compleix una funció repressiva, el Dret administratiu sancionador compleix una funció merament satisfactiva⁷³⁴.

Per OTTAVIANO, la singularitat de les sancions administratives no és l'adscripció a una determinada activitat materialment administrativa, sinó en l'ordenament jurídic al que pertany i al que intenta protegir. En la seva coneguda tesi sobre l'ordenament particular de l'administració, estableix que els destinataris d'aquest ordenament són només persones situades en el seu interior i que, si aquest ordenament no està regulat només per les seves normes internes sinó també per normes de l'ordenament general,

⁷³¹ SUAY RINCON inclou aquestes teories en les que es fixen en l'element teològic (la finalitat) de les sancions administratives per trobar la distinció amb les penals. SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 74.

⁷³² GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 336; i també a CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 340.

⁷³³ SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 74.

⁷³⁴ BENVENUTI, F., *Autotutela administrativa*, «EdD», Vol. IV; Varese, 1959, p. 549 a 551. Cita extreta de SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 75.

aquestes segones, contemplades des del punt de vista de l'Administració, passen a formar part del seu propi ordenament (un ordenament autònom i particular de l'Administració)⁷³⁵.

En un sentit semblant, per SANDULLI, un il·lícit és administratiu quan la transgressió comesa pel particular no constitueix una lesió de l'ordre social general, sinó solament de l'ordre particular de l'Administració⁷³⁶.

2.2.4.- Les tesis de la diferència estructural de l'il·lícit

Aquestes tesis són desenvolupades fonamentalment a Itàlia, arran de la Llei de despenalització de 1981. Aquesta norma despenalitzadora opta per caracteritzar la sanció administrativa en sentit punitiu, homogeneïtzant les finalitats de la sanció penal i l'administrativa i, en paraules de GARCIA ALBERO, «el legislador italiano, (...) parece definitivamente dar la razón, por tanto, a aquel sector doctrinal que entiende que ilícito penal y administrativo son fenómenos sustancialmente idénticos»⁷³⁷.

Malgrat aquesta inclinació clara de la nova legislació, no existeix acord en què el criteri per despenalitzar determinades conductes hagi estat únicament el menor desvalor de l'il·lícit (criteri quantitatiu) i no queda vedada la cerca de criteris distintius entre l'il·lícit administratiu i el penal. Ben al contrari, la doctrina pretén elaborar criteris distintius per tal d'orientar -i, conseqüentment, limitar- la discrecionalitat del legislador en el disseny de la política sancionadora⁷³⁸.

Aquesta cerca de perspectives qualitatives de distinció té unes característiques diferents a les tradicionals abans estudiades; ja no es basen en la diversitat ontològica o de la naturalesa d'ambdós il·lícits que el legislador es limita a reconèixer a través del dret positiu. No s'al·ludeix al fonament que habilita la potestat punitiva, ni està connectada a una pretesa activitat administrativa amb un ordenament particular diferent del general. La qualitativitat es desenvolupa ara en el cap intrasistemàtic del Dret sancionador conegut com un tot orgànic. La premissa de la que es parteix és que, si el Dret administratiu busca

⁷³⁵ OTTAVIANO, V., *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, «RtDP», 1985, p. 831 a 849. Cita extreta de SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 78.

⁷³⁶ SANDULLI, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, Nàpols, Ed. Jovene, 1982, p. 157 i 158. Cita extreta de SUAY RINCON, J., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 79.

⁷³⁷ GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 360.

⁷³⁸ *Ibíd.*, p. 361.

la tutela preventiva de béns jurídics, ho fa de manera estructuralment diversa a com ho fa el Dret penal⁷³⁹.

Com a precedent a aquestes tesis, HASSEMER estableix que la diferència qualitativa entre ambdues classes d'il·lícits es troba en la diversa tècnica de tutela que representen en relació amb els mateixos béns. El Dret penal administratiu realitza una tutela dels mateixos béns jurídics de forma qualitativament diversa al Dret penal, recorrent a les sancions i establint un procediment qualitativament divers; l'accent no es posa en el *què* sinó en el *com*. El Dret penal administratiu «actúa típicamente como forma de tutela anticipada de bienes jurídicos clásicos, reprimiendo modalidades de conducta no inmediatamente enderezadas a lesionar o amenazar seriamente los bienes jurídicos, sino comportamientos típicamente peligrosos, según la experiencia, para los bienes jurídicos de alto valor. Se comprende, luego, por qué el derecho penal administrativo no describe lesiones de bienes jurídicos (muerte de un hombre, injuria, sustracción de una cosa, daño patrimonial) sino situaciones de peligro estandarizadas»⁷⁴⁰.

Per als seguidors de la diferència estructural de l'il·lícit, aquestes premisses constitueixen un criteri indicatiu «de mínims» per determinar si una conducta s'ha d'incloure en l'àmbit del Dret penal o del Dret administratiu. L'observació del dret positiu sembla confirmar «de tendència» aquest criteri indicatiu; la presència de delictes de perill abstracte podria considerar-se excepcional, en relació amb els delictes de lesió o perill concret per a béns jurídics individuals. Els autors adverteixen que cal tenir present que en l'actualitat els béns jurídics s'han expandit amb l'aparició de béns d'ampli espectre que - a diferència dels béns jurídics tradicionals- protegeixen objectius d'organització política social i econòmica⁷⁴¹. L'aparició d'aquets nous béns col·lectius⁷⁴² o supraindividuals dificulten la distinció a través d'aquest criteri indicatiu, ja que el recurs a la criminalització anticipada deixa de legitimar-se només en funció de la protecció mediata a béns jurídics individuals i passa a justificar-se també des de la perspectiva del bé

⁷³⁹ *Ibíd.*, p. 361.

⁷⁴⁰ HASSEMER, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt, 1973, p. 219-220. Obra citada per GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... *op. cit.*, p. 362.

⁷⁴¹ En relació amb els nous interessos dels que s'ocupa el Dret penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* *op. cit.*, p. 25.

⁷⁴² Per ALEXY «un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes u otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no distributivos». ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 179. Cita extreta de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* *op. cit.*, p. 25, nota al peu 23.

col·lectiu tutelat. El decisiu per a la distinció seria demostrar que la lesió o perill concret a béns jurídics individuals són característiques totalment alienes a l'il·lícit administratiu, que està faltat d'un contingut efectiu de tutela⁷⁴³.

En base a aquest plantejament, diversos autors italians han desenvolupat la seva pròpia teoria en diverses direccions. Destaquen especialment, BRICOLA i PADOVANI.

BRICOLA intenta demostrar que la Constitució italiana imposa vincles precisos que determinen l'estructura dels tipus i la responsabilitat penal, conferint a aquesta responsabilitat peculiaritats respecte les altres tècniques de tutela (civil i administrativa)⁷⁴⁴. Aquest autor proposa com a criteri distintiu, rector i vinculant per al legislador, que la norma penal ha de protegir exclusivament valors constitucionals primaris, en tant que l'il·lícit administratiu es configura tendencialment a partir dels tipus de perill presumpte⁷⁴⁵.

Per tant, la tesi de BRICOLA pretén trobar en el principi d'ofensivitat la possibilitat de diferenciar l'il·lícit penal d'altres il·lícits. En aquest sentit, determina que els il·lícits administratius no tenen contingut efectiu de tutela; és a dir, són conductes formalment antijurídiques, però no materialment⁷⁴⁶.

PADOVANI estableix la diferència en la pròpia matèria de la prohibició connatural a ambdues classes d'infraccions. Segons aquest autor, si la identificació de l'objecte a protegir és un problema d'estructuració material de la norma, que expressa i conforma el contingut de la prohibició, aquesta tasca es pot realitzar segons diversos paradigmes. En el primer paradigma, la selecció de l'interès tutelat es fa en termes absoluts, establint la prevalença exclusiva d'un determinat bé jurídic. En aquest paradigma, la llei individualitza «a priori» quin és l'interès prevalent. En el segon paradigma, la prevalença d'un interès no es pot establir «a priori» perquè existeixen altres interessos en joc i no es pot prescindir de valoracions de compatibilitats concretes. En aquest paradigma la norma es limita a tutelar les modalitats legalment definides per resoldre el conflicte d'interessos; la norma no tutela béns jurídics, sinó funcions en les quals es troben implicats interessos.

⁷⁴³ GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 362.

⁷⁴⁴ *Ibíd.*, p. 363.

⁷⁴⁵ BRICOLA, F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*. A DE ACUTIS M., PALOMBARINI, G., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*. Padova, Cedam, 1984 pp. 71. Obra citada per GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 363.

⁷⁴⁶ SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 8.

Segons aquest autor, la *tutela de béns jurídics* i la *tutela de funcions* presenten aspectes estructurals ben diferenciats, i l'àmbit propi de les infraccions administratives està representat per il·lícits encaminats a la tutela de funcions. PADOVANI no nega que les infraccions administratives poden protegir directament béns jurídics, però determina que en aquests casos l'il·lícit administratiu regula un àmbit que, en línia de principi, li resulta inadequat⁷⁴⁷.

2.3.- Teories quantitatives

Les diverses crítiques a les teories qualitatives i la impossibilitat de diferenciar apriorísticament el Dret penal del Dret administratiu sancionador van portar a la major part de la doctrina a renunciar a qualsevol distinció d'aquesta índole entre l'il·lícit penal i l'administratiu. En substitució de les teories qualitatives, diversos autors sostenen, en el que s'anomena les teories quantitatives, que la diferència entre l'il·lícit penal i l'administratiu és només una diferència de grau.

Per tant, la doctrina es desplaça cap a aquesta posició, llevat de molt comptades excepcions, no tant com a conseqüència de les fonamentacions autònomes de la tesi quantitativa, sinó de la impossibilitat de diferenciar el Dret penal i el Dret administratiu sancionador per criteris qualitius, conclouent que, si la infracció administrativa no és *alternativa* a la penal, haurà de ser *menor*⁷⁴⁸.

De manera que els defensors les teories quantitatives entenen que: a) tant els il·lícits penals com els administratius són il·lícits materials; és a dir, són portadors d'antijuridicitat material i suposen l'atac a un bé jurídic, i b) les penes i les sancions administratives són ontològicament iguals (tot i que els il·lícits penals han de ser més greus que els administratius). Com descriu molt gràficament CEREZO MIR, des del nucli central del Dret penal fins a les últimes faltes penals o infraccions administratives discorre una línia contínua d'un il·lícit material que es va atenuant, però que no arriba a desaparèixer mai del tot⁷⁴⁹. La majoria de vegades, és la llunyania del sector vital

⁷⁴⁷ PADOVANI, T., «Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo», *Cassazione penale*, núm. 3, 1987, p. 670 i següents. Obra citada per GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 362.

⁷⁴⁸ GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., pp. 343-344.

⁷⁴⁹ La frase s'atribueix a WELZEL qui va senyalar que «a partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua del injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso

respectiu la que indueix a creure als juristes que l'injust d'una falta determinada és purament formal. El delictes penal i el delictes administratiu o de policia tenen un contingut material semblant i la mateixa estructura lògica⁷⁵⁰.

Les implicacions concretes d'aquestes teories es poden estudiar des de dos primes: des de l'il·lícit i des de la sanció.

De la banda de l'il·lícit, la doctrina alemanya associa les infraccions administratives amb les bagatel·les. La característica d'aquestes bagatel·les és la seva escassa rellevància en comparació amb l'il·lícit penal, se les considera gradualment inferiors als il·lícits penals. Aquesta doctrina distingeix dos tipus de bagatel·les diferents: les pròpies i les impròpies. Les bagatel·les pròpies són els il·lícits que contenen una mínima rellevància ètic-social i estan individualitzats en abstracte. Per la seva banda, les bagatel·les impròpies són les variants més lleus de determinats delictes penals. És a dir, són formes de realització concreta de tipus delictius clàssics, caracteritzades per la seva escassa gravetat⁷⁵¹.

Per tant, segons aquestes teories, l'injust penal es caracteritza per tenir major entitat i gravetat que l'il·lícit administratiu. En aquest sentit cal advertir, però, que les diferències quantitatives entre objectes diversos exigeixen conceptualment la mateixa naturalesa. Això pot passar quan es comparen determinats il·lícits (per exemple, el delictes fiscal i la infracció fiscal o els delictes patrimonials -furt, estafa o apropiació indeguda- i les infraccions administratives per frau -en béns i serveis susceptibles de consum per addició o sostracció de qualsevol substància o element, alteració de la seva composició o qualitat), però aquesta diferència quantitativa no pot afirmar-se quan se'n comparen molts d'altres (iniciar una activitat econòmica sense haver presentat una declaració responsable o fer esport en una zona pública enjardinada on està expressament prohibit, confrontades amb els delictes centrals del sistema penal)⁷⁵².

De la banda de la sanció, la realització pràctica de les conseqüències d'aquestes tesis portarien a dissenyar un sistema en què les sancions administratives sempre fossin

las infracciones administrativas están (...) vinculadas con ella». WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, «JZ», 1956, pèg. 238. Cita extreta de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 124.

⁷⁵⁰ CEREZO MIR, J., «Límites entre el Derecho penal... op. cit., p. 164.

⁷⁵¹ GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 344.

⁷⁵² Tal com conclou TORIO LÓPEZ, l'afirmació que en aquests darrers supòsits només intervenen diferències de grau no resisteix la crítica. TORIO LÓPEZ, A., *Injusto penal e injusto administrativo...* op. cit., p. 2539.

inferiors a les penals. Tal com es va estudiar en el Capítol 1, a l'Estat espanyol s'han dut a terme pràctiques legislatives en aquesta línia; en concret, diversos Codis Penals estableixen una quantia màxima per a les sancions administratives; malgrat això, tal com vem evidenciar, aquestes previsions van ser incomplertes sistemàticament. En aquest sentit, una de les crítiques formulades a les teories quantitatives és que, de l'observació de *lege data* es conclou que la legislació preveu sancions administratives de multa amb uns imports molt superiors als previstos per a la pena de multa en el CP⁷⁵³, al que, en ocasions, cal afegir importants sancions administratives privatives de drets.

En suma, les tesis quantitatives no poden donar resposta: (i) ni a l'existència d'infraccions administratives que no tenen connexió, ni la mateixa naturalesa que les penals, per no existir cap correlació de gradació entre les unes i les altres, (ii) ni al fet que hi ha infraccions administratives per a les quals es preveuen sancions econòmiques molt superiors que les penes de multa previstes al CP. Malgrat això, LASCURAÍN SANCHEZ posa de manifest que aquesta teoria és àmpliament majoritària en la doctrina⁷⁵⁴, la qual considera el Dret administratiu com una espècie de Dret penal en petit, que ha d'incorporar les tècniques penals de conformació i aplicació normatives⁷⁵⁵.

2.4.- Teories formals

Les teories formals són la darrera de les tesis clàssiques que es formula per aquella part de la doctrina que considera que, a l'empara de les teories qualitatives i quantitatives, no és possible distingir entre delictes i infraccions administratives des d'un punt de vista substantiu⁷⁵⁶.

⁷⁵³ L'any 1987 POLAINO NAVARRETE ja fa una llarga llista detallada i extensa d'infraccions administratives en les que la multa administrativa prevista és incommensurablement superior a les previstes com a pena de multa al Codi Penal. En concret es refereix a les multes previstes a l'article 108 de la Llei d'aigües, als articles 12 i 13 Llei de protecció de l'ambient atmosfèric; a l'article 8 del Real decret llei 31/18 d'habitatges d'protecció oficial; a l'article 6 de la Llei 57/1968 reguladora de la percepció de quantitats anticipades per la construcció i venda d'habitatges; als articles 75 i 76 de la Llei de patrimoni històric artístic i a diferents preceptes de la Llei general de sanitat, de protecció civil, del sol, de monts, d'infraccions monetàries i de contraban. POLAINO NAVARRETE, M., Derecho penal y ordenamiento sancionador. A: POLAINO NAVARRETE, M. (coord.) *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1987, pp. 260-268.

⁷⁵⁴ GARCÍA ALBERO també considera que la distinció quantitativa és la doctrina dominant. GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 354.

⁷⁵⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., Por un derecho penal sólo penal. Derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrador y sancionador. A VV.AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Civitas, 2005, pàg. 611-614.

⁷⁵⁶ SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 13.

Les tesis formals se situen en un punt obvi però segur: les sancions administratives i les sancions penals són manifestació del *ius puniendi* de l'Estat (els dos conceptes - sanció i pena-, per tant, tenen en comú el caràcter punitiu) i un dels càstigs és imposat per l'Administració (seguint el procediment administratiu), mentre que l'altre, pels tribunals de justícia (en aplicació de les regles d'enjudiciament criminal)⁷⁵⁷.

Per tant, hi ha una renúncia a criteris de caràcter material que expliquin el sentit de l'existència diferenciada del Dret penal i del Dret administratiu sancionador⁷⁵⁸. De fet, aquestes tesis formals es limiten a posar de relleu un aspecte purament subjectiu: l'òrgan encarregat d'imposar la sanció. Aquesta distinció ha estat qualificada per GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES d'evident, ja que resulta ser un punt de vista *tant cert com obvi*, però no ajuda a solucionar les diverses qüestions que es presenten a la pràctica⁷⁵⁹. A més, tal com destaquen aquests autors, no es pot oblidar que, sovint, són els òrgans jurisdiccionals els que acaben imposant sancions administratives al revisar decisions administratives sancionadores; en concret, en anul·lar-les sense retornar l'expedient a l'Administració perquè imposi una altra sanció, sinó substituint el criteri administratiu per un de judicial⁷⁶⁰.

Al seu torn, al ser una distinció accidental i casuística que es fonamenta en les qualitats subjectives de l'òrgan que imposa la sanció, la tesi formal només dona resposta a la realitat dels sistemes punitius que funcionen de manera independent -com els d'Espanya o Àustria-, però, contràriament, quan els sistemes punitius tenen un funcionament coordinat -com l'italià o l'alemany-, la tesi formal és inadequada per descriure aquesta realitat, pel fet que la competència de l'autoritat administrativa no és completa ni exclusiva en primera instància⁷⁶¹. Aquestes consideracions permeten afirmar que les teories de la distinció formal es justifiquen per la realitat del moment històric en què apareixen, moment en el qual els òrgans encarregats d'exercir la competència de castigar uns i altres il·lícits no era tan clara com en l'actualitat⁷⁶².

⁷⁵⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 43.

⁷⁵⁸ DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad...* op. cit., p. 29; SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., pp. 13-14.

⁷⁵⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 89.

⁷⁶⁰ *Ibíd.*, p. 90 cita -en nota al peu 40- les SSTs (Sala 3^a), de 31 de gener de 1995, FJ 6; de 8 d'abril de 1992, FJ 6, en les quals l'òrgan jurisdiccional substitueix les sancions de separació de servei imposades per l'Administració per una altra de menys greu.

⁷⁶¹ GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 355.

⁷⁶² SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 15.

De manera que defensar actualment una posició de distinció formal entre ambdós règims és estèril, ja que no col·labora a explicar si té sentit que existeixin ambdues branques del dret punitiu. A més, un cop acceptada la necessitat d'ambdós règims, les teories formals no estableixen criteris per tal que el legislador seleccioni l'àmbit punitiu ni per poder establir els límits entre els dos règims.

2.5.- Teories eclèctiques: quantitatives-qualitatives i valoratives

Les diverses teories quantitatives-qualitatives i valoratives parteixen del binomi: gravetat de la sanció, d'una banda, i de la importància del bé judici a protegir o antijuridicitat de la conducta, de l'altra⁷⁶³. Un fet que caracteritza les teories valoratives és sostenir que resulta exigible una ponderació d'aquest binomi en el moment de creació de la norma punitiva⁷⁶⁴.

La posició defensada per aquestes teories ha estat anomenada d'eclèctica⁷⁶⁵, pel fet que els autors que la defensen neguen diferències substancials entre ambdós fenòmens punitius, però matisen que, entre les infraccions administratives i els delictes més greus, no hi ha dubte que existeix una diferència qualitativa. Aquesta diferència qualitativa es posa clarament de manifest en el contrast entre els delictes centrals del sistema (per exemple, en un delicte de violació) i determinades infraccions administratives (com ara, un estacionament indegut)⁷⁶⁶.

Des de la perspectiva de l'ordre constitucional, s'afirma que aquest permet distingir qualitativament entre els delictes centrals del Dret penal i les infraccions administratives, però que hi ha un àmbit de la tipificació punitiva en el qual cal adoptar una perspectiva quantitativa: la gravetat del contingut de l'injust. Per determinar aquesta gravetat

⁷⁶³ *Ibíd.*, p. 15.

⁷⁶⁴ DE PALMA DEL TESO sosté que, en el procés de regulació i qualificació de determinades conductes com il·lícit, el legislador ha de tenir present els valors que propugna la Constitució, i respectar els principis i garanties que s'hi reconeixen, sota pena d'inconstitucionalitat de la norma. Per a aquesta autora, la delimitació d'ambdós il·lícits s'ha de plantejar des d'una concepció valorativa-normativa. És a dir, el legislador, mitjançant una apreciació estimativa, pondera si la conducta que vol elevar a il·lícit ha de ser considerada mereixedora de sanció penal o bé, de sanció administrativa. DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad...* op. cit., p. 32.

⁷⁶⁵ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 84.

⁷⁶⁶ Exemples extrets d'*Ibíd.*, p. 84.

proporcionen pautes les nocions materials de delict i d'infracció a l'ordre i, sobretot, la direcció i la intensitat de l'atac al bé jurídic⁷⁶⁷.

La doctrina que defensa aquestes tesis conclou que hi ha un punt en què la diferència quantitativa es transforma en qualitativa⁷⁶⁸. Així LASCUARÍN SÁNCHEZ afirma que «la gravedad de las sanciones (lo «cuantitativo») comporta un modo distinto de sancionar (lo «cualitativo»)»⁷⁶⁹. De manera que, segons aquest autor, el fet que el Dret penal, més enllà de les zones frontereres amb el Dret administratiu sancionador, s'ocupi dels comportaments més greus comporta, conseqüentment, garanties més intenses i un procediment judicial, lent, ritual i formalitzat. La qual cosa té com a conseqüència que no sigui igual la imposició o amenaça d'una sanció penal que la d'una sanció administrativa, encara que siguin aparentment (qualitativament i quantitativa) idèntiques, i afegeix -seguint SILVA SÁNCHEZ- que la pena té un sentit comunicatiu que justifica que hi pugui haver sancions formalment penals més lleus que les administratives⁷⁷⁰.

En un sentit semblant, en la doctrina alemanya s'afirma que, si entre ambdues classes d'il·lícits només és possible establir diferències quantitatives, per contra, en l'àmbit de les respectives conseqüències jurídiques, la distinció és necessàriament qualitativa. Això és així pel fet que la sanció administrativa no està lligada a un judici o retret moral -que sí que es dona en la sanció penal- i, per tant, la seva imposició no té com a conseqüència cap perjudici en la consideració o en la reputació del subjecte sancionat⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ TORIO LÓPEZ, A., Injusto penal e injusto administrativo... op. cit. p. 2538.

⁷⁶⁸ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador*... op. cit., p. 84; RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal*... op. cit., p. 56; HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*... op. cit., p. 82; GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., pp. 300-301.

⁷⁶⁹ LASCUARÍN SÁNCHEZ, J. A., Por un derecho penal sólo penal... op. cit., p. 621.

⁷⁷⁰ LASCUARÍN SÁNCHEZ, en aquesta línia argumental fa la cita textual de SILVA SÁNCHEZ següent: «(...) buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo. Pues bien, en contextos en los que la propia certeza y severidad del castigo pueden hallarse en tela de juicio, la dimensión pública del Derecho penal, la sacralidad que se le asocia, la distancia que generan las formas rígidas (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianidad constituyen un importante factor de prevención. En concreto un factor que permite el mantenimiento de los niveles tanto de prevención disuasoria, como de contención de reacciones informales como, en fin, de prevención de integración, sin necesidad de aumentar el sufrimiento efectivo de los sujetos afectados por la intervención del Derecho penal» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edició), Madrid, Civitas, 2001 p. 58), transcrit a LASCUARÍN SÁNCHEZ, J. A., Por un derecho penal sólo penal... op. cit., pp. 621-622.

⁷⁷¹ GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 356. En aquest mateix sentit, ROBLES PLANAS argumenta que «Desde el punto de vista factico, la pena indudablemente es un mal y, a decir verdad, especialmente cualificado: no se trata simplemente de la restricción jurídica de derechos (eso se comparte p. ej. con las medidas de seguridad o con

Al seu torn, l'opció en favor d'un mètode valoratiu suposa que la decisió del legislador sobre si una determinada conducta ha de ser tipificada penalment o administrativament és el producte d'un procés lògic previ, que comporta la descripció rigorosa del comportament (direcció de l'atac, freqüència, conseqüències socials, disseminació, etc.), del significat de la norma infringida per a la col·lectivitat, dels efectes contraproductius que la prohibició concreta comporta, entre altres aspectes. Així, els punts de vista per decidir si el comportament s'atribueix al Dret penal o al Dret penal administratiu són múltiples i en destaca la significació del bé jurídic -que ha de ser ponderat des d'una perspectiva no estàtica sinó dinàmica, històrica i cultural- i la significació ètic-social de la infracció⁷⁷².

2.6.- Conclusions de les teories sobre la distinció del Dret penal i el Dret administratiu sancionador

Tal com es desprèn del que s'ha explicat, les diverses teories han abordat els límits del Dret penal i el Dret administratiu sancionador des d'una multiplicitat de prismes, si bé en el rerefons de les teories qualitatives i quantitatives sempre hi ha una constant: les garanties exigibles al Dret administratiu sancionador i, en concret, la translació de les garanties i de les construccions dogmàtiques del sistema penal al sistema administratiu. Així, el rebuig de les teories qualitatives permet traslladar les garanties del Dret penal al Dret administratiu sancionador i conformar l'il·lícit administratiu en termes substancialment iguals al delictes. Si bé, com destaca QUINTERO OLIVARES, l'acceptació de diferències únicament quantitatives fa més difícil de sostenir la disminució de garanties en àmbits qualitativament iguals⁷⁷³. De manera el procés finalitza, com hem indicat, amb unes teories eclèctiques que accepten criteris quantitius i qualitius, en la formulació de les quals, però, també és rellevant quines són les garanties exigibles al Dret administratiu sancionador⁷⁷⁴.

las sanciones administrativas, sino, además, de un reproche ético-social». ROBLES PLANAS, R, *Límites al derecho penal...* op. cit., p. 28.

En opinió de GARCÍA ALBERO, les diferències des de la perspectiva de la reprovació ètic-social en realitat són merament quantitatives, pel fet que -tot i admetre l'estigmatització social de la condemna penal- aquest efecte desqualificador no pot ser totalment exclòs de les sancions administratives. GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 358.

⁷⁷² TORIO LÓPEZ, A. *Injusto penal e injusto administrativo...* op. cit., pp. 2539-2542.

⁷⁷³ QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder... op. cit., pp. 257.

⁷⁷⁴ Convé destacar que la classificació que s'ha realitzat entre teories qualitatives i quantitatives ha estat criticada per una part de la doctrina que opina que aquestes categories no són exactes i

En paraules de GARCÍA AMADO, la doctrina no es refia de les diferències pròpiament qualitatives pels riscos d'absolutisme moral, però tampoc vol assumir les conseqüències d'una diferenciació purament quantitativa i, en conseqüència, deixar-ho tot al legislador, merament contingent, i a les seves valoracions, sense que es trobi lligat a uns valors previs; és a dir, sense que estigui qualitativament condicionat⁷⁷⁵. Així, l'anada i tornada del qualitatiu al quantitatiu demostra la importància del que aquestes teories volen determinar: l'àmbit del Dret penal i del Dret administratiu sancionador als efectes de determinar les garanties exigibles a ambdues manifestacions del dret punitiu.

La importància d'aquesta qüestió en el moment actual ha estat destacada per RANDO CASERMEIRO qui afirma que «la realidad demuestra que probablemente nunca hasta ahora los límites entre derecho penal y derecho administrativo sancionador han estado tan difuminados y, por tanto, tan necesitados de delimitación», ja que «la indefinición de los cometidos de ambos sectores del ordenamiento punitivo está perjudicando la eficacia del sistema punitivo en su conjunto, a la vez que hace peligrar los tradicionales límites impuestos al poder punitivo con el fin de garantizar la libertad ciudadana». A més, «tal situación contribuye en no poca medida a una política sancionadora incontrolada, y por lo tanto a la expansión arbitraria del derecho punitivo y, dentro de él, particularmente, del derecho administrativo sancionador»⁷⁷⁶.

Les consideracions que fa RANDO CASERMEIRO sobre la importància del debat actualment (quin dret i quines garanties), ens ratifiquen en la importància del que volem analitzar i en la transcendència que té en l'exercici dels drets de participació política. Al seu torn, la descripció feta en aquest apartat ens permet reafirmar que el problema que hem de resoldre en l'àmbit que ens ocupa no és tant el *què* (Dret penal o Dret administratiu sancionador), sinó el *com* (procediment administratiu o procediment jurisdiccional, tipificacions amb norma amb rang de llei o inferior a la llei, responsabilitat subjectiva o quasi objectiva, necessitat d'assistència lletrada, valor probatori dels atestats policials, etc.) de l'actual configuració del Dret administratiu sancionador a l'Estat

no aporten claredat a una qüestió que ja, per sí mateixa, és força obscura: els límits entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador. Així, per exemple, LASCURAÍN SÁNCHEZ determina que els adjectius «qualitatius» i «quantitatius» aporten més confusió que claredat. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., Por un derecho penal sólo penal... op. cit., p. 619.

A més, tal com afirma SALAT PAISAL, si s'analitzen les diferents tesis abans exposades, es pot constatar que implícitament les teories qualitatives accepten també criteris quantitativs i que les quantitatives acaben reconeixent que existeixen diferències qualitatives. SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit.», p. 25.

⁷⁷⁵ GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el ius puniendi... op. cit.», p. 38.

⁷⁷⁶ RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit., pp. 23-24.

espanyol. És a dir, les qüestions que ens plantejem no les volem abordar des del *nomen* dels ordenaments (penal o administratiu) sinó des de la seva configuració concreta. Per tant, posarem l'accent en les conseqüències d'inserir una determinada infracció en un o altre ordenament.

En suma, l'objecte de la nostra investigació ha de conèixer les claus de la polèmica dogmàtica que hi ha en la delimitació del Dret penal i el Dret administratiu, però ni la teoria qualitativa, ni la quantitativa, ni la formal, ni l'eclèctica ens permeten donar resposta a les nostres preguntes. Ben al contrari, creiem que l'anàlisi d'aquestes teories corrobora que: (i) no té sentit l'existència de dues manifestacions del *ius puniendi* sense diferències; (ii) acceptada la necessitat d'aquestes diferències calen criteris per a la distribució del *ius puniendi*; (iii) els criteris utilitzats històricament, tot i haver abordat una multiplicitat de prismes, no han aconseguit establir una delimitació entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador; (iv) les diferències entre aquets dos sistemes es projecten sobre el règim de garanties, de manera que són aquestes diverses garanties les que han d'orientar la distribució. Per tant, caldrà determinar si el *com* sanciona el Dret administratiu sancionador les conductes properes a l'exercici de la llibertat d'expressió i informació i del dret de reunió i manifestació pot dificultar, menystenir o limitar de manera excessiva l'exercici dels drets de participació política. Abans però, hem d'analitzar si existeixen límits -normatius o dogmàtics- en la distribució del *ius puniendi*.

CAPITOL 3: LA LLIBERTAT DEL LEGISLADOR PER OPTAR ENTRE EL DRET PENAL I EL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR

1.- INTRODUCCIÓ

La unitat del *ius puniendi* i les teories sobre la distinció -o sobre la impossibilitat de distinció-, actualment acceptades per la doctrina de forma majoritària, comporten l'afirmació que és el legislador el que, mitjançant una apreciació estimativa en què ha de tenir presents els valors de la Constitució, determina si les conductes que es volen elevar a il·lícit són mereixedores de sanció penal o bé de sanció administrativa. Aquesta postura és també la que defensa el Tribunal Constitucional, el qual ha establert reiteradament que l'elecció entre ambdós règims punitius és una qüestió de política criminal, de competència exclusiva del legislador, i que la pot dur a terme amb un ampli marge de llibertat, dins dels límits de la Constitució⁷⁷⁷.

Aquesta llibertat del legislador, dins dels límits constitucionals, ha estat defensada doctrinalment pel fet que és el poder estatal que està dotat de legitimitat democràtica directa i en ell recau la representació de la voluntat popular. De la mateixa manera, s'ha destacat el caràcter de la llei com expressió de la voluntat popular i, en aquest sentit, reconeguda com a font privilegiada i indiscutible, no tant per ser expressió d'una

⁷⁷⁷ Entre d'altres, en la STC 160/2012, de 20 de setembre de 2012, Ple, Rec. 6021/2001 (FJ 2) argumenta que: «el control de la ley penal que este Tribunal tiene asignado debe venir presidido, en todo caso, por el reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 163/1999, de 20 de julio, FJ 23; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7). El juicio de constitucionalidad que nos atañe no se ocupa, en consecuencia, de cuestiones referidas a la eficacia, conveniencia o acierto técnico de la norma, sino únicamente a enjuiciar si se han respetado los límites externos que a la intervención legislativa imponen los principios constitucionales invocados por el órgano cuestionante (en igual sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4)».

En el mateix sentit, SSTC 65/1986, de 22 de maig, Sala Segona, Rec. 858/1983 (FJ 3); 160/1987, de 27 d'octubre, Ple, Rec. 263/1985 (FJ 6 b); 161/1997, de 2 d'octubre, Ple, Rec. 4198/1996 (FJ 9) i interlocutòria del TC 63/2004, de 24 de febrer, Ple, Rec. 5579/2003 (FJ 3).

determinada opció política o desenvolupament d'un programa de govern, sinó perquè és font democràtica; això és, manifestació del poble representat en el Parlament⁷⁷⁸.

Així doncs, tant la doctrina com el TC reconeixen al legislador una amplíssima llibertat per optar entre els il·lícits penals i els administratius. Amb tot, aquesta llibertat no és absoluta, doncs en la Constitució i en els ordenaments supranacionals hi ha establerts límits infranquejables per al legislador. Com veurem, bona part d'aquests límits provenen dels drets fonamentals i les peculiaritats de la seva vinculació amb la resta de l'ordenament i amb els poders de l'Estat (en aquest cas, amb el legislatiu). Cal destacar també que els límits normatius es projecten sobre la utilització del Dret administratiu (impedint-ne el seu ús en determinades circumstàncies) i mostren una preferència per la protecció penal i jurisdiccional.

La doctrina ha cercat també principis limitadors a la utilització del Dret penal que, en la nostra opinió, han de ser considerats principis limitadors del *ius puniendi* en el seu conjunt. I donada la impossibilitat de determinar si hi ha conductes o sancions que només poden ser de naturalesa penal o de naturalesa administrativa, i l'enorme dificultat d'articular -des d'un punt de vista de política criminal- de forma ordenada el *ius puniendi* de l'Estat, creiem que el debat s'ha de centrar, especialment, des d'un altre paradigma: el de les garanties d'un i altre sistema. En concret, les garanties en l'exercici dels drets fonamentals (des de la perspectiva processal i material).

Cal, doncs, estudiar els àmbits de restricció de la llibertat del legislador per optar entre els dos sistemes punitius, primer des de la perspectiva normativa i, posteriorment, des de la perspectiva doctrinal.

2.- PREFERÈNCIA O NECESSITAT CONSTITUCIONAL D'UTILITZAR EL DRET PENAL: LÍMITS CONSTITUCIONALS A LA UTILITZACIÓ DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR

La llibertat del legislador per optar entre els dos règims punitius no és absoluta sinó que troba alguns límits en la pròpia CE. Com tot seguit veurem, els límits establerts en la CE són escassos i ofereixen poques certeses. Malgrat això, són fonamentals als efectes de la nostra investigació, ja que determinen una qüestió cabdal: *imposen la utilització del*

⁷⁷⁸ AHUMADA RUIZ, M., «El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, págs. 169-194. Pel que fa a la jurisprudència, en aquest mateix sentit STC 17/1981, de 1 de juny, Ple, Rec. 231/1980 (FJ4).

Dret penal en determinades circumstàncies però, en cap cas, imposen la utilització del Dret administratiu sancionador. En altres paraules, en virtut de la regulació constitucional el legislador pot renunciar a utilitzar el Dret administratiu sancionador -o constrènyer-lo a mínims- però no pot renunciar completament a emprar el Dret penal⁷⁷⁹.

En aquest mateix sentit s'ha pronunciat una part de la doctrina administrativista, segons la qual el reconeixement constitucional de la potestat sancionadora de l'Administració a la CE (art. 25.1 i 3 i art. 45.3) no imposa la necessitat que el legislador utilitzi aquesta potestat per punir conductes de la ciutadania, ni tan sols en els casos en què les infraccions siguin mereixedores de sancions lleus⁷⁸⁰. Aquestes tesis es confronten directament amb el pensament majoritari de la doctrina penalista (i bona part de l'administrativista) per la qual, com veurem *infra*, el constrenyiment punitiu s'ha de projectar únicament sobre el Dret penal, en base a una particular forma d'entendre els principis d'intervenció mínima i *ultima ratio* en matèria penal.

Les manifestacions constitucionals d'aquests límits al legislador per optar entre un i altre règim punitiu, que de forma més o menys pacífica ha admès la doctrina i el Tribunal Constitucional, són: la prohibició que l'Administració imposi penes privatives de llibertat, la reserva de jurisdicció i les obligacions constitucionals de punició penal.

2.1.- La prohibició que l'Administració imposi penes privatives de llibertat

La CE estableix a l'art. 25.3 la prohibició expressa que l'Administració imposi sancions que directament o subsidiàriament impliquin privació de llibertat⁷⁸¹. Aquesta privació de llibertat no s'ha d'entendre en un sentit ampli, sinó que, tal com apunta REBOLLO PUIG, es refereix a la llibertat reconeguda a l'art. 17 CE (dret a la llibertat personal). La qual cosa significa que les sancions administratives poden limitar altres

⁷⁷⁹ Aquesta és la opinió sostinguda per CANO CAMPOS, segons el qual «de la CE se infiere que no se puede prescindir por completo del Derecho penal, pero no impide que el legislador prescinda por completo del Derecho administrativo sancionador en determinados sectores o incluso con carácter general, salvo en el campo doméstico de la Administración». CANO CAMPOS, T., El concepto de sanción... op. cit., p. 224.

⁷⁸⁰ *Ibíd.*, p. 224.

⁷⁸¹ Cal advertir que aquesta regla general té, *ex art.* 25 CE, una important excepció que consisteix en la possibilitat que l'Administració imposi sancions privatives de llibertat en l'àmbit disciplinari militar.

llibertats o restringir d'altra forma la llibertat (per exemple, limitant la llibertat d'empresa o l'elecció de professió)⁷⁸²⁻⁷⁸³.

Aquesta prohibició, però, no aporta llum sobre la frontera entre ambdós sistemes punitius, sinó que és un límit superior que es circumscriu únicament en relació amb la gravetat de la sanció a imposar. L'únic que determina és que els casos en què el legislador consideri (sense concretar en base a quins elements) que una conducta ha de ser castigada amb una sanció privativa de llibertat s'hauran de tipificar a través del Dret penal. Així mateix, no atorga criteris orientadors sobre quines conductes són mereixedores d'una pena privativa de llibertat i, encara menys, sobre quines conductes –d'entre les no mereixedores de presó- han de ser tipificades pel Dret penal i quines pel Dret administratiu sancionador.

Com hem vist, d'acord amb les teories actualment sostingudes per la doctrina, hi ha un nucli reduït de conductes que per la seva transcendència social són pacíficament mereixedores de sanció privativa de llibertat (per exemple, els assassinats dolosos). Seguint la prohibició continguda en l'art. 25.3 CE, aquestes conductes hauran de tipificar-se com a penals per poder retribuir-se amb una pena privativa de llibertat. Més enllà d'aquest nucli de certesa, l'art. 25.3 CE no aporta cap orientació al legislador. D'altra banda, en el si d'aquest nucli de certesa i sense l'existència de la prohibició de l'art. 25.3 CE, la decisió legislativa hauria estat probablement la mateixa: optar pel Dret penal.

Per tant, la major aportació d'aquesta previsió constitucional és la garantia que, en un Estat de Dret, la privació de llibertat queda reservada a la jurisdicció penal, impedit així que les sancions imposades per l'Administració -o altres jurisdiccions- puguin ser substituïdes per penes privatives de llibertat, trencant definitivament amb determinades previsions del nostre ordenament pròpies de períodes anteriors a la democràcia. De fet, com ja hem apuntat (a l'apartat 3 del Capítol 1), per una part minoritària de la doctrina la CE es limita a reaccionar contra el temps pretèrit -en referència a la fase autocràtica anterior-, barrant el pas a la situació històrica en què les autoritats governatives compartien amb la Jurisdicció la imposició de sancions privatives de llibertat. Ara bé, per

⁷⁸² REBOLLO PUIG. M., «El contenido de las sanciones... op. cit., p. 158.

⁷⁸³ A més, l'Administració pot imposar mesures privatives de llibertat no sancionadores. Ens referim, per exemple, al confinament de persones malaltes en situacions de quarantena. Aquesta possibilitat és compatible amb la previsió de l'art. 25.3 CE justament pel caràcter no punitiu d'aquesta privació de llibertat. Per distingir aquestes situacions de les sancions privatives de llibertat cal acudir, com es detalla en l'apartat 1.3 del Capítol 2, als dos elements diferenciadors de les sancions: el caràcter constitutiu i la seva funció punitiva.

a aquesta doctrina la previsió constitucional de l'art. 25.3 no es pot entendre en el sentit d'una autorització a la potestat sancionadora de l'Administració⁷⁸⁴.

Als efectes de la nostra investigació, aquesta prohibició estableix un primer bloc d'infraccions que han de ser tipificades necessàriament com a pròpies del Dret penal; això és, aquelles que el legislador determini que mereixen ser sancionades amb privació de llibertat.

2.2.- La reserva de jurisdicció

La reserva de jurisdicció ha estat positivitzada a l'art 117.3 CE que estableix que «l'exercici de la potestat jurisdiccional en qualsevol mena de processos, jutjant i fent executar allò que hagi estat jutjat, correspon exclusivament als Jutjats i als Tribunals que les lleis determinen, segons les normes de competència i de procediment que elles estableixin».

Tal com es desprèn de l'article transcrit, la CE es refereix, d'una banda, a la «jurisdicció» com a potestat i, de l'altra, als òrgans del Poder judicial (Jutjats i Tribunals) als quals s'atribueix en monopoli aquesta potestat. Des d'aquesta perspectiva, diversos autors han destacat que el fet que la jurisdicció s'atribueixi a un poder públic concret implica que conceptualment és diferent de l'activitat del Poder judicial; és a dir, que la jurisdicció no és per definició quelcom exercit pel Poder judicial (doncs si ho fos no seria necessari un precepte per establir aquesta atribució)⁷⁸⁵. De manera que, seguint a DÍEZ PICAZO, ni tot allò jurisdiccional és necessàriament judicial ni, viceversa, tot allò judicial és necessàriament jurisdiccional⁷⁸⁶.

Ara bé, la vinculació entre *òrgan jurisdiccional* i *activitat jurisdiccional* no és indiferent per la CE. Ben al contrari, la CE estableix un vincle estricte entre òrgan jurisdiccional i activitat jurisdiccional, mitjançant el principi d'exclusivitat. Aquest principi, en sentit positiu, s'expressa en l'art. 117.3 CE quan disposa que l'exercici de la potestat jurisdiccional correspon exclusivament als jutjats i tribunals (de manera que no

⁷⁸⁴ TORIO LÓPEZ, A., *Injusto penal e injusto administrativo...* op. cit., pp. 2529-2546.

⁷⁸⁵ En aquest mateix sentit, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, p. 158.

⁷⁸⁶ DÍEZ PICAZO, L.M., «La potestad jurisdiccional: características constitucionales», *Parlamento y Constitución*. Anuario, núm. 2, 1998, p. 71.

es pot preveure que aquesta potestat sigui exercida per altres òrgans que els previstos per la CE o els que aquesta norma autoritza -TJUE i TEDH-) ⁷⁸⁷. En sentit negatiu, apareix a l'art. 117.4 CE que determina que els jutjats i tribunals no exerciran cap altra funció que l'exercici de la potestat jurisdiccional (i les que els siguin atribuïdes expressament per la llei en garantia de qualsevol dret). Per tant, la CE atribueix de manera exclusiva i exclouent la potestat jurisdiccional als òrgans jurisdiccional (Jutjats i Tribunals integrants en el Poder Judicial) i, conseqüentment, el legislador no pot reconèixer aquesta potestat a cap altre òrgan ⁷⁸⁸.

Per comprendre l'abast d'aquesta reserva, el primer que cal determinar és el significat de «jurisdicció». Aquest concepte ha estat objecte de moltes i diverses explicacions teòriques i, actualment, el debat no es troba tancat. No obstant, com destaca ORTELLS RAMOS ⁷⁸⁹, moltes de les característiques definidores de la jurisdicció en les diverses teories no s'exclouen les unes de les altres. Així, no hi ha contradicció en afirmar que, des del punt de vista *orgànic*, la nota essencial de la jurisdicció radica en la *independència i imparcialitat* del subjecte que la té atribuïda: jutges i magistrats en virtut de l'article, 117.1 CE. Mentre que, atenent a l'*activitat* jurisdiccional, la característica definidora de la jurisdicció consisteix en la funció que a través d'ella es desenvolupa: *jutjar i fer executar allò jutjat* en virtut de l'article, 117.3 CE; o en l'*eficàcia jurídica* que produeix: l'anomenada *cosa jutjada*.

Alguns autors situen el criteri definidor de la jurisdicció en el «desinterès objectiu», pel qual una actuació és jurisdiccional no només quan l'òrgan que la realitza és independent i esta sotmès únicament al Dret, sinó també quan aquesta actuació no respon a una finalitat de tutela dels interessos propis de l'ens en què aquest òrgan s'integra ⁷⁹⁰. La diferència per aquesta doctrina es situa, per tant, en la posició d'heterotutela pròpia

⁷⁸⁷ *Ibíd.*, p. 71.

⁷⁸⁸ ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. i JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal...* op. cit., p. 147 i 148.

⁷⁸⁹ *Ibíd.*, p. 29.

⁷⁹⁰ L'expressió «desinterès objectiu» s'atribueix a DE LA OLIVA SANTOS, qui la utilitza almenys des de la seva obra de 1988 *Derecho Procesal Civil I*.

En opinió de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, l'esmentat *desinterès objectiu* no forma part del concepte de jurisdicció, sinó que és una característica desitjable per motius d'acceptació social. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicció... op. cit., p. 159, nota al peu 13.

Per a ORTELLS RAMOS, la teoria jurídica no rebutja la transcendència de la posició d'heterotutela, però reconeix que el predomini pràctic s'inclina a favor de l'opinió que l'efecte de *cosa jutjada* és la característica distintiva de la potestat jurisdiccional. Per a aquest autor, aquest predomini pràctic es percep en la continuada subsistència d'antics supòsits de funcions parajudicials de l'Administració, en la introducció de nous supòsits i en la doctrina del Tribunal Constitucional, molt inclinada pel caràcter decisiu del criteri de *cosa jutjada*. ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. i JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal...* op. cit., p. 167.

dels tribunals⁷⁹¹. Cal advertir que aquest criteri no és pacífic i no és el seguit per la doctrina del TC, el qual s'inclina per l'efecte de *cosa jutjada* com element diferenciador de la potestat jurisdiccional⁷⁹².

Aquestes característiques definidores van ser afirmades per una part de la doctrina administrativista abans de l'aprovació de la CE i van servir per negar de forma expressa l'existència d'una potestat administrativa jurisdiccional⁷⁹³. Un cop aprovada la CE, la manca d'atribució de la funció de jurisdicció als òrgans de l'Administració ha estat afirmada des de diverses perspectives, en funció de la característica definidora de jurisdicció que s'utilitzi.

Des del punt de vista *orgànic*, els òrgans de l'Administració no estan investits de neutralitat ni d'independència. Aquesta manca de neutralitat i independència és conseqüència de la missió de l'Administració que -com tot seguit establirem-, no és la de decidir el Dret, sinó la de donar «pronta y eficaz satisfacción» als interessos generals que té confiats⁷⁹⁴. Des de la perspectiva de l'*activitat* -com dèiem-, la funció pròpia de l'Administració no és jurisdiccional -no és jutjar i fer executar allò jutjat- sinó que és la consecució de l'interès general. Si bé, convé destacar l'existència de les anomenades Autoritats Administratives independents i dels òrgans col·legiats amb autonomia funcional (art. 112.2 LPAC), dels quals s'ha afirmat que exerceixen funcions quasi-

⁷⁹¹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...* op. cit., p. 167.

⁷⁹² Com a mostra de la manca de consens sobre el concepte de jurisdicció, podem acudir a DíEZ PICAZO, qui nega el monopoli de la força de cosa jutjada per part de la jurisdicció; per fer-ho, es basa en raons històriques i teòriques (entre aquestes, el fet que un acte administratiu no recorregut en temps i forma esdevé ferm i no sempre l'Administració el podrà substituir, anul·lar o deixar sense efecte, de manera especial quan es tracta d'actes declaratius de drets). DíEZ PICAZO, L.M., «La potestad jurisdiccional... op. cit., p. 69-70.

⁷⁹³ D'entre aquesta doctrina, destaquen GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., i les tesis defensades en les primeres edicions del seu *Curso de derecho administrativo*. En concret, en la reimpressió de 1977 de la segona edició, els autors afirmen: «Hemos de decir rotundamente que no existe tal potestad administrativa jurisdiccional, porque la jurisdicción supone neutralidad e independencia en los órganos que la imparten, heterotutela, como ya hemos notado, y validez definitiva (fuerza de cosa juzgada) en lo decidido o ejecutado, notas ambas que no se dan en los fenómenos de la tutela ejercida por la Administración. No hay, en efecto, neutralidad e independencia, porque la Administración protege sus propios intereses» GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 1977 op. cit., p. 326.

⁷⁹⁴ Aquesta manca d'independència ha estat reconeguda per GARCÍA DE ENTERRÍA en relació amb els recursos administratius. L'autor determina que en aquests recursos sempre faltará «un elemento decisivo a la hora de definir y configurar una jurisdicción verdadera y propia: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia». És per això que l'autor determina que *nemo iudex in causa sua* (ningú pot ser jutge en els seus propis assumptes). És a dir, a ningú se li pot reconèixer la condició de veritable jutge si decideix sobre la seva pròpia causa. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo II...* 2013, op. cit., capítol XXIII «Los recursos administrativos».

jurisdiccionals, doncs la seva missió no es vincula amb la decisió de l'interès general, sinó amb l'aplicació de la llei en un determinat supòsit de fet⁷⁹⁵. No obstant, aquestes Autoritats i aquests òrgans col·legiats queden fora de l'àmbit del nostre estudi.

Des de la perspectiva de *l'eficàcia jurídica*, s'afirma que l'activitat administrativa no encaixa en la definició de jurisdicció, no perquè no provingui dels jutges i dels tribunals, sinó perquè els actes de l'Administració no són irrevocables (no tenen força de cosa jutjada)⁷⁹⁶. En concret, els actes de l'Administració són susceptibles d'un ulterior control jurisdiccional, atès que els tribunals controlen tota l'activitat administrativa, de conformitat amb l'art. 106.1 CE. Tal com han destacat diversos autors, en general, els actes administratius tenen efectes obligatoris immediats des de que són adoptats, però per a l'ordenament en el seu conjunt són provisionals (no en el sentit que necessitin una posterior confirmació, sinó que, durant un temps, poden ser revisats pels tribunals)⁷⁹⁷. Tenen presumpció de validesa, però no és una presumpció *iuris et de iure*, sinó *iuris tantum*.

No obstant això, cal remarcar que l'Administració no es troba en la mateixa posició que els ciutadans en relació amb la tutela dels seus propis interessos. En efecte, en el nostre ordre constitucional -com en el de qualsevol altre del nostre entorn cultural-, quan els ciutadans desitgen canviar una determinada situació de fet, amb caràcter general, no

⁷⁹⁵ En relació amb les Autoritats Administratives independents, vid. MALARET GARCÍA, E., *Autoridades independientes y justicia administrativa*. A: MONTORO CHINER, M. J., (coordinadora), *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 746.

En relació amb els òrgans col·legiats amb autonomia funcional, tal com detalla SANTAMARIA PASTOR, el caràcter quasi-jurisdiccional (als efectes formular qüestions prejudicials al TJUE) se'ls reconeix «tanto por la circunstancia de estarles confiada una tarea de revisión contradictoria de legalidad de los actos de otros órganos, cuanto por la de estar dotados de una cierta autonomía funcional». SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 43.

Sobre la doctrina del TJUE del concepte d'òrgan jurisdiccional com a requisit per a formular qüestions prejudicials, vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., Sobre la controvertida naturaleza "jurisdiccional" de los tribunales administrativos de recursos contractuales. A: LÓPEZ RAMÓN, F., (coord.) *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 374-384.

⁷⁹⁶ Ho afirma, per exemple, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 164. En sentit contrari, com ja hem indicat *supra*, DíEZ PICAZO, L.M., «La potestad jurisdiccional: características constitucionales», *Parlamento y Constitución*. Anuario, núm. 2, 1998, p. 69-70.

⁷⁹⁷ En aquest sentit, per exemple, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo I*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 606-607.

poden fer-ho per ells mateixos⁷⁹⁸, sinó que han d'acudir als tribunals. En altres paraules, els ciutadans no exerceixen la jurisdicció en relació amb els seus propis interessos (autotutela), sinó que és una funció que han de recavar del Poder judicial (heterotutela). Aquesta renúncia dels ciutadans a l'autotutela és un reflex del principi general de pau jurídica -origen i fonament de l'Estat⁷⁹⁹. Però, tal com destaca RODRÍGUEZ PORTUGUÉS⁸⁰⁰, perquè aquesta renúncia sigui acceptable, el sistema d'heterotutela ha estat dotat de dues característiques fonamentals: la independència i imparcialitat de les autoritats a les quals s'atribueix l'exercici de la jurisdicció (plasmada a l'art. 117.3 CE), i la configuració de l'accés a la jurisdicció com un dret subjectiu protegit de manera reforçada (plasmada en el dret fonamental a la tutela judicial efectiva de l'art. 24 CE).

En canvi, a diferència dels ciutadans, les administracions públiques gaudeixen tradicionalment en el Dret de l'Estat espanyol de la potestat de tutelar per elles mateixes els seus drets i interessos⁸⁰¹, això és el que es coneix com a autotutela administrativa⁸⁰². En concret, les administracions estan exemptes de sotmetre les seves pretensions tant al judici declaratiu com al judici executiu⁸⁰³. Per això, s'afirma que l'autotutela es concreta en dos vessants: el declaratiu i l'executiu.

⁷⁹⁸ Només excepcionalment l'ordenament jurídic permet als particulars tutelar per sí mateixos els seus drets. Destaquen als efectes del nostre estudi els supòsits d'estat de necessitat (art. 20. 5º CP) i de legítima defensa (art. 20.4º CP).

Tanmateix, com s'ha dit, aquesta autotutela privada és excepcional perquè contradiu el principi general de tutela judicial i precisa d'un reconeixement legal explícit. A més, és facultativa però no per això s'exclou necessàriament l'actuació judicial. Es tracta d'un dret subjectiu que permet prescindir del jutge en el seu exercici, ara bé el jutge conserva íntegre el seu poder per verificar la legalitat del seu ús (com amb qualsevol altra dret subjectiu).

Així ho han afirmat GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 1977 op. cit., p. 312; En el mateix sentit, LÓPEZ RAMÓN, F., «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988, p. 58.

⁷⁹⁹ LÓPEZ RAMÓN, F., «Límites constitucionales... op. cit., p. 57.

⁸⁰⁰ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., pp. 160 i 161.

⁸⁰¹ Un estudi sobre els orígens de l'autotutela administrativa el trobem a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», *Moneda y crédito*, núm. 128, 1974, pág. 59-87

⁸⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA defineix l'autotutela com la capacitat de l'Administració «como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial» (les cursives són originals). GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I*, (16ª edició) Pamplona, Civitas, 2013, capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸⁰³ Des de la perspectiva de les possibles pretensions objecte dels processos jurisdiccionals, aquests es poden classificar en declaratius, executius i cautelars (art. 5 LEC). Els dos primers són coincidents amb les funcions jurisdiccionals («jutjar i executar allò jutjat»), mentre que el tercer és una subfunció la missió de la qual és assegurar les altres dues funcions.

(i) Des de la perspectiva de l'autotutela declarativa, els actes administratius constitueixen declaracions o decisions capaces per elles mateixes de modificar o extingir situacions jurídiques subjectives dels seus destinataris, sense la necessitat d'acudir als òrgans judicials i amb independència del consentiment o la col·laboració dels subjecte destinatari d'aquests actes. Les decisions de l'Administració són, en paraules de GARCIA DE ENTERRÍA, «ejecutorias por propia autoridad [arts. 38 i 98 LPAC] de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad⁸⁰⁴».

(ii) Des de la perspectiva de l'autotutela executiva, els actes administratius poden ser portats a la pràctica per la pròpia Administració, la qual pot, fins i tot, utilitzar la coacció en cas de resistència dels seus destinataris, altra vegada, sense necessitat d'intervenció dels tribunals de justícia⁸⁰⁵. L'amplitud amb la que es reconeix aquesta autotutela executiva a l'Estat espanyol -on tots actes administratius poden ser objecte d'execució forçosa «tret dels supòsits en què se suspengui l'execució d'acord amb la llei, o quan la Constitució o la llei exigeixin la intervenció d'un òrgan judicial» (art. 99 LPAC)-, excedeix amb escreix al que és comú en altres sistemes jurídics i així ho han denunciat alguns autors⁸⁰⁶; així mateix, s'ha destacat que l'executivitat dels actes administratius no comporta necessàriament la seva execució forçosa⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit., capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸⁰⁵ El reconeixement de l'autotutela executiva de l'Administració en el dret positiu s'atribueix a l'art. 38 LPAC, a l'establir que «els actes de les administracions públiques subjectes al Dret administratiu són executius d'acord amb el que disposa aquesta Llei», i a l'art. 99 LPAC on es reconeix la possibilitat d'execució forçosa. Previsions idèntiques a les contingudes en els derogats arts. 56 i 95 LRJPAC, les quals, alhora, són coincidents amb la regulació de la Llei de Procediment Administratiu del 1958 (art. 44 i 102).

⁸⁰⁶ Per tots, GARCIA DE ENTERRÍA estableix que a Itàlia i a França, model del règim administratiu, l'execució forçosa mitjançant coacció administrativa es considera com una forma subsidiària d'execució, a falta d'altres formes, i en particular en defecte de sancions administratives o penals previstes per trencar la resistència a l'acompliment. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit., capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸⁰⁷ Per BAÑO LEÓN, la possibilitat d'execució forçosa, només estarà justificada constitucionalment quant sigui el mitjà idoni per a la realització de l'interès públic. Per a aquest autor, l'atribució a l'Administració de la potestat d'execució forçosa s'ha de mesurar amb el principi de proporcionalitat i no amb el principi d'eficàcia de l'Administració, ja que «en un Estado democrático la eficacia de la Administración no se contrapone a la eficacia de los derechos de los interesados sino que los integra armoniosamente». BAÑO LEÓN, J. M. «Los excesos de la llamada autotutela administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016.

Així, doncs, com ha assenyalat LÓPEZ RAMÓN, la potestat d'autotutela fa que les restants potestats administratives -inclosa la sancionadora- adquireixin un formidable abast, ja que poden ser exercides i realitzades pràcticament sense la intervenció de voluntats alienes a l'Administració⁸⁰⁸. Per tot això, aquesta autotutela és vista pels estudiosos com una excepció al model *ideal* basat en un sistema de renúncia d'aquesta en favor de l'heterotutela judicial. No obstant, cal advertir que l'autotutela administrativa no és, en puritat, una excepció ni una infracció de l'heterotutela judicial i de la reserva de jurisdicció, ja que, com s'ha dit, no és pròpiament exercici d'activitat jurisdiccional. Malgrat això, constitueix una modulació important a aquests principis i, en ocasions, pot resultar incompatible amb ells⁸⁰⁹.

Una primera manifestació d'aquesta modulació la trobem en el fet que, en virtut de l'autotutela de l'Administració, el paper del jutge queda inicialment exclòs i desplaçat fins al moment posterior en què l'Administració dicti l'acte administratiu. En concret, el jutge ha de respectar la realització íntegra per l'Administració de la seva potestat d'autotutela (declarativa i executiva) i, únicament, podrà intervenir quan l'autotutela ja s'hagi exercit i, precisament, per verificar si s'ajusta o no al dret material aplicable. Això és el que es coneix com el principi de l'acte previ i que marca el caràcter revisor de la jurisdicció contenciosa-administrativa⁸¹⁰, el qual encara és present en el control jurisdiccional de l'activitat de l'Administració, si bé la interpretació estricta del caràcter revisor ha estat atemperada per la LJCA⁸¹¹, en definir l'àmbit objectiu del control jurisdiccional (que s'estén a tota l'actuació de les Administracions públiques sotmesa al dret administratiu -art. 1 LJCA-) i l'activitat impugnabile (que inclou la via de fet i la inactivitat administrativa -art. 25 LJCA-)⁸¹².

⁸⁰⁸ LÓPEZ RAMÓN, F., «Límites constitucionales... op. cit., p. 58.

⁸⁰⁹ En aquest mateix sentit, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 164.

⁸¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit., capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸¹¹ Tal com destaca GONZÁLEZ ALONSO «si bien tanto la ley jurisdiccional anterior, de 1956, como la vigente de 1998, han mantenido esa naturaleza revisora del proceso administrativo, no es menos cierto que se han ido introduciendo algunos correctivos que han moderado ese carácter ganando terreno al objetivo del control universal de la actuación pública». GONZÁLEZ ALONSO, A., «Objeto del recurso contencioso-administrativo y alcance del carácter revisor de esta jurisdicción», *Diario La Ley*, núm. 7096, 2009.

En el mateix sentit, GAMERO CASADO i FERNÁNDEZ RAMOS afirmen que la Llei de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa de 1998 «representa un paso más para el desmantelamiento del dogma del carácter revisor de la jurisdicción». GAMERO CASADO, E. i FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho administrativo* (15ª edición), Madrid, Tecnos, 2018, p. 658.

⁸¹² Al seu torn, aquest caràcter revisor en el vessant processal ha estat atemperat per la doctrina del TC, el qual considera contrari al dret a la tutela judicial efectiva que el jutge no resolgui en la

Des del prisma dels ciutadans, l'autotutela declarativa de l'Administració comporta que, amb caràcter general, queden gravats amb la càrrega de recórrer les declaracions o decisions d'aquesta per desfer la seva presumpció de validesa. I no només això, sinó que el principi d'acte previ i el caràcter revisor de la jurisdicció contenciosa administrativa provoquen que només puguin acudir a la jurisdicció un cop l'Administració hagi emès aquestes decisions (de nou amb caràcter general, amb les excepcions indicades -inactivitat administrativa i via de fet-). Com ha destacat RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, des d'aquest prisma, la tutela administrativa, significa una restricció de la reserva de jurisdicció des del seu vessant subjectiu; això és, com a dret d'accés a la jurisdicció per part dels ciutadans⁸¹³. Aquesta situació es veu agreujada per una de les manifestacions del que s'ha anomenat autotutela de segona potència o reduplicativa⁸¹⁴: la interposició perceptiva de recursos administratius previs a l'accés als Tribunals de qui pretengui impugnar les declaracions executives o les execucions coactives de l'Administració (art. 112 LPAC). Aquesta previsió agreuja la càrrega inicial d'haver de recórrer les declaracions o decisions de l'Administració, complicant i endarrerint l'accés a la garantia judicial⁸¹⁵.

La justificació de l'admissió d'aquestes modulacions a la reserva de jurisdicció, que significa el reconeixement de l'autotutela administrativa, s'ha basat en què l'Administració ha de servir amb *eficàcia* els interessos generals que té confiats. Aquest principi d'eficàcia de l'actuació administrativa troba el reconeixement constitucional a l'art. 103.1 CE. Ara bé, com ha establert el propi Tribunal Constitucional, la CE no obliga a què existeixi un sistema d'autoexecució dels actes administratius, sinó que la previsió de l'art. 103 CE és una «remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia»⁸¹⁶. És per això que es pot afirmar que l'autotutela administrativa no està

sentència un determinat motiu de fons en no haver estat esgrimit aquest motiu davant l'Administració, invocant el caràcter revisor de la jurisdicció contenciosa. Vid. TRIANA REYES, B., «Doctrina constitucional en torno al carácter revisor de la jurisdicción contenciosa. STC 23/2018, de 5 de marzo», *Actualidad administrativa*, núm. 5, 2018.

⁸¹³ En aquest mateix sentit es pronuncia RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 166.

⁸¹⁴ Expressió utilitzada per GARCÍA DE ENTERRÍA per designar les altres manifestacions de l'autotutela administrativa (al marge de la declarativa i de l'executiva que serien les autotutelles primàries). GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit., capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸¹⁵ Aquesta és també l'opinió d'Ibíd.

⁸¹⁶ Així ho va establir ben aviat el Tribunal Constitucional en la Sentència 22/1984, de 17 febrer, Sala Segona (Rec. 59/1983), que, en el FJ 4, va declarar que «la potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la CE. Es

constitucionalizada, en el sentit que el legislador no està constitucionalment obligat a mantenir la configuració de l'autotutela vigent⁸¹⁷. Tanmateix sí que està obligat a garantir l'eficàcia de l'Administració pública; per tant, el manteniment de l'autotutela és una de les opcions constitucionalment admissibles a aquests efectes⁸¹⁸.

Ara bé, cal tenir present que la prerrogativa d'autotutela no només es justifica en atenció a que l'Administració està al servei dels interessos generals (art. 103.1 CE) sinó que, ahora, troba en els interessos generals el seu límit. De manera que la clàusula de l'interès general és la base per establir les relacions entre el Poder executiu i el Poder judicial, ja que només es podrà atribuir potestats d'autotutela a l'Administració quan estiguin dirigides a la tutela de l'interès general. En cas contrari, l'atribució d'autotutela a l'Administració sense el suport en l'interès general esdevé una modulació injustificada o inconstitucional de la reserva de jurisdicció (art. 117.3 CE) i, des del punt de vista subjectiu, un obstacle injustificat al dret d'accés a la jurisdicció (art. 24 CE)⁸¹⁹.

Al seu torn, convé destacar que l'autotutela de l'Administració no és la funció principal de la mateixa (és auxiliar i complementària) i, per tant, només pot versar sobre qüestions connexes amb una situació prèvia jurídica material de la pròpia Administració⁸²⁰. En conseqüència, hi ha juristes que afirmen que el legislador no ha

verdad que el art. 117.3 CE atribuye al monopolio de la potestad Jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia "con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho". Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al art. 103 CE».

⁸¹⁷ En aquest sentit es pronuncia ARROYO JIMÉNEZ, L., «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, p. 25.

⁸¹⁸ Com destaca GARCIA DE ENTERRÍA, l'autotutela administrativa no és l'única opció per aconseguir aquesta eficàcia. L'autor es fixa en el dret comparat per afirmar que «el mundo anglosajón desconoce una autotutela subjetiva del tipo que estamos exponiendo y no por ello podría decirse que las Administraciones que siguen tal sistema sean ineficaces o, aun, siquiera menos eficaces que las nuestras, aunque resulte cierto, sin embargo, que son, en un amplio sentido, más respetuosas con la libertad; se trata, simplemente, de dos sistemas jurídicos diferentes forjados por la historia, como hemos intentado poner de relieve». GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit., capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸¹⁹ En aquest mateix sentit es pronuncia «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 167 i 178.

⁸²⁰ En aquest sentit, ORTELLS RAMOS determina que «la potestad jurisdiccional se diferencia [de las potestades administrativas que también consisten en actuar el Derecho] porque no se ejercita como desarrollo de una posición jurídica material de la que los órganos jurisdiccionales sean titulares, sino puramente actuando el Derecho respecto de situaciones jurídicas materiales de las que son titulares otros sujetos. Es, pues, una potestad pura y simple de actuación del Derecho, que encuentra en esa sola función su justificación plena. Es, volviendo al texto constitucional, la

d'atribuir a l'Administració la tutela d'una situació jurídica aliena, perquè aquesta no seria una potestat d'autotutela sinó una potestat jurisdiccional (heterotutela) i s'estaria infringint la previsió constitucional de l'art. 117.3 CE⁸²¹.

Així doncs, en base a la reserva de jurisdicció, és possible afirmar que existeixen determinats límits imposats constitucionalment a l'autotutela de l'Administració. D'una banda, la necessitat que les potestats d'autotutela estiguin dirigides a garantir l'interès general i, de l'altra, la necessitat que aquestes potestats de l'Administració estiguin dirigides a qüestions connexes amb una situació jurídica material prèvia de la pròpia Administració. Aquestes limitacions són les que han portat a alguns autors a afirmar la possible inconstitucionalitat d'algunes potestats d'autotutela atribuïdes a l'Administració; això és el que es coneix com a «abús d'autotutela»⁸²². En concret, aquest abús ha estat denunciat en els supòsits en què l'Administració resol conflictes entre particulars o estableix indemnitzacions per danys i perjudicis (que pertocaria de fixar a la jurisdicció civil)⁸²³ i, el que més interessa a aquest estudi, en determinades formulacions del Dret

potestad de actuar el Derecho «juzgando», expresión en la que *juzgar* tiene el significado específico del juicio que se proyecta sobre la posición jurídica de otros. No es, como la actividad administrativa, «servir los intereses generales», con la potestad adicional y complementaria (potestad de autotutela) de actuar el Derecho que protege esos intereses» (les cursives són originals). ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. i JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal...* op. cit., p. 166.

⁸²¹ Des d'aquesta perspectiva, és il·lustratiu el vot particular del Magistrat Gabaldón López a la sentència del Ple del TC 121/1992, de 28 de setembre (recurs d'inconstitucionalitat 361/1987). En aquesta sentència el TC va estimar conforme a la Constitució l'atribució a l'Administració de la potestat de reconèixer si un arrendament rústec està o no subjecte a un regim jurídic especial (assumpte d'indiscutible naturalesa jurídic-privada) prevista a la Llei de les Corts Valencianes 6/1986, de 15 de desembre, d'arrendaments històrics valencians. El vot discrepant del Magistrat Gabaldón López estableix que «parece evidente que el reconocimiento por la Administración de la existencia de un contrato civil entre partes, determinante de todas unas consecuencias que afectan no sólo a quien solicitó aquel acto sino a los demás titulares de la relación jurídica, quienes además pueden ver modificado el contenido de los derechos que la costumbre o el pacto les confería, no es una actividad propia de la Administración sino una potestad de intervención que esa Ley le otorga más allá de sus propias facultades, invadiendo las que son propias de la Jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución), puesto que la función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en la esfera del Derecho civil».

⁸²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit. Capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸²³ Existeixen supòsits d'ingerència de l'Administració en la resolució de conflictes entre particulars, que han estat qualificats repetidament com a «funció arbitral» de l'Administració. Ens referim, seguint a GUILLÉN CARAMÉS a la l'activitat arbitral desenvolupada per l'Administració en què «resuelve controversias entre sujetos privados sobre derechos administrativos mediante actos administrativos. En estos supuestos no puede hablarse de un arbitraje en sentido propio puesto que ni las partes escogen esta vía de forma voluntaria, pues viene impuesta *ope legis*, ni tampoco queda excluida la vía judicial al ser el acto administrativo que resuelve el conflicto un acto plenamente impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, sería más correcto hablar de mecanismos de resolución de conflictos». GUILLÉN CARAMÉS, J., «Administración y actividad arbitral: La necesidad de simplificación y reforma de los

administratiu sancionador (que haurien d'atribuir-se a la jurisdicció penal). Centrem la nostra anàlisi en els segons supòsits.

2.2.1.- La reserva de jurisdicció com a límit a la llibertat del legislador per optar pel Dret administratiu sancionador

La potestat sancionadora, com la resta de potestats administratives, es beneficia de l'autotutela administrativa; ja que el fet que les sancions administratives no siguin executives mentre sigui possible interposar-hi un recurs ordinari en via administrativa (art. 90.3 LPAC) no constitueix una excepció a l'autotutela. Tal com ha argumentat REBOLLO PUIG, aquesta previsió no afecta la seva executivitat ni la possibilitat d'execució forçosa per la pròpia Administració, sinó que només comporta «un cierto retraso, o sea, una modesta matización a su inmediatez»⁸²⁴. Encara més, la projecció de l'autotutela executiva a les sancions administratives ha estat fortament criticada per la incidència que pot tenir sobre la presumpció d'innocència⁸²⁵.

mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo». *Revista de administración pública*, núm. 166, 2005, p. 360.

Sobre aquesta activitat, per tots, PARADA VÁZQUEZ, J. R., «Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración», *Revista galega de administración pública*, núm. 23, 1999, pp. 13-43.

Una crítica a l'atribució a l'Administració d'una activitat arbitral obligatòria la realitza, per exemple, PEREZ DAUDÍ. En concret, aquest autor critica que en l'àmbit de la protecció del consumidor les disposicions addicionals primera i segona de la llei 7/2017, de 2 de novembre, per la qual s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2013/11/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2013, preveuen la regulació d'un ADR (*Alternative Disputie Resolution* -que es refereix al conjunt de tècniques extrajudicials de resolució de conflictes-) de caràcter vinculant «ex lege» per a les entitats financeres i les companyies aèries, respectivament, i estableix la competència per a conèixer de la resolució d'aquests ADR, a òrgans estatals, es a dir a òrgans administratius. PEREZ DAUDÍ V., Los ADR obligatorios y el derecho a la tutela judicial efectiva. A: BARRAL VIÑALS, I. (directora), VIOLA DEMESTRE, I. i PÉREZ DAUDÍ, V. (coordinadors), *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 206-207.

⁸²⁴ REBOLLO PUIG, M., (director), *Derecho Administrativo. Tomo I Conceptos fundamentales, fuentes y organización* (4^a edició), Madrid, Tecnos, 2019, p. 175.

⁸²⁵ En opinió de BAÑO LEÓN, «como potestad represiva la sanción sólo debiera ser ejecutada forzosamente cuando haya un interés público inaplazable, si se tiene en cuenta que la potestad sancionadora está limitada por la presunción de inocencia. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo no han atendido esta perspectiva constitucional, diciendo que el procedimiento administrativo es garantía suficiente para destruir la presunción, lo que supone reconocer a la presunción de validez del acto administrativo un rango equiparable a la presunción de inocencia».

L'autor acaba conclouent que «la actual regulación de la ejecución forzosa de las sanciones carece de lógica institucional, pues si existe un presunción de inocencia y la jurisdicción contenciosa tiene plena competencia no sólo para revisar la legalidad de la sanción sino para imponer otra distinta, la regla general debiera ser justamente la contraria, es decir, que sólo en aquellos casos

No obstant, com s'ha dit, quan l'Administració fa ús de la potestat sancionadora no està exercint una potestat jurisdiccional. Ara bé, la reserva de jurisdicció, com hem vist, imposa uns límits al legislador per atribuir potestats d'autotutela a l'Administració per dur a terme la seva tasca principal de servir amb eficàcia els interessos generals que té confiats. Aquests límits es projecten també, necessàriament, sobre el Dret administratiu sancionador, no pel fet de ser una manifestació més de les potestats administratives, sinó pel fet de ser una manifestació més de l'autotutela administrativa⁸²⁶.

Així aquestes limitacions s'imposen al legislador i han de servir de base per determinar en quins casos *no* és possible atribuir potestat sancionadora a l'Administració. Ara bé, cal tenir present que, com ha destacat RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, la reserva de jurisdicció no és un criteri del que es pugui derivar «con precisión milimétrica una línea divisoria diáfana, que permita predecir con antelación todos los supuestos que el legislador puede atribuir y los que no a la potestad sancionadora de la Administración»⁸²⁷.

Malgrat això, als efectes de la nostra investigació, la reserva de jurisdicció és determinant, ja que projecta els límits de l'elecció entre ambdós sistemes punitius sobre el Dret administratiu sancionador. En concret, l'exigència constitucional de la necessitat que concorri un específic interès general encomanat a l'Administració per poder atribuir-li potestat sancionadora permet afirmar que és, justament, l'atribució d'aquesta potestat a l'Administració la que ha de justificar-se⁸²⁸; al contrari de l'atribució als jutges i tribunals, que no necessita cap justificació perquè forma part del contingut de la reserva de

en los que la Administración adujera ante el juez la existencia de un interés público especial pudiera ejecutarse la sanción o exigir garantías al sancionado. Se aprecia claramente en la jurisprudencia una interpretación de la Constitución a partir de parámetros preconstitucionales propios de una tradición autoritaria.» BAÑO LEÓN, J. M., «Los excesos de la llamada... op. cit.

⁸²⁶ En el mateix sentit, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 168. Com és sabut, GARCÍA DE ENTERRÍA i FERNÁNDEZ la qualifiquen d'autotutela de segona potència o reduplicativa. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit., capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

⁸²⁷ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 157.

⁸²⁸ En aquesta línia es pot incloure la reflexió de GARCÍA AMADO per qui «cuando se justifica la potestad administrativa en nombre de la autotutela, es decir, como defensa de la obediencia a las normas que la propia administración da para velar por el interés público o el bienestar, es mejor atenerse a interpretaciones bien restrictivas de tales nociones y no perder de vista el difícil encaje que con las libertades constitucionales tienen ciertas técnicas y propósitos para conseguir resultados puramente estadísticos, objetivos meramente simbólicos o fines que sirven más a intereses políticos parciales que al bien de los ciudadanos.» GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el ius puniendi... op. cit., p. 11-42.

jurisdicció de l'art. 117.3 CE. En altres paraules, la regla general són les penes judicials i l'excepció -per més àmplia que es vulgui- les sancions administratives⁸²⁹.

En sentit contrari, la reserva de jurisdicció, sumada a la necessitat de concurrència d'un interès general encomanat l'Administració, permet establir un nucli de supòsits que, sempre i en qualsevol cas, han de quedar sota la tutela dels tribunals. L'amplitud amb s'aprecii aquest nucli pot variar⁸³⁰, però no es podrà fer desaparèixer totalment perquè, com s'ha indicat, aquests límits es troben constitucionalitzats.

Segons alguns autors, infringeixen aquestes limitacions les formulacions del Dret administratiu sancionador que tipifiquen infraccions que persegueixen protegir béns jurídics referits a l'ordre social en el seu conjunt (per exemple, infraccions en matèria de seguretat ciutadana) i no específicament als àmbits en què l'Administració té atribuïdes potestats de protecció, les quals requereixen el complement de la potestat d'autotutela (per exemple, incompliments del concessionari o del funcionari). Aquesta posició ha estat defensada, molt especialment, per GARCIA DE ENTERRÍA, qui ha criticat enèrgicament l'extensió de les tècniques d'autotutela en les relacions de supremacia general i el fet d'establir com a sancions administratives la privació dels béns bàsics de l'ordre civil (la propietat, l'exercici professional, etc.)⁸³¹.

Uns altres autors opinen que el nucli irreductible de casos que han de quedar a l'empara de la competència dels tribunals es circumscriu als il·lícits consistents en els atacs a béns jurídics dels quals son titulars individus concrets i determinats (és a dir, que

⁸²⁹ En aquest mateix sentit, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 170.

⁸³⁰ La major part de la doctrina científica no arriba tant lluny com nosaltres i es limita a apuntar el difícil encaix entre la reserva de jurisdicció i l'existència de la potestat sancionadora administrativa. És el cas de TORIO LÓPEZ, qui afirma que l'expansió indiscriminada del Dret administratiu sancionar entra en «tensión con el artículo 117.3 CE». TORIO LÓPEZ, A., *Injusto penal e injusto administrativo...* op. cit., pp. 2529-2546. En un sentit similar, QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder... op. cit., p. 255.

⁸³¹ Per a aquest autor, l'autotutela administrativa en aquests casos es troba fora de lloc, ja que «las sanciones se aplican no para tutelar ninguna situación jurídica de la Administración, sino el orden social en su conjunto (es, pues, una heterotutela y no una autotutela); y, segundo, que la disponibilidad por la Administración de esos bienes básicos de los ciudadanos al margen de cualquier relación previa con ella trastorna las bases de la vida social, y en particular la posición central que en ella tiene el juez penal». Segons GARCÍA DE ENTERRÍA, l'explicació d'aquesta situació no és una altra que «la facilidad de una actuación jurídica como la que permite la autotutela administrativa constituye una tentación permanente para aplicarla fuera de los supuestos específicos de gestión de servicios públicos, como un medio de eludir los procedimientos más complejos de la tutela judicial» GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T., T.-R., *Curso de derecho administrativo I...* 2013, op. cit., capítol IX «Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela».

no siguin propis de la col·lectivitat). Aquesta posició ha estat defensada per RODRÍGUEZ PORTUGUÉS⁸³², el qual argumenta que «*de igual forma que las «controversias entre particulares» pertenecen a los jueces civiles, y no es lícito atribuírselas a la Administración sin quebranto de la reserva de jurisdicción, las «ofensas entre particulares» pertenecen a los jueces penales, sin que sea lícito tampoco convertirlas en objeto de potestades administrativas sancionadoras»*⁸³³ (les cursives són originals). En conseqüència, en opinió d'aquest autor, només es poden atribuir a l'Administració els il·lícits relacionats amb atacs a l'organització i amb la jerarquia interna de l'Administració (propis de la potestat disciplinària) i amb interessos dels quals no són titulars individus concrets sinó la col·lectivitat⁸³⁴. En altres paraules, per poder atribuir potestats sancionadores a l'Administració més enllà de l'àmbit domèstic, l'existència d'una transgressió objectiva a l'ordenament amb naturalesa de càstig no és suficient, sinó que *aquesta transgressió ha d'afectar els interessos generals que concretament tingui encomanats l'Administració*, en el sector de què es tracti⁸³⁵. És necessari remarcar que RODRÍGUEZ PORTUGUÉS no nega la possibilitat d'atribuir potestats sancionadores per corregir els atacs a determinats béns jurídics, sinó que exigeix que aquests atacs siguin agressions col·lectives. És a dir, el rellevant per a aquest autor no és si el bé jurídic atacat és col·lectiu o individual sinó *com* es produeix aquest atac. Així, si l'atac al bé jurídic (posem per exemple, la salut) es produeix individualment (per exemple, un delictes de lesions contra una persona), la competència és dels tribunals penals, mentre que si l'atac és col·lectiu (per exemple, posar en circulació un producte perjudicial per a la salut), la

⁸³² RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 17.

⁸³³ Per a RODRÍGUEZ PORTUGUÉS aquesta delimitació de les dues manifestacions del *ius puniendi* per titularitat individual o no dels béns jurídics, és la que explica alguna de les importants diferències del règim jurídic del Dret penal i del Dret administratiu sancionador. L'autor es fixa concretament en el fet que, en el Dret penal, es reconeix amb notable amplitud l'acusació particular, mentre que, en el procediment administratiu sancionador, la condició d'interessat es circumscriu, quasi exclusivament, per la figura del presumpte infractor. *Ibíd.*, p. 173.

⁸³⁴ Un exemple d'infraccions que afecten a particulars i que en dret positiu es troben tipificades com infraccions administratives el trobem en les infraccions d'usurpació d'immobles privats previstes en la LOPSC. La inclusió d'aquestes infraccions en l'àmbit administratiu sancionador ha estat criticada per PIZARRO NEVADO, R., «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, 2018.

⁸³⁵ Per RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, això es deu al fet que «la reserva de jurisdicción exige el castigo irrevocable de los ilícitos y admite un desplazamiento provisional de ello solo cuando se halle presente un interés general tutelado por la Administración. Una postergación de la respuesta jurisdiccional sin justificación en tal interés general supone, por tanto, una infracción de la reserva de jurisdicción (117.3 CE) y, por ende, una vulneración también del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) en su vertiente de acceso». RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 173.

competència pot ser de l'Administració⁸³⁶. Cal destacar que, en aquests darrers casos, l'atribució a l'Administració de la potestat sancionadora *és només potestativa*; és a dir, en base a la reserva de jurisdicció, el coneixement d'aquestes infraccions podria atribuir-se als tribunals (en el nostre ordenament, necessàriament penals).

En conclusió, fonamentant-se en la reserva de jurisdicció, un part de la doctrina científica conclou que existeixen determinats límits imposats constitucionalment, dels quals es deriva que existeix un nucli irreductible de sancions que han de ser competència necessària del Poder Judicial. Per tant, la potestat administrativa sancionadora com a manifestació de l'autotutela de l'Administració és disponible pel legislador quan es trobi fora del nucli irreductible atribuït necessàriament als Jutges i Tribunals. Malgrat això, no per trobar-se dins del que és constitucionalment legítim, el legislador ha d'optar necessàriament pel Dret administratiu sancionador, ja que en el nostre sistema constitucional existeix una reserva de jurisdicció però no hi ha cap reserva d'Administració.

Cal advertir que, en aquest cas, la distinció no es projecta sobre el binomi «Dret administratiu» o «Dret penal», sinó que es desplaça al binomi «autotutela administrativa» o «tutela judicial». És per això, que una potestat sancionadora configurada des del monopoli judicial -en aquest cas, atribuïda a la jurisdicció contenciosa-administrativa (configurada des d'una perspectiva no revisora)- no trobaria cap limitació des del prisma de la reserva de jurisdicció (això no vol dir que no hi hagi altres limitacions constitucionals que obliguin a elegir el Dret penal, però no és el cas de la reserva de jurisdicció). Per tant, en altres ordenaments o en el nostre amb una configuració diferent, la reserva de jurisdicció no ens aportaria cap criteri per distribuir les dues manifestacions del *ius puniendi*. Però a l'Estat espanyol, en atribuir-se la potestat sancionadora administrativa als òrgans de l'Administració, la reserva de jurisdicció es converteix en un element limitador d'aquesta, que imposa -en les circumstàncies descrites- l'elecció del Dret penal.

⁸³⁶ Precisament aquesta diferència en com s'ataquen els béns jurídics porta a RODRÍGUEZ PORTUGUÉS a afirmar que «puede entenderse por qué, por ejemplo, las riñas tumultuarias («Quienes riñeren *entre sí*, acometiéndose tumultuariamente...»; art. 154 CP) o la alteración violenta del orden público («Quienes... alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia *sobre las personas o sobre las cosas*, o amenazando a otros con llevarlos a cabo...»; art. 557 CP) son delito, mientras que la «perturbación *de la seguridad ciudadana* en actos públicos [...] u otras reuniones a las que asistan numerosas personas» es infracción administrativa (art. 36.1 LOSC)». *Ibíd.*, p. 175.

2.3.- Les obligacions constitucionals de punició penal

Les obligacions constitucionals de punició penal són àmbits en què la pròpia Constitució ha realitzat, amb resultat afirmatiu, el judici sobre la necessitat i utilitat de la intervenció penal, imposant el seu criteri per sobre de la voluntat del legislador, el qual es troba obligat a castigar penalment la lesió de determinats valors o prescripcions constitucionals, establint els corresponents tipus penals. En la vigent Constitució aquestes obligacions es troben en l'art. 45.3 CE (relatiu a la protecció del medi ambient), l'art. 46 CE (relatiu a la conservació del patrimoni històric, cultural i artístic) i l'art. 55.2 paràgraf segon CE (relatiu a la utilització injustificada o abusiva de les facultats de suspensió individual⁸³⁷ dels drets de detenció preventiva, inviolabilitat del domicili i secret de les comunicacions en relació amb bandes armades o elements terroristes).

Cal tenir present que diversos autors distingeixen entre les obligacions de punició penal expressament recollides a la CE (les aquí estudiades) i les obligacions constitucionals tàcites (vinculades amb la dimensió objectiva dels drets fonamentals)⁸³⁸. Aquesta segona tipologia serà objecte d'examen independent en el següent apartat, ja que, com es veurà, la seva fonamentació, justificació i acceptació doctrinal difereixen enormement de les que analitzem tot seguit. En conseqüència, en el present apartat ens circumscriurem a l'estudi de les obligacions recollides expressament en els esmentats articles constitucionals.

La primera de les característiques destacades de les obligacions de castigar penalment és la relativa a la finalitat atorgada al *ius puniendi*, el qual, per voluntat del constituent, es dirigeix a la protecció de la societat i de la ciutadania, de manera que el Dret penal adquireix la funció instrumental de protecció dels béns jurídics (sobre aquesta nova concepció del *ius puniendi* veure *infra* apartat 3.1 del present Capítol). Des d'aquest prisma, les obligacions de penar que conté la CE han estat anomenades de «segona

⁸³⁷ La CE diferencia la suspensió individual de drets de la col·lectiva. La suspensió col·lectiva de drets està prevista a l'art. 55.1 CE i a l'art. 116 CE, relatiu als estats excepcionals. La suspensió individual de drets està prevista en l'art. 55.2 CE i es diferencia de la suspensió col·lectiva en què no afecta la generalitat de les persones, sinó només a aquelles que es troben en una determinada situació (bandes armades o elements terroristes). DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., pp. 122-123.

⁸³⁸ La classificació entre obligacions expressives i tàcites la trobem a TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1993, p. 130 i 131; SANTANA VEGA, D. M., Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. A MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 865-884.

generació» per la seva vinculació amb la progressiva importància atorgada a determinats béns jurídics col·lectius (en concret, el medi ambient i el patrimoni històric, cultural i artístic). Aquests, per la seva vulnerabilitat i pràctica irrecuperabilitat, el constituent els vol assegurar mitjançant l'instrument preventiu i repressiu de la pena i, per tant, converteix aquest instrument en irrenunciable per al legislador ordinari. Aquesta designació de «segona generació» s'atorga en contraposició amb les obligacions expressives de castigar penalment de «primera generació»⁸³⁹ que van estar vinculades amb els processos constituents iniciats immediatament després de la II Guerra Mundial i amb la derrota dels règims autoritaris i que, justament, es van preveure per intentar impedir la repetició d'aquells esdeveniments (formen part d'aquesta primera generació les obligacions previstes a l'art. 26.1 de la Llei Fonamental alemanya, en les quals es preveu la punició penal dels actes preparatoris d'una guerra i destinats a interrompre la convivència pacífica entre els pobles⁸⁴⁰ i a l'art. 13.4 de la Constitució italiana que declara punible tota violència física o moral sobre les persones).

Contràriament al que podria semblar atesa la claredat dels termes utilitzats per la CE, en la doctrina penal només hi ha unanimitat en l'abast de l'obligació de punició penal establerta a l'art. 46 CE⁸⁴¹. En canvi, tal com ha destacat SANTANA VEGA, els penalistes no han prestat atenció a les obligacions derivades de l'art. 55.2 paràgraf segon CE⁸⁴² i no hi ha consens doctrinal pel que fa al mandat constitucional previst a l'art. 45.3 CE. Dels tres articles que contenen obligacions constitucionals de punir penalment, aquest darrer - el 45.3- és el més rellevant per a la nostra investigació per la menció expressa que fa de la potestat sancionadora de l'Administració i perquè, com sabem, ha estat interpretat com el reconeixement constitucional a l'Administració d'aquesta potestat (juntament amb l'art. 25 CE).

⁸³⁹ Sobre la distinció entre obligacions de punir penalment de primera i de segona generació SANTANA VEGA, D. M., *Las obligaciones constitucionales...* op. cit., p. 866.

⁸⁴⁰ En concret, l'art. 26.1 de la «Grundgesetz» estableix: «Las acciones que son aptas y han sido acometidas con miras a perturbar la convivencia pacífica de los pueblos, especialmente para preparar el ejercicio de una guerra ofensiva se han de incriminar penalmente». Traducció extreta de TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal...* op. cit., p. 130.

⁸⁴¹ Mostra d'aquest acolliment pacífic del manament judicial de l'art. 46 CE per part dels autors penalistes la trobem en MUÑOZ CONDE, que argumenta, al comentar la regulació en el Codi Penal dels delictes sobre el patrimoni històric, que «con dicha protección, el legislador penal da cumplimiento al mandato constitucional recogido en el art. 46, según el cual la ley penal sancionará los atentados al patrimonio histórico, cultural y artístico, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad». MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, (15^a edició) València, Tirant lo Blanc, 2004, p. 569.

⁸⁴² SANTANA VEGA, D. M., *Las obligaciones constitucionales...* op. cit., p. 868.

Concretament, en relació amb aquest article 45.3 CE alguns autors consideren que la CE deixa un marge de llibertat al legislador per optar entre la protecció penal i la tutela administrava, sobre la base que s'utilitza l'expressió «s'establiran sancions penals o, en el seu cas, administratives»⁸⁴³. Aquest corrent doctrinal s'empara en el principi d'*ultima ratio* del Dret penal per atorgar plena llibertat al legislador en la seva decisió sobre la distribució del *ius puniendi*⁸⁴⁴. Per contra, uns altres autors defensen que la Constitució obliga a establir sancions penals (per l'expressió imperativa «s'establiran sancions penals») i l'únic disponible per al legislador és l'establiment de sancions administratives (per l'expressió facultativa «en el seu cas, administratives»). Aquesta interpretació literal del precepte no impedeix que, un cop complert el mandat constitucional (punir penalment la violació de l'ús racional dels recursos naturals), el legislador pugui distribuir les conductes, en funció de la seva gravetat, entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador⁸⁴⁵. En qualsevol cas, als efectes de la nostra investigació, cal destacar que cap de les dues postures interpreta que la CE *obligui* la utilització del Dret administratiu sancionador per protegir el medi ambient.

En la nostra opinió, una explicació plausible a la qüestió de per què la CE esmenta expressament el Dret administratiu sancionador per protegir el medi ambient i, en canvi, no ho fa per a cap altre bé jurídic, es troba vinculada amb què, en el moment d'aprovar la CE, a l'Estat espanyol no era possible perseguir penalment les persones jurídiques. En aquest sentit, per aproximar-nos a la percepció sobre les necessitats de protecció del medi ambient en els anys propers a l'aprovació de la vigent CE resulten il·lustratives les

⁸⁴³ Defensa aquesta postura TIEDEMANN per qui «el artículo 45 deja expresamente al legislador la elección entre ambos ámbitos de sanciones, mientras que el artículo 46 exige expresamente la protección penal». TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal...* op. cit., p. 131.

⁸⁴⁴ SANTANA VEGA es mostra molt crítica amb aquesta posició doctrinal; en concret, afirma que «tal interpretación parece más querer corregir, en el sentido del principio de intervención mínima que ha de regir en el Derecho penal, el citado texto constitucional que fijar el sentido del artículo 45.3. (...) Hay que distinguir y no confundir el *deber ser*: subsidiariedad del Derecho penal con relación al Derecho administrativo con el *ser*: tenor literal del precepto en que se constitucionaliza el merecimiento de pena de los ataques contra el medio ambiente» (les cursives són originals). L'autora finalment estableix que «tampoco habría que olvidar que la interpretación de las leyes es la que tiene que conformarse a la Constitución y no al revés: no se puede pretender interpretar la Constitución de acuerdo al principio fundamador del Derecho penal de intervención mínima, sino que es éste, precisamente, el que se deriva del texto constitucional». SANTANA VEGA, D. M., *Las obligaciones constitucionales...* op. cit., p. 869.

⁸⁴⁵ Aquesta és la postura defensada per *Ibíd.*, p. 869; i també per MUÑOZ CONDE qui, un cop descrit com a positiu el compliment del mandat constitucional de l'art. 45.3 CE pel legislador del Codi Penal de 1995, estableix expressament que la protecció penal del medi ambient ha de limitar-se, per imperatiu del principi d'intervenció mínima del Dret penal, als càstigs més greus d'afectació d'aquest bé jurídic, i que no s'ha d'eleva a la categoria de delictes qualsevol contravenció administrativa. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...* op. cit., p. 584.

recomanacions del XII Congrés Internacional de Dret Penal, celebrat a Hamburg, del 16 al 22 setembre de 1979. Aquest Congrés va dedicar la secció II a la protecció penal del medi ambient i es marca com a un dels objectius «resolver los conflictos que pueden surgir entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente» (§2). En les recomanacions efectuades als estats es detalla que per preservar el medi ambient:

«(...) las disciplinas no penales desempeñan un papel esencial. Sin embargo, el Derecho penal debe actuar en primera instancia para garantizar la eficacia de las normas no penales, incluido el Derecho administrativo o el Derecho civil. En este ámbito, el Derecho penal cumple una función esencialmente auxiliar. También es necesario que el Derecho penal intervenga de manera independiente en caso de que se produzcan daños graves al medio ambiente» (§3).

Això no obstant, s'estableix expressament que «como los atentados graves al medio ambiente son muy frecuentemente cometidos por personas jurídicas y empresas privadas, públicas o del Estado, *es necesario admitir la responsabilidad penal de aquellas o imponerles el respeto del medio ambiente bajo la amenaza de sanciones civiles o administrativas*» (§6)⁸⁴⁶ (les cursives són nostres).

Deixant de banda les diferents interpretacions doctrinals sobre l'art. 45.3 CE, les qüestions que ofereixen menys certesa en relació amb aquestes obligacions constitucionals de castigar penalment són: d'una banda, el seu abast i, de l'altra, les conseqüències que pot comportar el seu incompliment per part del legislador.

Pel que fa a la primera d'aquestes qüestions, s'ha establert que l'activitat legislativa en relació amb les obligacions constitucionals expresses de punir no conté diferències amb el procés de sorgiment d'un tipus penal no previst en una obligació constitucional. És a dir, el legislador és lliure d'articular la protecció penal en la forma que estimi més convenient (utilitzant la resta de principis del Dret penal), tenint en compte que les seves decisions estaran sotmeses al control del TC, el qual desenvoluparà la seva funció de legislador negatiu. Si bé el control de constitucionalitat en aquests casos tindrà dues especificitats: el TC no podrà discutir la utilització de la reacció penal i estendrà el seu control sobre les omissions legislatives de compliment del mandat constitucional⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ El text del Congrés l'hem estret de DE LA CUESTA J. L., i BLANCO CORDERO, I., «Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926 – 2014)», *Revista internacional de derecho penal*, vol. 86. 2015, p. 539 i següents.

⁸⁴⁷ SANTANA VEGA, D. M., *Las obligaciones constitucionales...* op. cit., p. 871.

Pel que fa la segona qüestió, com s'ha dit, l'incompliment del legislador en relació amb les obligacions de punició penal es manifesta en forma d'omissió legislativa, la qual pot ser de dos tipus: una ommissió total (o absoluta), és a dir, una falta absoluta d'activitat legislativa en relació amb el desenvolupament del manament constitucional; o una ommissió parcial (o relativa), això és la situació en què el legislador ha realitzat conductes per donar compliment a l'obligació però ho ha fet de manera incompleta o defectuosa⁸⁴⁸⁻⁸⁴⁹. El control constitucional de cada una d'aquestes tipologies d'omissions presenta particularitats diferents; no obstant, l'anàlisi es pot sistematitzar en relació amb els següents aspectes: (i) la legitimitat del control de constitucionalitat i (ii) les vies per fer efectiu aquest control⁸⁵⁰.

(i) S'ha posat l'accent en la diferència que existeix en la possibilitat (o legitimitat) d'apreciar la concurrència d'una ommissió total o d'una ommissió parcial. Així, la manca absoluta de desenvolupament normatiu d'una obligació és fàcilment apreciable, tal com ha establert el propi TC, que ha incorporat a la seva jurisprudència el concepte de «inconstitucionalitat per ommissió» per manca de desenvolupament legislatiu⁸⁵¹. Per contra, apreciar l'existència d'una ommissió parcial és més difícil de sostenir⁸⁵², com a conseqüència de l'amplitud del marge de discrecionalitat que disposa el legislador per

⁸⁴⁸ Un exemple d'omissió parcial de les obligacions constitucionals previstes a l'art. 45.3 CE el trobem en la regulació del CP fins a la reforma de 1983. En opinió de MUÑOZ CONDE, «el Código penal anterior, hasta la reforma de 1983, apenas brindaba protección a los valores encarnados en el art. 45 de la Constitución. La reforma de 1983 pretendió subsanar este vacío normativo incluyendo en el Código penal el art. 347 bis. La protección que otorgaba esta norma resultaba, sin embargo, confusa e insuficiente. (...) Porque sólo contemplaba algunas conductas atentatorias contra el medio ambiente (la contaminación mediante emisiones y vertidos en la atmósfera, suelo, aguas terrestres o marítimas), ignorando por completo todo lo concerniente a la explotación de recursos naturales». MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...* op. cit., p. 581.

⁸⁴⁹ La classificació comunament admesa que distingeix entre ommissions absolutes i relatives prové de l'obra de WESSEL, que es considerat l'autor que va dotar per primera vegada d'entitat pròpia el concepte d'omissió del legislador en la seva obra «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1952, vol. 6. Segons WESSEL, l'omissió absoluta provoca la impossibilitat de qualsevol intervenció repressiva; per contra, en els supòsits d'omissió relativa s'obren espais per a l'actuació de l'interpret de la norma incompleta o defectuosa.

Sobre l'obra de WESSEL, veure AHUMADA RUIZ, M., «El Control de Constitucionalidad... op. cit., p. 172.

⁸⁵⁰ Sobre les diferències en les diverses ommissions legislatives i el seu control pel TC, veure *Ibíd.* 169-194.

⁸⁵¹ Concepte introduït per primera vegada en la STC 24/1982, de 13 de maig, Ple, Rec. 68/1982 (FJ 3) «La inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la CE impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace». Aquesta afirmació és reiterada posteriorment, entre d'altres, STC 74/1987, de 25 de maig, Ple, Rec. 194/1984 (FJ 4); STC 87/1989, de 11 de maig, Ple, Rec. 806/1984 (FJ 2).

⁸⁵² Expressió utilitzada per SANTANA VEGA, D. M., *Las obligaciones constitucionales...* op. cit., p. 873.

desenvolupar els preceptes constitucionals (excepte en els casos en què l'obligació constitucional està molt clarament delimitada). Així, a tall d'exemple, de l'obligació establerta a l'art. 46 CE -de sancionar penalment els atemptats contra patrimoni històric, cultural i artístic i dels béns que l'integren-, és fàcilment inferible un incompliment parcial en relació amb l'objecte de protecció en cas que el legislador només tipifiqués penalment els atemptats al patrimoni històric, però no els atacs al patrimoni cultural ni a l'artístic. En canvi, dins de l'expressió atemptat s'hi poden encabir múltiples conductes d'atac, per això és difícil sostenir una ommissió parcial des del punt de vista de les conductes mereixedores de punició. En aquest punt, es visibilitzen les dificultats del control de les omissions i les tensions entre la llibertat del legislador i la capacitat de correcció o control del TC. És justament l'abast d'aquest control el que ha alertat a la doctrina científica, la qual ha manifestat el temor al fet que la Constitució -a través del TC- es converteixi en un instrument dirigent o totalitzador que converteixi el legislador en un mer executor⁸⁵³ (sobre aquestes tensions tornarem més extensament *infra* apartat 3.4 del present Capítol).

(ii) Pel que fa a les vies per fer efectiu aquest control, cal tenir present que les omissions no tenen un procediment establert per a la seva impugnació davant del TC, ni en la LOTC ni en la pròpia Constitució. A això s'ha d'afegir el fet que l'actuació del TC s'ha de realitzar sobre la base d'un acte legislatiu previ, la qual cosa provoca la impossibilitat del control de les omissions legislatives totals (cal tenir present, però, que l'ommissió legislativa absoluta es dona en molt poques ocasions⁸⁵⁴). Per tant, el control de les omissions del legislador opera a partir del propi resultat legislatiu i és des d'aquest resultat -la decisió normativa- que es podran articular els procediments d'impugnació de les omissions parcials⁸⁵⁵. En qualsevol cas, s'ha de tenir en consideració que la inactivitat del legislador, en últim extrem i des d'un punt de vista material, només pot ser solucionada a través de l'adopció de les decisions normatives previstes pel propi legislador, ja que el Tribunal Constitucional no pot substituir el poder legislatiu en les

⁸⁵³ En aquest sentit, a l'Alemanya de la postguerra s'arriba a afirmar que el Codi penal és la "Llei d'execució de la Constitució". TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal...* op. cit., pp. 134-135.

⁸⁵⁴ AHUMADA RUIZ, M., «El Control de Constitucionalidad... op. cit., p. 172.

⁸⁵⁵ Per a alguns estudiosos, el control de l'ommissió per la via del recurs d'inconstitucionalitat -el control abstracte-, és de quasi impossible articulació. *Ibíd.*, p. 176.

SANTANA VEGA destaca que la jurisprudència del TC ha intentat solventar la manca de procediment específic, en l'àmbit de les omissions parcials, i sosté que la constitucionalitat d'una llei pot qüestionar-se quan hagués hagut de contenir necessàriament una prescripció omesa (amb cita entre d'altres a: STC 37/1986, de 20 de març, Ple, Rec. 362/1984 (FJ 1), i STC 98/1985, de 29 de juliol, Ple, Rec. 584/1984 (FJ 3)). SANTANA VEGA, D. M., *Las obligaciones constitucionales...* op. cit., p. 871.

funcions exclusives i pròpies que exerceixen els òrgans per manament constitucional⁸⁵⁶⁻⁸⁵⁷.

Per tant, amb totes les limitacions i dificultats descrites en relació amb l'abast de les obligacions de punició penal i el seu control de constitucionalitat, podem afirmar que la CE ha optat per la protecció penal dels béns jurídics descrits, restringint la llibertat del legislador en aquests àmbits. Per contra, en la CE no hi ha cap previsió que imposi la utilització del Dret administratiu sancionador per protegir determinats béns jurídics.

3.- LA VINCULACIÓ POSITIVA DELS DRETS FONAMENTALS: LA GARANTIA DE PROTECCIÓ PENAL

Més enllà de les limitacions constitucionals, la llibertat del legislador per optar entre ambdós sistemes punitius es troba també limitada per la imposició de deures de protecció derivats de la vinculació positiva dels drets fonamentals (les anomenades obligacions constitucionals tàcites en l'apartat anterior) i per les obligacions de punició establertes en regulacions supraestats derivades del Dret internacional i del Dret de la Unió Europea (veure *infra* apartat 4 del present Capítol). Aquestes limitacions van en la mateixa línia que les imposades per la CE en el sentit d'imposar la utilització del Dret penal en

⁸⁵⁶ GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 281.

⁸⁵⁷ Cal tenir present que, en algun casos, l'omissió legislativa pot ser superada pel propi TC qui a través de les tècniques hermenèutiques i d'integració pot suplir els buits legislatius. Així, per exemple, la STC 36/1982, de 16 de juny, Sala Primera, Rec. 193/1981, sobre el dret de reunió, en què, davant la manca de desenvolupament postconstitucional sobre el procediment i els terminis per realitzar la comunicació prèvia requerida a l'art. 21.2 CE, el TC estableix que la Llei 17/1976, de 29 de maig, reguladora de el Dret de reunió, és compatible amb la CE amb la condició que se substitueixi l'exigència de sol·licitud d'autorització de l'art. 5.2 per la de comunicació prèvia. Ara bé, aquesta possibilitat queda restringida als casos en què la regla de dret necessària és deduïble dels principis i normes constitucionals.

Per tant, dins de l'àmbit de situacions que provoca l'omissió del legislador, cal diferenciar entre aquelles en què la llacuna que es provoca és esmenable a través de les tècniques hermenèutiques i d'integració que el TC pot posar en pràctica i aquells altres buits de legislació que provoquen llacunes no esmenables degut a la existència de límits funcionals del TC. Aquests límits funcionals són que el Tribunal Constitucional no pot «crear» dret.

Des d'aquesta perspectiva, s'han establert els següents límits al TC: (i) quant la regla de dret necessària no es deduïble dels principis i normes constitucionals; (ii) quant l'adopció del dret que omple la llacuna és exercici d'una opció política (àmbit de discrecionalitat del legislador), i (iii) els propis límits de la utilització de l'analogia: a) l'aplicació analògica és incompatible amb el principi de legalitat penal; b) és impossible quan el legislador ha pretès regular restrictivament una matèria; c) no és utilitzable per restringir drets, i d) no es pot suplir per analogia la manca de desenvolupament legal (supòsits d'omissió absoluta). AHUMADA RUIZ, M., «El Control de Constitucionalidad... op. cit., pp. 177 -178.

determinades circumstàncies i, en conseqüència, esdevenen límits a la utilització del Dret administratiu sancionador.

Certament, el TC ha declarat que dels drets fonamentals emana un deure positiu de l'Estat d'establir un sistema legal per a la seva defensa efectiva i la dels valors que representen, i que aquest sistema legal ha d'incloure com a última garantia normes de protecció de caràcter penal (STC 53/1985, de 11 d'abril, Ple, Rec. 800/1983 (FJ 7), i STC 166/1999, de 17 juny, Ple, Rec. 376/1989 (F 16)). Aquest deure estatal, com veurem, es dirigeix primerament al legislador i li imposa determinades conductes positives.

Ara bé, el que cal determinar és quina és l'extensió d'aquest deure i si té una capacitat *real* de limitar la decisió del legislador per escollir entre els dos sistemes punitius en un ordre constitucional com el nostre, que parteix de la unitat del *ius puniendi*. Dit d'altra manera, el que cal determinar és si, en virtut de la garantia de protecció penal, és possible mantenir que fora desproporcionat que certes lesions gravíssimes de béns jurídics especialment valuosos fossin tipificats pel legislador com a infraccions administratives i no com a delictes. I, en conseqüència, que el legislador en aquestes circumstàncies estaria obligat a optar pel Dret penal⁸⁵⁸.

3.1.- El canvi de paradigma de la relació del dret punitiu amb els drets fonamentals

Actualment és àmpliament compartit que la garantia dels drets fonamentals no es limita en la seva consideració clàssica o liberal com a instruments de defensa en front de l'Estat, al que imposen un deure d'abstenció, sinó que la garantia dels drets fonamentals es completa amb una segona dimensió, més exigent, segons la qual l'Estat ha de dur a terme determinades actuacions positives destinades a preservar-los. D'aquesta manera, els drets fonamentals han de ser necessàriament protegits per l'Estat⁸⁵⁹.

En conseqüència, els drets fonamentals no són únicament un topall o una barrera infranquejable que s'imposa als poders públics, sinó que existeix també una vinculació

⁸⁵⁸ En un sentit similar, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones... op. cit., p. 151.

⁸⁵⁹ En aquest sentit, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, p. 1-72; BARCELONA LLOP, J., «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, p. 11-52.; GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva... op. cit., pp. 277-320.

positiva dels poders públics als drets fonamentals. Això significa que les poders públics -primeríssimament, el legislador- estan constitucionalment obligats a dur a terme una tasca de promoció dels drets fonamentals, tendent a afavorir la seva plena efectivitat⁸⁶⁰.

La projecció d'aquesta vinculació positiva dels drets fonamentals sobre el *ius puniendi* provoca un canvi de paradigma de la relació entre els drets fonamentals i el dret punitiu⁸⁶¹. En el paradigma clàssic (discurs heretat de la Il·lustració), el dret punitiu és una font de perills per als drets fonamentals i es considera necessari comptar amb mecanismes institucionals per controlar aquests perills. En aquest sentit, la protecció dels drets fonamentals exigeix la formulació d'estàndards de legitimació negativa que constitueixin un marc normatiu sota el que s'ha de verificar el control judicial de la potestat punitiva de l'Estat⁸⁶². En canvi, en el nou paradigma (l'anomenem nou als efectes de diferenciar-lo de l'anterior), els drets fonamentals ja no són només un marc limitatiu del dret punitiu (que també), sinó que, el dret punitiu, és considerat un mitjà de protecció dels drets fonamentals. En altres paraules, els drets fonamentals constitueixen premisses normatives per a la legitimació positiva de l'exercici del *ius puniendi*⁸⁶³⁻⁸⁶⁴.

Com han destacat alguns autors⁸⁶⁵, a cada un d'aquests paradigmes els correspon una auto-comprensió diferent del ciutadà -en tant que titular de drets fonamentals- en relació amb la seva posició enfront de l'exercici del *ius puniendi*. En el paradigma clàssic, el perill per als drets fonamentals prové de la possibilitat que el ciutadà sigui destinatari de prohibicions o manaments recolzats amb l'amenaça de pena i, per tant, objecte de

⁸⁶⁰ DÍEZ PICAZO, L.M, *Sistema de derechos...* op. cit., p. 118.

⁸⁶¹ Sobre aquest canvi de paradigma, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «Derechos fundamentales y derecho penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007, p. 47-74; MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho penal?», *Revista Derecho y Humanidades*, núm. 11, 2005, p. 245-258; DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, p. 333-372.

⁸⁶² D'entre les garanties institucionals de control del *ius puniendi*, destaca l'*habeas corpus*; com a mesures considerades estàndards formals de control, entre d'altres, la prohibició d'aplicació retroactiva de les normes punitives o el *nullum crimen sine lege*, i com a exemple d'estàndards materials de control judicial del *ius puniendi* es pot citar la prohibició de penes cruels, inhumanes o degradants. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «Derechos fundamentales... op. cit., p. 48.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 53; MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección... op. cit., p. 245.

⁸⁶⁴ En paraules de KAYBER, el principi de protecció de béns jurídics ha experimentat un canvi, convertint-se d'un principi negatiu a un principi positiu de la incriminació. KAYBER, M., Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto. A DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 149.

⁸⁶⁵ Per tots, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 52 i següents.

persecució punitiva⁸⁶⁶. En aquest paradigma, segons SILVA SÁNCHEZ, la majoria social s'identifica amb el subjecte actiu de l'acció tipificada com a delicte (l'autor), al percebre's el Dret penal com «la espada del Estado contra el desvalido delincuente»⁸⁶⁷. Per contra, en el que hem anomenat nou paradigma, el perill per als drets fonamentals deriva d'una eventual omisió de l'Estat de dispensar protecció en front de les agressions provinents d'altres ciutadans. En aquest paradigma, el ciutadà es concep a ell mateix, primàriament, com eventual víctima de delictes comesos per altres ciutadans⁸⁶⁸. En paraules de SILVA SÁNCHEZ, es passa així a una interpretació del *ius puniendi* com «la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos»⁸⁶⁹. Com encertadament destaca MAÑALICH RAFFO, un cop s'adverteix aquesta faceta del canvi del paradigma clàssic, no pot estranyar que en el discurs penal actual les consideracions victimiològiques trobin una adhesió particularment intensa⁸⁷⁰.

Una de les maneres en què s'ha produït aquest canvi de paradigma es vincula amb la *classe* de deures de protecció dels drets fonamentals dirigits a l'Estat. En el paradigma clàssic els deures correlatius als drets fonamentals són concebuts com a *deures d'omissió*, és a dir, prohibicions d'afectació: l'Estat ha d'abstenir-se d'intervenir en l'àmbit d'autonomia configurat pels drets fonamentals del ciutadà, a no ser que la intervenció es trobi autoritzada per les raons que legitimen l'exercici del *ius puniendi*. El nou paradigma afegeix com deures correlatius dels drets fonamentals *deures de prestacions positives*, entre els quals figuren els *deures de protecció*.

Aquests deures estatals tenen el seu paral·lelisme des de la perspectiva dels drets dels ciutadans. Així la jurisprudència i la majoria d'autors afirmen que com a correlatiu a aquestes obligacions positives de l'Estat existeixen -en el nou paradigma- drets subjectius de protecció (si bé no és pacífica la seva fonamentació ni la seva extensió)⁸⁷¹. Aquests *drets fonamentals a protecció*, des d'una perspectiva àmplia, són aquells que imposen a l'Estat obligacions positives i que coincideixen amb el que alguns autors alemanys anomenen *drets fonamentals a prestacions*; això és, drets fonamentals que imposen als poders públics «obligacions positives de fer». I que es distingeixen dels drets

⁸⁶⁶ MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección... op. cit., p. 246.

⁸⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 53.

⁸⁶⁸ MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección... op. cit., p. 246.

⁸⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 53.

⁸⁷⁰ MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección... op. cit., p. 246.

⁸⁷¹ Sobre les diverses formes d'entendre els drets a protecció DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 113.

de defensa -drets del paradigma clàssic- que imposen «obligacions negatives de no fer»⁸⁷².

En conseqüència, la vinculació positiva dels drets fonamentals es pot estructurar a partir d'una doble anàlisi. D'una banda, l'anàlisi de les seves conseqüències de caràcter subjectiu amb la finalitat de determinar els subjectes afectats; això és, els poders públics i les conseqüències per a les seves funcions en l'àmbit dels drets fonamentals. De l'altra, l'anàlisi de la vinculació positiva de caràcter objectiu, amb la finalitat de determinar la repercussió material en els drets fonamentals a partir de la distinció entre drets de defensa i drets de prestacions, i les repercussions per als subjectes privats afectats per les accions positives de protecció desenvolupades i adoptades pels poders públics⁸⁷³. D'aquesta diversitat de conseqüències de la vinculació positiva, centrarem l'anàlisi en la vinculació del poder legislatiu als drets fonamentals i en l'afectació dels deures de protecció a les decisions normatives que estructurin el contingut de les obligacions positives de protecció.

Cal destacar, que aquest canvi de paradigma s'ha projectat, també, sobre la forma de percebre el principi de proporcionalitat com a criteri d'avaluació de la potestat

⁸⁷² Cal tenir present que, en el llenguatge jurídic alemany, els *drets fonamentals a protecció* solen utilitzar-se amb un sentit més restringit. Seguint la classificació proposada per ALEXY, *els drets fonamentals a protecció* constitueixen una espècie del gènere dels *drets fonamentals prestacionals* i es caracteritzen per ser drets que el seu titular té enfront de l'Estat a què aquest el protegeixi de les ingerències de tercers.

Les altres dues espècies són els *drets socials* i els *drets a l'organització i al procediment*. Els *drets socials* són drets de l'individu -en front de l'Estat- a alguna cosa que podria obtenir també dels particulars, si l'individu tingués els mitjans financers suficients i trobés en el mercat una oferta suficient. Aquests drets no protegeixen de les possibles agressions de tercers sinó de les carències (gana, malalties, etc.). Per últim, *els drets fonamentals a organització i procediment* imposen a l'Estat l'obligació d'establir determinades regles i principis de procediment per tal d'obtenir certs resultats. Pertanyen a aquesta categoria els drets a que l'Estat formuli normes que permetin la creació, modificació i eliminació de posicions jurídiques de dret privat (dret de matrimoni); els drets a l'observança de determinats procediments administratius i jurisdiccionals; els drets a l'establiment de certes normes organitzatives, i els drets a que l'Estat estableixi procediments que possibilitin la participació dels ciutadans en la formació de voluntat estatal.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (3ª reimpressió) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 456 i següents i ALEXY, R., Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. A SIECKMANN, J. (director) *La Teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 121.

Aquesta classificació ha estat molt criticada, especialment per la manca de claredat i els solapaments entre els seus termes. És per això que en el text s'opta per la terminologia genèrica de drets fonamentals prestacionals.

Sobre les crítiques a la classificació proposada per ALEXY, vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 74.

⁸⁷³ GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva... op. cit., p. 278.

punitiva. Sota el paradigma clàssic el principi de proporcionalitat es concep com una *prohibició d'excés* d'ingerència o restricció (*Übermaßverbot*), mentre que en el nou paradigma l'exigència de proporcionalitat esdevé una *prohibició de defecte* de protecció (*Untermaßverbot*).

3.2.- La teoria dels deures de protecció

La teoria dels deures de protecció derivats dels drets fonamentals és una construcció jurisprudencial i doctrinal que s'inicia en la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal Alemany, la qual ha inspirat clarament la del Tribunal Constitucional Espanyol i la Dret Tribunal Europeu dels Drets Humans⁸⁷⁴. Aquests deures de protecció es projecten sobre totes les branques de l'ordenament jurídic i obliguen l'Estat a prendre *totes* les mesures *adequades* per protegir els drets fonamentals enfront de qualsevol dany o risc⁸⁷⁵. Cal tenir present també que es creu que els deures de protecció es projecten sobre tots els drets fonamentals; és a dir, que tots els drets fonamentals imposen a l'Estat obligacions positives de protecció⁸⁷⁶.

Cal remarcar que aquests deures de protecció no es troben expressament positivats en la Constitució, sinó que són construccions del Tribunal Constitucional sobre la base del deure de protegir adequadament els drets fonamentals. Tanmateix, tot i haver-se iniciat en els tribunals estatals, aquesta tasca de reconeixement dels deures de protecció ha estat especialment desenvolupada pel TEDH, si bé aquest Tribunal utilitza l'expressió «obligacions positives» (i no deures de protecció). Tal com s'ha dit⁸⁷⁷, aquest Tribunal, igual que els tribunals estatals, no s'ha circumscrit a interpretar les obligacions positives que ja es trobaven presents en el CEDH respecte de drets concrets que requerissin d'alguna actuació estatal (per exemple, l'art. 5.2 CEDH: obligació d'informar dels motius de la detenció), sinó que la seva tasca ha adquirit un abast molt superior, en entendre que qualsevol dret convencional obliga als Estats a realitzar les actuacions que *raonablement*⁸⁷⁸ siguin exigibles per protegir-lo i garantir la seva efectivitat, la qual cosa

⁸⁷⁴ Sobre aquesta la doctrina d'aquests tres tribunals en matèria d'obligacions positives DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 77 a 100.

⁸⁷⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección...» op. cit., p. 338 en endavant, especialment, p. 360.

⁸⁷⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 123.

⁸⁷⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado...» op. cit., p. 6; DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 121.

⁸⁷⁸ El TEDH utilitza el test de raonabilitat, que ha estat descrit per DIEZ PICAZO com la formulació de la pregunta que segueix: si, en la circumstància del cas, la col·laboració necessària per a

l'ha portat a configurar una enorme quantitat d'obligacions per als Estats. Així, per exemple, es viola la llibertat d'expressió (art. 10 CEDH) quan no s'actua contra reiterades agressions a la seu d'un diari (assumpte *Ozgiir Gundem c. Turquia*, sentència de 16 de març de 2000); és atemptatori contra el dret a la vida privada (art. 8 CEDH) la falta de legislació protectora dels fills extramatrimonials (assumpte *Marckx c. Bèlgica*, sentència de 13 de juny de 1979); o es viola el dret de propietat privada (art. 1 del Protocol Addicional), quan no existeix un procediment idoni per resoldre un litigi dominical entre dos particulars (assumpte *Sovtransavto Holding c. Ucraïna*, sentència de 25 de juliol de 2002). En tots aquests casos, es condemna l'Estat per la seva inactivitat, la qual cosa es reputa incompatible amb l'efectiu exercici del respectiu dret fonamental⁸⁷⁹.

En conseqüència, les mesures per protegir els drets fonamentals poden ser molt diverses, pel fet que l'únic requeriment establert pels tribunals és que siguin actuacions estatals adequades -i raonables- per salvaguardar el corresponent bé fonamental. Seguint a DOMÉNECH PASCUAL, aquestes mesures es poden classificar en tres grups⁸⁸⁰: les encaminades a evitar que terceres persones puguin danyar els drets fonamentals; és a dir, accions encaminades a prevenir riscos (per exemple, proporcionar informació als ciutadans sobre els riscos als que estan exposats per tal que puguin evitar-los)⁸⁸¹; les encaminades a fer cessar actuacions que produeixen un dany (per exemple, l'obligació de protegir un domicili d'immissions de gasos i olors)⁸⁸²; i les mesures encaminades a reaccionar contra un dany ja produït (per exemple, l'obligació d'establir un sistema de responsabilitat civil que permeti reparar adequadament els danys causats⁸⁸³ o, en casos de desaparicions o tortures, l'obligació d'assegurar l'efectiva implementació de lleis internes que protegeixin el dret a la vida i, en els casos que impliquin agents estatals, assegurar que responen de les morts ocorregudes sota la seva responsabilitat⁸⁸⁴).

l'efectiu exercici del dret no resulta excessivament costosa per a l'Estat en comparació amb el del dret a protegir. DíEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 121.

⁸⁷⁹ *Ibíd.*, p. 121.

⁸⁸⁰ La classificació no constitueix una llista tancada, ja que -com el propi DOMÉNECH PASCUAL admet- hi ha mesures que poden encabir-se en més d'un grup. Així, per exemple, la responsabilitat civil compleix no només una funció reparadora dels danys causats, sinó també, la funció de prevenir-los (l'amenaça d'haver de respondre incentiva les actuacions diligents encaminades a evitar els danys). DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 76 a 78.

⁸⁸¹ Assumpte *Guerra y altres contra Itàlia*, STEDH de 19 febrer de 1998, § 60.

⁸⁸² Assumpte *López Ostra contra Espanya*, STEDH de 9 de desembre de 1994, §§ 55-59.

⁸⁸³ STC 181/2000, de 29 de juny, Ple, Proc. 3536/1996, FJ 8.

⁸⁸⁴ Assumpte *Paul i Audrey Edwards contra la Gran Bretanya*, STEDH de 14 de març de 2002, § 69.

En el que aquí interessa, els deures de protecció o obligacions positives també poden ser d'índole penal, en tant que constitueixin un instrument útil per aconseguir l'efectiva protecció dels drets fonamentals. De manera que, si l'Estat ha d'adoptar totes les cauteles encaminades a minimitzar el risc de lesió dels drets fonamentals, llavors ha d'establir també mesures de protecció penal adequades, ja que aquestes redueixen el risc en dissuadir les persones de realitzar activitats que danyin o posin en perill aquests béns. És a dir, la protecció estatal exigible en virtut dels drets fonamentals comprèn també la protecció penal⁸⁸⁵, especialment per la seva funció de prevenció general.

Ara bé, a diferència de les obligacions expressives de castigar més amunt estudiades, en aquest cas s'ha de dur a terme un procés previ d'indagació de quins són els béns jurídics que reuneixen els requisits necessaris que els fa mereixedors de la protecció jurídic-penal. La doctrina científica ha admès de forma pacífica que puguin incloure's les manifestacions personals essencials (vida, salut i llibertat) per ser imprescindibles per a l'individu, però sobre d'altres drets fonamentals no hi ha consens (propietat i relacionats amb béns jurídics secundaris)⁸⁸⁶. A més, cal tenir present que l'extensió d'aquest deure de protecció penal és diferent en la jurisprudència dels tribunals interns estatals que en la del TEDH. Així, mentre que el Tribunal Constitucional Espanyol ha admès el deure de tipificar penalment determinades conductes (deure de criminalització) i el dret a què els Tribunals apliquin les lleis penals⁸⁸⁷, el TEDH ha anat més enllà i ha establert que els

⁸⁸⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 338 en endavant, especialment, p. 360.

⁸⁸⁶ Un resum de l'estat del debat sobre els béns dels quals es poden derivar deures de protecció penal, el trobem a SANTANA VEGA, D. M., Las obligaciones constitucionales... op. cit., p. 877-879.

⁸⁸⁷ El dret a què els tribunals apliquin les lleis penals no implica el dret a obtenir condemnes penals, així ho ha establert el TC entre d'altres, STC 31/1996, de 27 Febrer, Sala Primera, Rec. 856/1992 (FJ 10) «no puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi* con el derecho material a penar».

De manera que «cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos jurisdiccionales no hayan dictado sentencia condenatoria» el Tribunal Constitucional pot «revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal». Això és així, ja que «en el seno de un proceso penal pueden verse lesionados, no sólo derechos procesales, sino también derechos sustantivos con consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido, y por ello dichas declaraciones o consideraciones son susceptibles de control constitucional a través del recurso de amparo». No obstant, el pronunciament estimatori no pot establir la «declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada », sinó que « el recurrente podría obtener la protección del derecho fundamental que estima lesionado mediante un pronunciamiento declarativo en el que se le reconozca el derecho o libertad pública cuya lesión ha motivado la demanda de amparo» (STC 21/2000 de 31 Gen. 2000 Sala Segona, Rec. 3725/1996, FJ 1 i 2).

Sobre el dret a què els tribunals apliquin les lleis penals DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 338 en endavant, especialment, p. 341.

deures positius de l'Estat en relació amb l'exercici del *ius puniendi* afecta els diversos estadis en què aquest deure es concreta i els diversos poders de estatals competents en cada un d'ells. Aquest deure es concreten en: deure de criminalització, deure d'investigació, deure de celebració del procés, deure de sanció suficient i deure d'execució de la pena⁸⁸⁸. D'entre aquests, el que potencialment pot orientar el legislador en la distribució del *ius puniendi* és el deure de criminalització (i de previsió d'una pena suficient); això és, l'obligació de protegir drets fonamentals i béns jurídics de rellevància constitucional mitjançant la tipificació penal de conductes que atempten contra aquests drets i/o béns.

3.3.- La configuració jurisprudencial del deure de criminalització (o penalització)

3.3.1.- Tribunal Constitucional Federal Alemany

El deure de protegir penalment els drets fonamentals s'afirma per primera vegada en la polèmica⁸⁸⁹ sentència del TCFA, de 25 de febrer de 1975⁸⁹⁰, que va declarar inconstitucional la despenalització de l'avortament consentit efectuat durant les dotze primeres setmanes de l'embaràs. Es fa necessari analitzar aquesta sentència, ja que constitueix la base sobre la qual el Tribunal Constitucional Espanyol ha establert el dret a la protecció penal (que, com veurem, també va començar amb una reforma del Codi penal que despenalitzava l'avortament en determinats supòsits).

Segons el Tribunal Constitucional Federal, de la Llei Fonamental es deriva l'obligació de l'Estat de protegir la vida humana, inclosa la del *nasciturus*. En concret, aquesta obligació s'infereix de l'art. 2.2 de la Llei Fonamental que estableix que tothom té dret a la vida i de l'art. 1.1 que estableix que la dignitat de l'home és intangible i que respectar-la i protegir-la és l'obligació de tots els poders de l'Estat. Amb suport a aquests articles, el Tribunal determina que «de acuerdo con la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, las normas de los derechos fundamentales contienen no sólo derechos defensivos del individuo frente al Estado, sino que al mismo tiempo incorporan un orden objetivo de valores que vale como decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del Derecho y que proporciona líneas directivas e

⁸⁸⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 11.

⁸⁸⁹ Sobre les crítiques que s'han realitzat a aquesta sentència KAYBER, M., Sobre el potencial incriminador... op. cit., p. 149-136; TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 33, 1991, p. 145-174.

⁸⁹⁰ BVerfGE 39, 1.

impulso al legislador, a la Administración y a la jurisdicción»⁸⁹¹. És per això que es pot afirmar que l'Estat està obligat no només a abstenir-se de lesionar la vida, sinó també de protegir-la de les lesions causades per tercers.

Altrament, el TCFA adverteix que aquest deure de protecció pot entrar en conflicte amb altres béns de rang constitucional; en el cas concret enjudiciat, amb el dret de la mare al lliure desenvolupament de la seva personalitat. És per això que el Tribunal conclou que, en cas de conflicte, el legislador és l'encarregat primerament de resoldre'l «ponderando los valores fundamentales contrapuestos según la medida del ordenamiento constitucional y de acuerdo con el principio de proporcionalidad»⁸⁹². Per a realitzar aquesta ponderació, es reconeix al legislador un marge d'apreciació, que el Tribunal ha de respectar, la qual cosa no significa que es renunciï a un control constitucional total de la legislació. De fet, en el cas concret, es va establir que l'avortament durant les dotze primeres setmanes de l'embaràs havia de ser castigat penalment, ja que, en opinió del Tribunal, les mesures no penals adoptades pel legislador eren insuficients per garantir la protecció efectiva del *nasciturus*⁸⁹³.

En l'argumentació de la sentència, el Tribunal defensa la idea de que la norma penal «representa, por así decirlo, la *ultima ratio* en el instrumental del legislador», si bé «en casos extremos, cuando la protección a la que obliga la Constitución no se consiga de ninguna otra manera, el legislador puede estar obligado a recurrir al Derecho penal para proteger la vida en desarrollo»⁸⁹⁴. Aquesta és la frase que ha estat considerada com un «gir copernicà» en les funcions del TCFA, ja que amb ella no es qüestiona en quines circumstàncies és legítim establir una pena (concepció liberal, en el sentit de necessitat de justificar la ingerència o restricció), sinó que s'indica al legislador, des d'una perspectiva constitucional, en quins casos està obligat a punir la realització d'una conducta, sorgint així el «deure de penalització»⁸⁹⁵. Ara bé Tribunal afegeix que, d'acord amb el «principio de proporcionalidad, propio del Estado de Derecho y vigente en la totalidad del derecho público, inclusive el Derecho constitucional», el legislador «sólo

⁸⁹¹ Traducció de la sentència extreta de DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 78.

⁸⁹² Traducció de la sentència extreta d'Ibíd., p. 79.

⁸⁹³ BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 113; DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 79.

⁸⁹⁴ BVerfGE 39, 1 (p. 46-47). Traducció de la sentència extreta de KAYBER, M., Sobre el potencial incriminador... op. cit., p. 151.

⁸⁹⁵ KAYBER, M., Sobre el potencial incriminador... op. cit., p. 151.

[puede] hacer uso de este medio de forma cautelosa y moderada, pero debe acudir a este último recurso cuando no se consiga de otro modo una efectiva protección de la vida»⁸⁹⁶.

Aquest deure de penalització reapareix, de forma més matisada⁸⁹⁷, en l'anomenada «segona sentència sobre l'avortament», de 28 de maig de 1993⁸⁹⁸. Aquesta sentència és considerada per la doctrina alemanya com l'encarregada de dotar de significat a la *prohibició d'infraprotecció* (en els termes de l'actual debat jurídic-penal)⁸⁹⁹; prohibició que representa el límit inferior de la llibertat de valoració del legislador. Així mateix, aquesta doctrina sobre la prohibició d'infraprotecció ha estat reiterada posteriorment pel TCFA, tot i que són escasses les resolucions en què s'ha tornat a estimar que s'ha incomplert un deure de protecció (en sentit ampli, no només de protecció penal)⁹⁰⁰. Tal com han destacat diversos autors⁹⁰¹, això es deu a què el test per determinar un incompliment es vincula amb que «el poder público no ha tomado absolutamente ninguna

⁸⁹⁶ BVerfGE 39, 1 (p. 47). Traducció de la sentència extreta d'Ibíd., p. 151.

⁸⁹⁷ Les diferències entre ambdues sentències i entre el deure de penalització i la prohibició d'infraprotecció han estat descrites per KAYBER, M., *Sobre el potencial incriminador...* op. cit., en especial, p. 157 i següents.

⁸⁹⁸ BVerfGE 88

⁸⁹⁹ STAECHELIN, G., ¿Es compatible la "prohibición de infraprotección" con una concepción liberal del Derecho penal? A DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 289.

⁹⁰⁰ Seguint a CLÉRICO, el TCFA ha aplicat la prohibició d'infraprotecció (o prohibició constitucional per omissió, acció insuficient o deficient) en un reduït grup de casos. Al marge de la sentència sobre l'avortament de 1993 esmentada (BVerfGE 88), l'ha utilitzat: en una decisió de l'any 1998 sobre una reglamentació de la Llei d'interrupció de l'embaràs aprovada per l'Estat Federal de Baviera (BVerfGE 98, 265); en una decisió sobre l'admissibilitat d'una acció d'empara referida a la constitucionalitat del límit d'ingesta d'alcohol permès als automobilistes (BVerfGE, 27 d'abril de 1995, NJW 1995, p. 2343); per examinar l'admissibilitat formal d'accions referides a la constitucionalitat de la Llei que regula la circulació de vehicles per a la protecció de la capa d'ozó («Ozongesetz», 29 de novembre de 1995, EUGRZ 1996, 120); el funcionament d'una central de transformació elèctrica (Elektrosmog, 17 de febrer de 1997, NJW 1997, 2509); la instal·lació de centrals transmissores d'ones pel funcionament de telèfons mòbils («Emisiones de ondas para funcionamiento de los celulares móviles», 28 de febrer de 2002, NVwZ 2002, 1103); en el vot dissident de l'examen de constitucionalitat d'una reglamentació de l'Estat Federal de Baviera sobre mesures de seguretat per a persones condemnades (BVerfGE 109, 190), i en el vot dissident en un cas sobre la prohibició de fumar en bars petits i discoteques (BVerfGE, 1 BvR 3262/07 del 30 de juliol de 2008).

En opinió de CLÉRICO, malgrat el nombre reduït de casos en que s'explicita l'aplicació la prohibició d'infraprotecció, cada vegada que el TCFA examina la proporcionalitat en sentit ampli d'un dret fonamental en la seva funció de dret de prestació -ja sigui com a dret de protecció, dret social o dret a l'organització i procediment (sobre aquesta classificació veure nota núm. 872), està aplicant el mandat de prohibició per omissió o insuficiència encara que no ho digui expressament. CLÉRICO, L., *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. A SIECKMANN, J. (director) *La Teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 171.

⁹⁰¹ STAECHELIN, G., ¿Es compatible la "prohibición de infraprotección"... op. cit., p. 296 i DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 80, nota al peu 149.

disposición protectora o cuando es evidente que las regulaciones y medidas adoptadas son totalmente inadecuadas o completamente insuficientes para alcanzar el fin de protección»⁹⁰². Per TIEDERMAN, l'ampli marge constitucional que el TCFA concedeix al legislador és pot considerar una prerrogativa d'avaluació⁹⁰³.

3.3.2.- Tribunal Constitucional Espanyol

Tal com s'ha dit anteriorment, el Tribunal Constitucional importa el deure de protecció penal de la jurisprudència alemanya. Aquest deure s'afirma per primera vegada a la STC 71/1984 de 12 de juny, Sala Segona, Rec. 336/1983⁹⁰⁴, però no és fins a la STC 53/1985, de 11 d'abril, Ple, Rec. 800/1983, que s'acaba de perfilar. Igual que en el cas alemany, aquesta sentència versa sobre la despenalització de l'avortament i, igual que en el cas alemany, va ser una sentència polèmica⁹⁰⁵.

⁹⁰² STAECHELIN afirma que aquesta és la línia jurisprudencial del BVerfG fins a l'actualitat. STAECHELIN, G., ¿ Es compatible la "prohibición de infraprotección"... op. cit., p. 296 nota al peu 51.

Sobre aquesta línia jurisprudencial, es poden consultar, entre d'altres, les interlocutòries de 29.10.1987 (BVerfGE 77, 170, 215); 26.01.1988 (BVerfGE 77, 318, 405); 30.11.1998 (BVerfGE 79, 174, 202); 27.04.1995 (NJW, 1995, p. 2343), així com les sentències 28.01.1992 (BVerfGE 85, 191, 212); 10.01.1995 (BVerfGE 92, 26, 46). Jurisprudència citada per DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 80, nota al peu 149.

⁹⁰³ Segons aquest autor, el TCFA ha establert les indicacions bàsiques dels deures d'intervenció penal, que poden sintetitzar-se en tres criteris: (i) la «dañosidad» social d'una conducta (que en el dret espanyol es correspon amb l'ofensivitat), que, en principi, s'ha de comprovar de manera empírica, però també ha de completar-se amb una valoració ètic-social; (ii) la valoració ètic-social, que ha d'ajustar-se a l'ordre legal penal existent (ha d'estar en consonància amb els altres comportaments que el legislador estima mereixedors de pena i ha sancionat penalment), i (iii) el principi de proporcionalitat, que decideix sobre si altres mesures diferents de les penals són suficients per garantir la protecció de béns jurídics elementals. TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal...* op. cit., p. 131.

⁹⁰⁴ En concret, la STC 71/1984 (FJ 2) estableix que: «Ha de quedar claro que el legislador puede proteger los derechos fundamentales penalmente, y en tal caso, no es posible desconocer que la protección penal forma parte del derecho fundamental mismo y que la interpretación de acuerdo con la Constitución de las normas penales relativas a los derechos fundamentales es asunto de la competencia de este Tribunal. Si se produce, pues, una perturbación del derecho fundamental que sea penada por la Ley, hay un derecho del ciudadano a esta protección, prevista por la Ley 62/1978, de 26 Dic., de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en su Sección Primera, junto a la garantía contencioso-administrativa (Sección Segunda) y la civil (Sección Tercera); derecho que puede hacerse valer también en último término mediante el recurso de amparo constitucional ante este Tribunal».

⁹⁰⁵ La manca de consens sobre el contingut de la sentència es despèn clarament del fet que va ser decidida pel vot de qualitat del President i va acompanyada de cinc vots particulars que representen l'opinió dissident de sis Magistrats.

Seguint la línia discursiva del TCFA, el TC estableix que «la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste». Continua el Tribunal determinant que l'Estat té «la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano». Finalment, conclou que això obliga especialment el legislador, «obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa» (FJ 4).

Això porta al TC a afirmar que «esta protección que la CE dispensa al *nasciturus* implica para el Estado, con carácter general, dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». Segons el TC això no significa que «dicha protección haya de revestir carácter absoluto», sinó que el legislador pot excloure la punibilitat de l'avortament en determinats supòsits, ja que la protecció de la vida del *nasciturus* pot entrar en conflicte amb altres valor jurídics fonamentals dignes de protecció (FJ 7). És per això que l'interpret constitucional es veu obligat a «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría administrarse la prevalencia de uno de ellos» (FJ 9).

Aquesta doctrina es reitera posteriorment en dues sentències que també versen sobre la protecció del *nasciturus*, i que resolen els recursos d'inconstitucionalitat interposats, respectivament, contra la Llei 42/1988, de 28 de desembre, de donació i utilització d'embrions i fetus humans o de les seves cèl·lules, teixits o òrgans (STC 212/1996, de 19 de desembre, Ple, Rec. 596/1989) i la Llei 35/1988, de 22 de novembre, sobre Tècniques de Reproducció Assistida (STC 166/1999, de 17 juny, Ple, Rec. 376/1989). Aquestes dues sentències són rellevants als efectes del nostre estudi pel fet que en aquestes normes es preveia que determinades conductes fossin sancionades mitjançant sancions administratives i no sancions penals i, justament, aquesta

administrativització punitiva és un dels motius d'inconstitucionalitat adduïts pels recurrents⁹⁰⁶.

En la primera resolució -STC 212/1996-, no es determina expressament si, en el cas concret, les sancions administratives són suficients per protegir el *nasciturus*, ja que en el moment de dictar la sentència aquestes conductes ja es trobaven tipificades penalment⁹⁰⁷. Malgrat això, dels fonaments jurídics es desprèn clarament que l'obligació de tipificar penalment no té caràcter absolut, ja que en determinades situacions ha d'estar sotmesa a limitacions, i no pot pretendre's que totes les interdiccions normatives establertes per protegir un bé jurídic vagin acompanyes de sanció penal⁹⁰⁸. En el mateix sentit, la STC

⁹⁰⁶ En concret, en la STC 212/1996 una de les qüestions en què es fonamenta el recurs és la il·legalitat del «art. 9.1, en cuanto se remite, con las adaptaciones que requiere la materia, a la L.G.S., por los motivos señalados en el anterior apartado B), in fine. En particular, resultan de palmaria inconstitucionalidad los apartados a), b) y e) del párrafo segundo, *en cuanto tipifican como meras infracciones administrativas gravísimas* conductas atentatorias no sólo del valor vida humana sino del patrimonio genético humano en general» (AF 8) i «Del mismo modo, se denuncia la radical insuficiencia, desde la perspectiva del derecho fundamental a la vida, de las sanciones, de orden administrativo, previstas para conductas tan extremadamente graves como las contenidas, notablemente, en las letras a), b) y e) del art. 9.2 B) de la Ley 42/1988 (realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico; la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación; la experimentación con embriones o fetos vivos, salvo el cumplimiento de determinados requisitos) (AF 10) (les cursives són nostres).

En sentit similar, en la STC 166/1999 es fonamenta el recurs -entre d'altres- en la il·legalitat de l' «art. 20, por no establecer la sanción correspondiente a las infracciones que tipifica, en contra de las exigencias del principio de legalidad sancionador, además de prever *como meras sanciones administrativas diversos supuestos merecedores de sanción penal*, según la doctrina establecida en la TC S 53/1985» (AF 2 B) (les cursives són nostres).

⁹⁰⁷ STC 212/1996 (FJ 10) «por lo que hace a la denunciada insuficiencia de la sanción administrativa prevista para las conductas descritas en el art. 9.2 B), letras a) y b), sin necesidad de entrar en otras consideraciones, baste decir que procede apreciar su actual carencia de fundamento toda vez que, tras la interposición del recurso y desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, dichas conductas se encuentran hoy específicamente tipificadas en sus arts. 157, 158, 159 y 161 («Delitos relativos a la manipulación genética»).

⁹⁰⁸ STC 212/1996 (FJ 10) «Ciertamente, y como ya hemos señalado, la STC 53/1988, tras proclamar que «la vida del *nasciturus*... es un bien jurídicamente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental», estimó que ello implica para el Estado «con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». No obstante, este tipo de protección, se añadía inmediatamente, no puede aspirar a revestir carácter absoluto: «en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones» (fundamento jurídico 7).

Ahora bien, y dando ya respuesta al argumento de los recurrentes, una cosa es que una práctica ausencia de «normas penales» pueda ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del art. 15 C.E. y otra muy distinta es la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en una ley como la presente, destinada a regular la donación y utilización de embriones y fetos, vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal. Esto vale en particular para el art. 3.3 de la Ley, en el que se prohíbe al equipo que realice la interrupción de un embarazo el

116/1999 determina que la garantía de protección penal només s'imposa al legislador en «ciertos supuestos extremos» i determina que no existeix una «obligación constitucionalmente impuesta al legislador de establecer la correspondiente sanción penal para todas y cada una de las interdicciones previstas en la Ley», admetent-se que algunes conductes poden ser sancionades administrativament. La qual cosa significa implícitament que, en opinió del TC, la previsió de sancions administratives en el cas concret eren suficients per a la deguda protecció del *nasciturus*⁹⁰⁹⁻⁹¹⁰.

3.3.3.- Tribunal Europeu dels Drets Humans

Des d'una perspectiva similar, però amb major fermesa⁹¹¹, el TEDH ha establert en nombroses ocasions el deure estatal de preveure sancions penals com a element imprescindible per aconseguir la protecció *efectiva* dels drets, obligació que s'imposa als Estats d'acord amb a l'art. 1 CEDH. En concret, el Tribunal ha declarat que dels drets reconeguts en el CEDH deriven per a l'Estat obligacions positives de tipificar penalment certes conductes lesives dels drets humans, així com a investigar els fets, perseguir els culpables i sancionar-los, de manera que si s'incompleixen aquestes obligacions l'Estat incorre en una violació del corresponent dret convencional⁹¹².

que intervenga en la utilización del correspondiente embrión o feto. Que una prohibición de esta naturaleza deba ser necesariamente hecha efectiva a través del instrumento último de la sanción penal es algo que en modo alguno se deriva de la doctrina constitucional anteriormente recordada».

⁹⁰⁹ STC 116/1999 (FJ 16) «En este sentido, y en sintonía con lo declarado en la TC S 53./1988 y 212/1996, cumple recordar que la protección penal de los derechos fundamentales, o de determinados bienes constitucionales, no puede aspirar a revestir un carácter absoluto, aunque, en ciertos casos, la plena ausencia de esa garantía pueda ser un elemento suficiente para justificar el examen de la constitucionalidad de una ley a partir de un contraste entre la eficacia de la protección de un derecho fundamental ordenada por la CE y la finalmente dispensada por el legislador. Ahora bien, fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos. No existiendo una absoluta reserva de LO en materia sancionadora (por todas vid. TC S 119/1992), ni una obligación constitucionalmente impuesta al legislador de establecer la correspondiente sanción penal para todas y cada una de las interdicciones previstas en la Ley, es claro que la pretensión formulada por los actores carece de toda consistencia»

⁹¹⁰ Sobre aquestes sentències LASAGABASTER HERRARTE, I., «Constitución, derecho penal... op. cit.

⁹¹¹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 13.

⁹¹² DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 343.

Com ha apuntat TOMÁS-VALIENTE LANUZA, l'afirmació d'aquests deures substantius per part del TEDH sol estar presidida per la prudència, en el sentit que el Tribunal acostuma a proclamar expressament la necessitat de reconèixer als Estats un ampli marge d'actuació. Conseqüentment, de cap manera es pot entendre que el TEDH parteixi d'un deure genèric de sancionar penalment qualsevol violació de qualsevol dret convencional⁹¹³. Així, per exemple, el TEDH ha exclòs expressament l'obligatorietat de sancionar penalment els homicidis no intencionats en l'àmbit de la pràctica de la medicina, entre d'altres, la reparació dels quals considera suficient en via civil⁹¹⁴.

Cal tenir present que -igual que en el cas de les proclamacions fetes pels tribunals estatals- el marc general d'aquests deures de criminalització queda indefinit. És a dir, es redueix a l'obligació dels Estats de preveure sancions penals per les violacions més greus dels drets convencionals més importants, que en les sentències del Tribunal solen adjectivar-se com a «valors essencials». Des d'aquest punt de partida, la construcció de les obligacions es realitza a partir dels casos concrets que són sotmesos a la seva consideració i sempre de manera molt vinculada a les circumstàncies específiques de cada cas. L'element comú en què insisteix el Tribunal en les diverses sentències és que el deure de garantir una protecció efectiva imposa als Estats l'obligació de comptar amb un marc legal que dissuadeixi eficaçment els ciutadans de cometre les violacions més greus sobre els drets considerats més importants. Dissuasió que, en alguns casos, només pot aconseguir-se mitjançant la previsió de sancions penals (seguides de la seva aplicació efectiva)⁹¹⁵.

Amb tot, aquesta necessitat de tipificar penalment una conducta lesiva no sol ser aplicada a supòsits d'absoluta falta de tipificació, sinó a «defectes» de la intervenció estatal de caire penal. Alguns d'aquests defectes estan vinculats amb qüestions processals que impedeixen una adequada protecció de la víctima i que solen ser tractats pel Tribunal d'igual manera que la regulació substantiva. Ara bé, en d'altres pronunciaments jurisprudencials la insuficiència de protecció penal del dret es fa derivar de deficiències en la pròpia regulació substantiva: bé per l'amplitud de causes de justificació bé per la manca de duresa del marc abstracte de la pena⁹¹⁶.

⁹¹³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 13.

⁹¹⁴ Així es pot constatar, entre d'altres, en l'assumpte *Calvelli i Ciglio contra Itàlia* (sentència de 12 de gener de 2002, § 51); l'assumpte *Vo contra França* (sentència de 8 de juliol de 2004, § 90); l'assumpte *Colak i Tsakiridis contra Alemanya* (sentència de 5 de juny de 2009, § 30); l'assumpte *Eugenia Lazar contra Romania* (sentència de 16 de febrer de 2010, § 87).

⁹¹⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 13.

⁹¹⁶ *Ibíd.*, p. 16.

El *leading case* vinculat amb regulacions estatals de caràcter processal que comporten la impossibilitat de jutjar conductes greument lesives per a drets del Conveni és l'assumpte *X i Y contra Països Baixos* (sentència de 26 de març de 1985)⁹¹⁷, cas en què l'abús sexual d'una discapacitada psíquica no va poder perseguir-se per una llacuna legal en la regulació de l'habilitació per denunciar. El TEDH estableix que «el recurso a la ley penal no constituye necesariamente la única solución», si bé determina que, en el cas concret, «hay en juego valores fundamentales y esenciales de la vida privada. [De manera que] sólo una legislación criminal puede asegurar una prevención eficaz y necesaria en este ámbito». Aquestes mancances processals s'han vist també en casos en què no s'han perseguit delictes sexuals per no haver-se provat la resistència de la víctima (en interpretar-se per l'Estat que aquesta resistència és un requisit imprescindible per processar i eventualment sancionar)⁹¹⁸, o en casos en els quals la regulació interna ha impedit perseguir determinades formes de violència de gènere al haver-se retirat la denúncia per part de la víctima⁹¹⁹. En tots aquests casos, tal com assenyala TOMÁS-VALIENTE LANUZA, la condemna derivada del deure de protecció no es vincula amb el fet de no haver castigat penalment la vulneració del dret (ja que la conducta concreta lesiva sí que es trobava tipificada com a delicte), sinó amb el fet de tenir un marc legal (processal) que no ha permès fer-ho⁹²⁰.

En relació amb la insuficiència de la protecció deguda a la previsió de causes de justificació o de neutralització de l'antijuridicitat en termes massa amplis, destaquen les declaracions del TEDH vinculades amb el deure de l'Estat de protegir les persones contra tortures i penes o tractes inhumans o degradants (proscrits per l'art. 3 CEDH) que altres particulars puguin cometre. En aquest àmbit, és abundant la jurisprudència segons la que les autoritats nacionals han d'emparar els infants davant dels abusos (o càstigs corporals

⁹¹⁷ La condició de *leading case* la reconeix expressament DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 91. Per TOMÁS-VALIENTE en aquesta sentència s'estableixen per primera vegada les premisses sobre les obligacions positives de protecció. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 17, nota al peu 72. En el mateix sentit, VIGANÒ F., *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. A MIR PUIG, S., i CORCOY BIDASOLO, M. (directors); GÓMEZ MARTÍN, V. (coordinador), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 314. I també VIGANÒ, F., «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política Criminal*, núm. 18, 2014, p. 445.

⁹¹⁸ Assumpte *M.C. contra Bulgària* (sentència de 4 de desembre de 2003 especialment §§ 174-185).

⁹¹⁹ Assumpte *Opuz contra Turquia* (sentència de 9 de juny de 2009, §§ 199-201) i assumpte *Bevacqua i S. contra Bulgària* (sentència de 12 de juny de 2008, § 83).

⁹²⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 17.

severs) dels seus pares⁹²¹. En un sentit similar, en relació amb la protecció del dret a la vida s'ha condemnat els Estat amb una regulació excessivament àmplia o inconcreta sobre l'ús d'armes per part de les Forces i Cossos de Seguretat que, en casos estimats com a desproporcionats pel TEDH, conduïen a l'absolució dels agents estatals⁹²².

Per últim, el TEDH ha condemnat casos en què, tot i existir lleis incriminadores, les penes previstes resulten insuficients per la importància del dret convencional vulnerat i que, per tant, són considerades pel Tribunal com a inidònies per produir un veritable efecte de prevenció general. En opinió d'alguns autors, en aquests casos s'aprecia una vulneració del principi de proporcionalitat per defecte⁹²³. Un cas emblemàtic és l'assumpte *Siliadin contra França* (sentència de 26 de juliol de 2005), que condemna a l'Estat per preveure unes penes insignificants per a conductes d'explotació de treballadors. En concret, el TEDH determina que vulnera l'art. 4 CEDH, no haver castigat penalment el manteniment d'una ciutadana en situació d'esclavitud domèstica.

En darrer terme, convé recalcar que la doctrina establerta en la jurisprudència del TEDH, sobre l'abast i el significat dels drets i les llibertats que el Conveni reconeix, desplega una indubtable influència en la interpretació i aplicació que d'aquests drets fan tots els estats signants, hagin estat part o no del procediment concret en què s'ha dictat la sentència (aquestes resolucions judicials contribueixen a la formació del que s'ha anomenat *ius commune* europeu dels drets fonamentals). En relació amb l'Estat espanyol, la vinculació dels tribunals interns a la jurisprudència del TEDH té valor constitucional en la mesura en què en virtut de l'art. 10.2 CE, les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats reconegudes en la Constitució han d'interpretar-se d'acord amb el CEDH⁹²⁴. En aquest sentit, la vinculació a la jurisprudència del TEDH es basa en un doble reenviament: el de l'art. 10.2 CE al CEDH i el de l'art. 32 CEDH⁹²⁵ a la competència del TEDH.

⁹²¹ Entre d'altres, assumpte *A. contra Regne Unit* (sentència de 23 de setembre de 1998 §§ 22-24) en la qual es condemna el Regne Unit per absoldre penalment al padastre de l'actor pels maltractaments físics rebuts, en base a que el dret anglès justificava els càstigs com a «raonables», imposant la càrrega de provar la irraonabilitat a l'acusador.

⁹²² Assumpte *Makaratzis contra Grècia* (sentència de 20 de desembre de 2004, §§ 76-79); assumpte *Nachova i altres contra Bulgària* (sentència de 6 de juliol de 2005, §§ 114-119) i assumpte *Erdogan i altres contra Turquia* (sentència de 25 d'abril de 2006, § 97).

⁹²³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 15.

⁹²⁴ Sobre aquesta vinculació, veure per tots MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 137, 1995, p. 7-29.

⁹²⁵ Aquest article estableix que «La competència del Tribunal s'estén a totes les qüestions relatives a la interpretació i a l'aplicació del Conveni i dels seus protocols que li siguin sotmeses en les condicions que preveuen els articles 33, 34, 46 i 47».

Per concloure, és important destacar també que l'existència d'aquestes obligacions de sancionar penalment les greus violacions dels drets humans fonamentals han estat reconegudes per altres òrgans de protecció dels humans com el Tribunal Interamericà de Drets Humans⁹²⁶ i la Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides⁹²⁷.

3.4.- Les objeccions doctrinals al deure de protecció penal

Des d'una perspectiva que s'ha anomenat *clàssica*⁹²⁸ o *liberal*⁹²⁹ (pel fet de reivindicar el paradigma de relació clàssic entre els drets fonamentals i el *ius puniendi*), s'ha advertit que el deure de protecció penal, en concret, i la vinculació positiva dels drets fonamentals, en general, comporta un debilitament dels drets i llibertats dels ciutadans enfront del poder estatal. En especial, es posa en dubte la compatibilitat d'aquesta concepció de les obligacions positives amb un model de Dret penal liberal basat en els principis de subsidiarietat i d'intervenció mínima⁹³⁰. La resposta doctrinal a aquestes objeccions s'ha centrat en afirmar que els drets d'obtenir protecció de l'Estat enfront de les agressions de terceres persones no significa un detriment dels drets fonamentals, sinó que, al contrari, contribueix a garantir que el seu gaudi sigui efectiu i real. Altrament, els drets fonamentals només foren efectivament exercits per aquelles persones que ostenten unes determinades condicions materials. En paraules de DOMÉNECH PASCUAL, «puede parecer paradójico, pero el mantenimiento de la libertad exige que se la limite. La ausencia de limitaciones y controles conduce a una severísima coerción, ya que deja a los poderosos en libertad para esclavizar a los débiles»⁹³¹. En aquest sentit, tal com afirma TOMÁS-VALIENTE LANUZA, la funció protectora de l'Estat no és en absolut innovadora, sinó que ha estat destacada com la raó de ser del pacte social, segons el qual els ciutadans

⁹²⁶ El *leading case* del TIDH és l'assumpte Velázquez Rodríguez, sentència de 29 de juliol de 1988, en què el Tribunal va establir que l'Estat té el deure jurídic d'impedir les violacions dels drets humans, d'investigar seriosament els antecedents sobre violacions de drets humans, d'identificar els responsables, d'imposar sancions penals apropiades i d'assegurar a la víctima una adequada indemnització. Sobre aquesta sentència, WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho penal internacional* (3ª edició), València, Tirant lo Blanch, 2017, p. 163; DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 345.

La correspondència jurisprudencial entre el TEDH i el TIDH ha estat estudiada per VIGANÒ F., *Sobre las obligaciones de tutela penal... op. cit., p. 320.*

⁹²⁷ WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ... op. cit., p. 163.*

⁹²⁸ Denominació utilitzada per TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal... op. cit., p. 135.*

⁹²⁹ Expressió utilitzada per DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 343.

⁹³⁰ STAECHELIN, G., «¿Es compatible la "prohibición de infraprotección"... op. cit., pp. 290-304.

⁹³¹ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 351.

renuncien a l'autoprotecció -pròpia de l'estat de naturalesa- a canvi de rebre protecció, precisament, de l'Estat⁹³².

Des d'una altra perspectiva denominada *democràtica*, la doctrina posa en dubte que el deure de protecció penal sigui compatible amb la idea mateixa d'Estat democràtic. En concret, es discuteix que el Tribunal Constitucional o el TEDH puguin imposar al legislador l'obligació de penalitzar determinades conductes, convertint, en conseqüència, aquests tribunals en els controladors finals de la política criminal. En altres paraules, es considera que atribuir als tribunals la capacitat de deduir dels drets fonamentals obligacions positives concretes per als poders públics, especialment per al legislador, implica una invasió d'àmbits reservats al poder legislatiu i a la llibertat de configuració social que li correspon com a màxim òrgan de representació democràtica⁹³³⁻⁹³⁴. Aquestes objeccions són contestades destacant que l'elevat grau d'abstracció dels preceptes que reconeixen drets fonamentals és un problema que es presenta també en valorar el compliment de les obligacions negatives de l'Estat derivades dels drets fonamentals, la qual cosa no impedeix al Tribunal Constitucional d'efectuar aquest judici. En ambdós casos -vinculació positiva i vinculació negativa-, el TC queda facultat per contrastar les lleis amb els valors constitucionals i, en conseqüència, l'ampli marge de què disposa el Parlament no és indefinit, sinó que el TC té la competència de verificar si s'ha sobrepassat⁹³⁵.

Des del prisma del *control constitucional de les normes*, s'ha posat l'accent en les limitacions d'aquest control i en les paradoxes que aquestes limitacions impliquen: el

⁹³² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 3. Sobre la influència de la pau social en la vinculació positiva dels drets fonamentals, veure DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos...* op. cit., p. 113.

⁹³³ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 352.

⁹³⁴ En paraules del Magistrat RUBIO LLORENTE: «El intérprete de la CE no puede abstraer de los preceptos de la CE el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos «encarnan», para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o quizá más aún al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación, de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el TC, contrastando las leyes con los valores abstractos que la CE efectivamente proclama (entre los cuales no está, evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que «un valor jurídico»), invalidar cualquier ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez» (vot particular formulat a la STC 53/1985).

⁹³⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G., Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 353.

control de constitucionalitat de les normes en el nostre ordenament implica que només pugui declarar-se la inconstitucionalitat per defecte (per infraprotecció) de la norma despenalitzadora, però no de la norma inexistent⁹³⁶. Això és degut, com ja s'ha explicat, a que el control de la vinculació positiva del legislador a la Constitució opera sobretot a partir del propi resultat legislatiu (a través dels procediments de declaració d'inconstitucionalitat, amb independència de que el control sigui abstracte o concret). Per tant, en el casos d'omissió legislativa de l'articulació d'aquestes mesures positives, en principi no es pot declarar una inconstitucionalitat o una infracció de protecció dels drets fonamentals per l'absència de mecanismes de protecció o d'eficiència dels drets fonamentals, ja que no s'ha previst un procediment específic amb aquesta finalitat⁹³⁷. En paraules de LASCURAÍN SÁNCHEZ, es tracta d'un mecanisme de depuració de l'ordenament que només opera quan el legislador «desfà» (despenalitza) i no quan «fa» (no pena). Per a aquest autor, el resultat final és la vigència d'una llei -la que penava i ara torna a penar- sense legislador, «una ley que nadie quiere, que ya nadie sostiene»⁹³⁸.

Justament aquestes limitacions dels tribunals estatals expliquen que les obligacions positives hagin estat especialment desenvolupades pel TEDH. Com s'ha conclòs, les vies processals existents en l'àmbit estatal (recurs i qüestió d'inconstitucionalitat, i recurs d'emparament) difícilment permeten condemnar els poders públics -i en especial, el legislador- per no haver adoptat les mesures necessàries per fer efectiu l'exercici d'un dret fonamental. En canvi, com destaca DÍEZ PICAZO, el TEDH es troba en una millor posició a aquests efectes per dues raons. D'una banda, perquè el CEDH només imposa obligacions de resultats no de mitjans, la qual cosa significa que el TEDH es limita a jutjar si s'ha violat el dret invocat, no si les autoritats de l'Estat demandat tenien els mitjans jurídics idonis per impedir la violació del dret en el cas concret (per tant, els Estats part no poden al·legar en descàrrec seu les característiques dels ordenaments interns, incloses les normes constitucionals). De l'altra, les sentències del TEDH tenen caràcter merament declaratiu (el màxim que pot fer el Tribunal es concedir una satisfacció equitativa, art. 41 CEDH) i correspon a l'Estat condemnat reparar les conseqüències de la violació del dret. Això implica, segons DÍEZ PICAZO, que a diferència dels tribunals estatals, el TEDH no

⁹³⁶ Sobre aquesta paradoxa, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado... op. cit., p. 31.

⁹³⁷ Com argumenta GAVARA DE CARA, la via de l'art. 55.2 LOTC no pot permetre un control incidental en empara de les decisions legislatives en matèria de vinculació positiva sense una gran càrrega argumental, ja que les accions positives de protecció i de dotació d'eficàcia difícilment permeten derivar infraccions dels drets fonamentals (protegir no és infringir), llevat que aquestes mesures tinguin com a objecte la resolució d'un conflicte entre drets que impliqui la restricció d'un d'ells. GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva... op. cit., p. 281 a 285.

⁹³⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, p. 28.

ha de plantejar-se si pot anular una llei o restablir una situació jurídica individualitzada o realitzar algun altre tipus de pronunciament. Es limita a declarar que hi ha un estat de coses lesives per a un dret garantit pel CEDH i a afirmar que la lesió deriva de l'incompliment estatal d'una obligació positiva⁹³⁹.

Amb tot, la major crítica a aquests deures de protecció -i a les obligacions positives en general- és la manca de *seguretat sobre el seu abast concret*. Així, com ha destacat STAEHELIN, quan s'admet, en consonància amb l'actual concepció de la norma constitucional, l'existència d'un deure de l'Estat d'intervenir activament en favor de la realització de les garanties constitucionals de llibertat, s'obre el camp per discutir l'abast d'aquest deure⁹⁴⁰. Tal com molt gràficament ha descrit ALEXY, aquesta manca de seguretat sobre el seu abast concret es deu a què l'estructura dels drets de defensa (drets en el sentit liberal abans estudiats) i l'estructura dels drets de protecció és fonamentalment diferent. Els drets de defensa són prohibicions de destruir, impedir o perjudicar d'alguna manera els drets fonamentals, mentre que els drets de protecció són manaments que obliguen a defensar, salvar o emparar els drets fonamentals. Si està prohibit destruir o perjudicar alguna cosa, en conseqüència, estan prohibides totes les accions que constitueixin o ocasionin destrucció o perjudici. En canvi, si està ordenat protegir o salvar alguna cosa, no totes les accions que constitueixin una protecció o un salvament estan també ordenades. Així, per exemple, la prohibició de cometre un homicidi implica, almenys *prima facie*, la prohibició de totes les accions homicides, mentre que el deure de socórrer a algú que s'està ofegant no implica el manament de realitzar totes les accions de salvament possibles (és possible rescatar a qui s'ofega tant nadant, com llançant-li un salvavides, com també amb l'ajuda d'una barca, però les tres accions de socors no estan obligades alhora). En aquest sentit, els drets de protecció tenen una estructura alternativa i els drets de defensa tenen una estructura conjuntiva. Una acció (positiva) inconstitucional de l'Estat té un contrari definitiu que consisteix en ometre exactament aquella acció inconstitucional. En canvi, l'estructura alternativa implica que una omisió inconstitucional no té un contrari definitiu, sinó que existeixen tants contraris com alternatives possibles⁹⁴¹. Aquesta diversitat d'alternatives possibles és la que explica l'àmplia llibertat del legislador reconeguda pels tribunals en matèria de deures de protecció o obligacions positives.

⁹³⁹ DIEZ PICAZO, L.M, *Sistema de derechos...* op. cit., p. 121-122.

⁹⁴⁰ STAEHELIN, G., ¿Es compatible la "prohibición de infraprotección"... op. cit., p. 291.

⁹⁴¹ ALEXY, R., *Sobre la estructura de los derechos fundamentales...* op. cit., p. 123.

Aquesta anàlisi, projectada sobre el nostre estudi, ens porta a firmar que una de les alternatives possibles a la protecció mitjançant el Dret penal és la protecció mitjançant el Dret administratiu sancionador, la qüestió de fons és saber en quins casos és obligat acudir al Dret penal. Per determinar l'abast de les mesures exigibles a l'Estat per protegir els drets fonamentals, la jurisprudència i els autors estudiosos de la matèria es valen del principi de proporcionalitat.

3.5.- El principi de proporcionalitat: prohibició d'infraprotecció com a límit a la llibertat del legislador per optar entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador

Com es desprèn de la jurisprudència analitzada, el deure de protecció penal, en la faceta de deure de tipificar penalment determinades conductes, no és, ni molt menys, absolut. Així ho ha establert expressament el TC al declarar que «no todo acto lesivo de un derecho fundamental es constitutivo de delito o merecedor de sanción penal»⁹⁴². De fet, no podria ser d'una altra manera, ja que -tal com es destaca en el paradigma clàssic de relació entre el *ius puniendi* i els drets fonamentals- l'exercici del dret punitiu comporta seriosos riscos per als béns i drets constitucionalment protegits; això és així fins al punt que el simple fet de tipificar una conducta com a infracció penal pot desanimar en certa mesura l'exercici lícit d'un dret fonamental (veure *infra* Capítol 4). És per això que, per determinar l'abast concret dels deures de protecció penal, s'haurà de «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado»⁹⁴³; és a dir, s'haurà d'acudir al principi de proporcionalitat. Des d'aquesta perspectiva, el que en aquest moment ens importa és determinar si el principi de proporcionalitat estableix límits al legislador a l'hora d'escollir entre els dos règims punitius i imposa en determinades circumstàncies l'opció pel Dret penal. O si, en canvi, el manament de protecció a través del dret punitiu es pot entendre complert mitjançant la tipificació de sancions administratives (que -com sabem- no només compleixen una funció retributiva, sinó també preventiva).

El principi de proporcionalitat es troba present en la cultura jurídica del nostre entorn des de l'època romana (on tenia una gran importància en força àmbits del Dret privat) i, amb els anys, ha anat evolucionant i s'ha expandint a totes les àrees del Dret que regulen les relacions entre el poder públic i els particulars⁹⁴⁴. Formulats de manera

⁹⁴² STC 177/1996, FJ 11.

⁹⁴³ STC 53/1985, FJ 9.

⁹⁴⁴ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos*

general, el principi de proporcionalitat es pot entendre com una expressió de la justícia com a «justícia de càrregues»⁹⁴⁵. En conseqüència, com a concepte jurídic, el principi de proporcionalitat no només afecta el Dret penal, sinó a qualsevol intervenció jurídica de l'Estat. D'aquesta manera, el principi de proporcionalitat s'erigeix com un instrument per controlar qualsevol acte dels poders públics que incideixi sobre els drets i els interessos dels particulars.

En l'àmbit dels drets fonamentals, el principi de proporcionalitat en sentit ampli també es coneix com a *prohibició d'excés* i fa referència no només al principi penal de proporcionalitat entre la gravetat del delictes i la gravetat de la pena, sinó a un principi més general de rang constitucional que ha de limitar tota actuació estatal que afecti algun dret fonamental⁹⁴⁶. Des del prisma que ara analitzem, el principi de proporcionalitat es desplega en sentit contrari, això és com a *prohibició de defecte*. Aquesta prohibició ha estat desenvolupada per la doctrina científica alemanya per controlar la insuficiència normativa per protegir els drets fonamentals⁹⁴⁷. Per tant, en matèria de drets fonamentals, l'Estat es troba entre una prohibició d'excés i una prohibició de defecte; prohibicions que, tal com s'ha destacat, constitueixen les dues cares de la mateixa moneda: el manament de proporcionalitat⁹⁴⁸.

Cal tenir present que el principi de proporcionalitat no està expressament reconegut a la CE. Malgrat això, el TC en les seves primeres sentències va establir que es trobava implícit en la proclamació de l'art. 1.1 CE de l'Estat social i democràtic de dret que propugna la *justícia* com un dels valors superiors del seu ordenament jurídic; en el reconeixement que l'art. 10 CE efectua de la *dignitat humana*, i en el principi de *culpabilitat* (així, per exemple, STC 65/1986, de 22 de maig, Sala Segona, Rec. 858/1983 i STC 150/1991, de 4 de juliol, Ple, Rec. 1407/1989). Com destaca MIR PUIG, el principi de proporcionalitat no constitueix un cànon de constitucionalitat independent, sinó un

fundamentales vinculante para el legislador, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 40.

⁹⁴⁵ HASSEMER, W., El principio de proporcionalidad como límite a las intervenciones jurídico-penales. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), p. 193.

⁹⁴⁶ MIR PUIG, S., El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. A CARBONELL MATEU, J. C. (director), GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (director), ORTS BERENGUER, E. (director), CUERDA ARNAU, M. L. (coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* Tomo II, València, Tirant lo Blanc, 2009, p. 1358.

⁹⁴⁷ GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva... op. cit., p. 277–320.

⁹⁴⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 363.

critèri d'interpretació i així ho ha declarat el propi TC (STC 55/1996, de 28 de març, Ple, Rec. 961/1994). I és justament la consideració de la proporcionalitat com a criteri interpretatiu d'una possible vulneració dels drets fonamentals el que permet utilitzar-lo per a la revisió constitucional per infracció dels preceptes que preveuen aquests drets⁹⁴⁹.

D'altra banda, alguns autors creuen que tant la prohibició d'excés de restricció dels drets fonamentals com la prohibició de defecte de protecció es poden d'integrar en la interdicció d'arbitrarietat de les decisions legislatives previstes en l'art. 9.3 CE. En opinió de GAVARA DE CARA, aquesta integració a l'art. 9.3 CE té com a conseqüència que el seu contingut i els controls materials formen part dels paràmetres de control de constitucionalitat sense necessitat d'articular un procediment específic⁹⁵⁰.

Projectada sobre el Dret penal, la prohibició d'excés –en termes generals- es correspon amb la formulació del principi de subsidiarietat de JAKOBS, en virtut del qual només està permesa la intervenció penal si l'efecte perseguit no es pot aconseguir amb altres mesures menys lesives⁹⁵¹. En canvi, el que imposa la prohibició de defecte és una reformulació d'aquesta autorització com a manament: si l'efecte no es pot aconseguir mitjançant altres mesures menys lesives, la intervenció penal no només està permesa, sinó que és obligatòria⁹⁵². Aquesta fonamentació del que s'ha anomenat *prohibició d'infraprotecció* dels drets fonamentals, com hem vist, es deriva de l'obligació de l'Estat d'assegurar la seva vigència efectiva.

Com destaca STAECHLIN, el fet que la prohibició d'infraprotecció es centri en l'*efectivitat* provoca una inclinació pel Dret penal, ja que, d'entre totes les formes de reacció que l'Estat té a la seva disposició, la reacció penal és la més contundent i, per això, gaudeix per anticipat de confiança en ser la més efectiva (amb el perill de convertir-

⁹⁴⁹ MIR PUIG, S., El principio de proporcionalidad como fundamento... op. cit., p. 1374.

⁹⁵⁰ GAVARA DE CARA, J. C., «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, p. 114.

⁹⁵¹ El principi de subsidiarietat és, segons la formulació de JAKOBS, «la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, según el cual no es lícita una intervención punitiva, cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves». JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch* (2ª edició revisada y ampliada), Berlin, Nova York, Walter de Gruyter, 1991, p. 49.

Sobre aquesta concepció del principi de proporcionalitat PRITTWITZ C., El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. A DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 439.

⁹⁵² MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección... op. cit., p. 247.

se en l'única ratio)⁹⁵³. Aquesta presumpció però, és només *prima facie* i pot ser desvirtuada mitjançant els processos de ponderació. Així ho ha establert expressament el TEDH, per a qui l'abast (*prima facie*) de les obligacions positives -i dels corresponents deures de protecció, en el nostre cas de protecció penal- s'ha de reduir fins arribar a un «equilibri just» entre tots els drets i interessos en joc⁹⁵⁴.

Com és sabut, el judici de proporcionalitat, com a prohibició d'excés, ha estat especialment desenvolupat per la doctrina constitucional i pel Tribunal Constitucional alemany incloent en ell tres subprincipis: (i) el d'*idoneïtat* de la intervenció estatal per aconseguir la finalitat que es proposa⁹⁵⁵; (ii) el de *necessitat* de la intervenció per la finalitat: que no hi hagi una mesura alternativa menys gravosa per aconseguir-la⁹⁵⁶, i (iii) el de *proporcionalitat en sentit estricte* entre el cost de la intervenció en termes d'afectació dels drets i el benefici representat per la finalitat a obtenir, imposant que, en

⁹⁵³ En opinió de STAECHELIN aquesta presumpció a favor del Dret penal resulta difícil de qüestionar en el cas concret, sent gairebé impossible pel fet que l'efecte de la pena -la prevenció general positiva- es declara no empíricament contrastable. Per a aquest autor, la prohibició d'infraprotecció és conseqüència d'un enfocament centrat en el pensament de la seguretat, que provoca una profunda desconfiança vers el caràcter concloent de la intervenció del legislador en compliment del deure de protecció.

STAECHELIN conclou que la figura de la prohibició d'infraprotecció desenvolupada en el context del pensament de la seguretat impulsa l'adopció de mesures jurídico-penals i escurça o relativitza els processos de ponderació al intentar prejutjar-los.

STAECHELIN, G., ¿Es compatible la "prohibición de infraprotección"... op. cit., p. 297.

⁹⁵⁴ Entre d'altres, assumpte *Rees contra la Gran Bretanya* (STEDH de 17 d'octubre de 1986, §§ 37 i 42), assumpte *Gaskin contra la Gran Bretanya* (STEDH de 7 de juliol de 1989, §§ 42, 48-49), i assumpte *Powell y Rayner contra la Gran Bretanya* (STEDH de 21 de febrer 1990, §§ 41 i 45).

⁹⁵⁵ Aquest principi respon a les següents regles d'examen:

- Quan el mitjà establert pot fomentar la finalitat legítima, s'ha de procedir a examinar la necessitat i la proporcionalitat en sentit estricte.
- Quan el mitjà establert no pot fomentar la finalitat legítima, la mesura és desproporcionada en sentit ampli.

CLÉRICO, L., Sobre la prohibición por acción... op. cit., p. 173.

⁹⁵⁶ Aquest principi respon a les següents regles d'examen:

- Si hi ha mitjans alternatius, i la seva implementació pot fomentar la finalitat, i si cada un d'aquests mitjans (o algun d'ells o com a mínim un) poden fer-ho igual o de forma semblant al mitjà establert, i si la implementació dels mitjans alternatius restringeix en menor mesura els principis iusfonamentals o altres constitucionals, que a través del mitjà establert.
- Si hi ha mitjans alternatius, i la seva implementació pot fomentar la finalitat, i si cada un d'aquests mitjans (o algun d'ells o com a mínim un) poden fer-ho igual o de forma semblant al mitjà establert, i si la implementació dels mitjans alternatius restringeix igual o en major mesura els principis iusfonamentals o altres constitucionals, que a través del mitjà establert, la mesura estatal queda com la menys lesiva. En conseqüència, s'ha de realitzar l'examen de proporcionalitat en sentit estricte.

Ibíd., p. 185.

cap cas, la intervenció pública comporti un sacrifici excessiu del dret o l'interès sobre el qual es produeix⁹⁵⁷.

Aquests tres subprincipis s'apliquen també en el judici de proporcionalitat com a prohibició de defecte o infraprotecció. Ara bé, la translació del principi de proporcionalitat de la prohibició d'excés a la prohibició de defecte no pot ser automàtica, sinó que necessita adaptacions⁹⁵⁸. I especialment, per establir el deure de punició, ja que la fonamentació de la pena ha de ser sempre més exigent que la legitimació de la fonamentació de la impunitat⁹⁵⁹. Deixant al marge les diferències en les regles del judici de proporcionalitat, podem afirmar -com ho fa DOMÉNECH PASCUAL- que està justificat desprotegir (penalment) un bé fonamental només si aquesta desprotecció supera el test de proporcionalitat següent: (i) si és *útil* per satisfer un altre dret o bé constitucionalment legítim; (ii) *necessari*, de manera que triï, d'entre les mesures igualment útils, aquella que desprotegeixi menys el corresponent bé fonamental, i (iii) *proporcional en sentit estricte*, de manera que els beneficis de la desprotecció superin els seus costos⁹⁶⁰.

Pel que interessa al nostre estudi, en la prohibició d'infraprotecció cobra especial importància el judici de necessitat, el qual pot conduir a la imposició d'una prestació punitiva penal com a mitjà de compliment d'un deure de protecció en funció de la major o menor idoneïtat dels possibles mitjans alternatius per complir aquest deure de protecció⁹⁶¹⁻⁹⁶², d'entre els quals es troba el Dret administratiu sancionador. En concret, en la prohibició d'infraprotecció el mitjà alternatiu (en el nostre cas, el Dret administratiu sancionador) s'examina en dues fases. En la primera fase, el mitjà alternatiu ha de ser *més*

⁹⁵⁷ Aquest principi respon a les següents regles d'examen:

- Quan el pes dels arguments a favor de la importància de la finalitat estatal legítima (que pretén justificar la intensitat de la restricció iusfonamental) sobrepassa el pes dels arguments que parlen a favor d'evitar la intensitat de la restricció iusfonamental, la mesura estatal és proporcional en sentit ampli.
- Quan el pes dels arguments a favor de la importància de la finalitat estatal legítima (que pretén justificar la intensitat de la restricció iusfonamental) no sobrepassa el pes dels arguments que parlen a favor d'evitar la intensitat de la restricció iusfonamental, la mesura estatal no és proporcional en sentit ampli.

Ibíd., p. 192.

⁹⁵⁸ Una anàlisi sobre les diferències en l'aplicació del principi de proporcionalitat en la prohibició d'excés i la prohibició de defecte o d'omissió la trobem a Ibíd., pp. 169-191.

⁹⁵⁹ MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección... op. cit., p. 257.

⁹⁶⁰ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección... op. cit., p. 362.

⁹⁶¹ MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección... op. cit., p. 251.

⁹⁶² Cal tenir present l'advertència de KAYBER, per a qui, en ser objectivament difícil la demostració dels camins alternatius i, a més, en tenir que mantenir-se la tasca del Dret penal com a intermediari de les valoracions, resulta inequívoc que la missió de l' *ultima ratio* en aquest context comporta que «en caso de duda, el Derecho penal». KAYBER, M., Sobre el potencial incriminador... op. cit., pp. 149-136.

idoni que el mitjà atacat (en contraposició amb la prohibició d'excés que exigeix que sigui *igual d'idoni*) i, com a mínim, *suficient* per aconseguir un foment eficaç de la finalitat de protecció. En la segona fase, s'ha d'examinar la menor lesivitat del mitjà alternatiu⁹⁶³.

Cal destacar que aquest judici s'haurà de realitzar cas per cas, ja que, tal com es desprèn de l'anàlisi jurisprudencial realitzada, les circumstàncies concretes de cada un dels casos condicionen el resultat. De manera que no es podrà configurar un marc general en què es determini en abstracte en quins supòsits s'ha d'optar pel Dret penal o pel Dret administratiu sancionador (o per mesures no punitives). En aquesta valoració casuística la llibertat del legislador segueix sent molt àmplia i, només en determinats casos - anomenats pel TC i pel TCFA «casos extrems»⁹⁶⁴-, el judici de necessitat portarà a concloure que la protecció ordenada no pot aconseguir-se de cap altra manera que recorrent al Dret penal⁹⁶⁵. En conseqüència, en la resta de supòsits el legislador podrà optar per la protecció penal o per la protecció administrativa sancionadora. En coherència amb aquesta extensa llibertat, determinats autors han constatat que, a la pràctica, el control dels Tribunals Constitucionals espanyol i alemany sobre les decisions del legislador mitjançant el principi de proporcionalitat ha estat molt baix⁹⁶⁶. Amb tot, de nou, en aquests casos extrems, ens trobem en un àmbit (tot i que molt reduït) on el legislador haurà d'acudir necessàriament al Dret penal.

4.- ELS DEURES SUPRAESTATALS DE PUNICIÓ PENAL

Els deures supraestatals de punició són imposicions als Estats de tipificar penalment determinades conductes provinents de normes supraestatals; principalment, de convenis i tractats internacionals (Dret internacional en matèria de drets humans) i de normes del dret originari o del dret derivat (Dret penal europeu). Com ha destacat una part de la doctrina científica, l'assumpció per part d'un Estat d'aquests manaments de punició en el seu ordenament jurídic comporta la pèrdua de la prerrogativa de selecció del mitjà de protecció dels drets fonamentals i dels béns jurídics, ja que l'existència d'un manament explícit de punició implica una resposta afirmativa de la qüestió polític-criminal del

⁹⁶³ CLÉRICO, L., Sobre la prohibición por acción... op. cit., p. 188.

⁹⁶⁴ STC 116/1999 (FJ 16) i BVerfGE 39, 1.

⁹⁶⁵ En paraules de PRITTWITZ, el principi de proporcionalitat provoca que el Dret penal sigui «el medio extremo en el caso extremo». PRITTWITZ C., El derecho penal alemán... op. cit., p. 439.

⁹⁶⁶ Aquesta constatació en relació a Alemanya la trobem a TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal... op. cit., pp. 145-174.

I en relació amb l'Estat espanyol a LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Restrictivo o deferente?... op. cit.

mereixement d'una pena⁹⁶⁷ (de la mateixa manera que en les obligacions constitucionals de punició, veure *supra* apartat 2.3 del present Capítol).

Abans de procedir a l'anàlisi dels diferents deures de punició que hem anomenat supraestats, cal advertir que, com es desprèn del que s'ha explicat, en aquest apartat s'han inclòs deures derivats d'ordenaments supranacionals en sentit estricte (Dret de la UE) i deures derivats d'ordenaments internacionals (Dret internacional en el sentit clàssic). Cal tenir present, per tant, les diferències entre ambdós ordenaments. Així, la *supranacionalitat* en sentit estricte emmarca les organitzacions d'*integració*, les quals es diferencien de les organitzacions de *cooperació* pròpies la *internacionalitat*. Aquestes darreres organitzacions es caracteritzen principalment perquè els Estats que les conformen no veuen alterades les seves competències, ja que les organitzacions internacionals es mantenen dins de la pròpia esfera d'acció i s'organitzen interessadament per contribuir a l'acompliment de determinades finalitats. En canvi, el procés d'*integració* que s'ha desenvolupat a Europa s'ha dotat d'organismes autònoms amb poders propis i comporta per als Estats una limitació dels seus actes de sobirania⁹⁶⁸. En conseqüència, els deures de punició penal derivats d'ambdós ordenaments responen a realitats jurídiques no equiparables, especialment per les formes de producció jurídica i conseqüències jurídiques. Malgrat aquestes diferències, ambdós ordenaments estableixen límits clars a la llibertat del legislador estatal d'optar entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador.

4.1.- Les obligacions de punició derivades del Dret internacional en matèria de drets humans

La protecció internacional dels drets humans es realitzada a través de *tres branques* de l'ordenament internacional amb molts punts de contacte: el Dret internacional dels drets humans, el Dret internacional humanitari i el Dret penal internacional. Als efectes del nostre estudi, totes tres poden compenir a l'establiment de tipificacions penals en els ordenaments nacionals. Abans d'analitzar aquestes obligacions establirem, succintament, l'àmbit de cada un d'aquests sectors o branques del Dret internacional.

⁹⁶⁷ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «Derechos fundamentales... op. cit., p. 61.

⁹⁶⁸ Sobre les diferències entre supranacionalitat i internacionalitat, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2001, p. 25.

El Dret internacional dels drets humans està format per normes internacionals, convencionals i consuetudinàries (completades per la jurisprudència dels tribunals dels drets humans i altres òrgans encarregats de la seva protecció, com a mitjà auxiliar per la concreció de les normes), que comparteixen l'objectiu comú de garantir i consolidar la protecció dels drets humans, prevenint i sancionant la seva vulneració⁹⁶⁹.

El Dret internacional humanitari està format per un conjunt de normes internacionals, convencionals i consuetudinàries, que regulen les regles de conducta dels bel·ligerants en cas de conflicte armat i mentre durin les hostilitats (Dret de La Haia o Dret de la guerra en sentit estricte) i també aquelles altres regles que estan orientades específicament a protegir les víctimes d'una acció hostil -ferits, malalts, naufrags, presoners de guerra, persones detingudes en poder de l'adversari i persones civils- i, per extensió, els béns culturals, els béns indispensables per a la supervivència de la població civil i el medi ambient natural (Dret de Ginebra o Dret humanitari en sentit estricte). Aquesta branca del Dret internacional està integrada per principis intransgredibles, aplicables en totes les circumstàncies, i que limiten l'ús de la força, sense afectar l'estatut jurídic de les parts en conflicte⁹⁷⁰.

D'acord amb l'exposat, es pot afirmar que el Dret internacional dels drets humans i el Dret internacional humanitari comparteixen les fonts normatives i l'objectiu genèric de protecció de les persones però difereixen en el fet que ho fan en situacions diferents: el Dret internacional dels drets humans s'aplica en períodes de pau i el Dret internacional humanitari ho fa en temps de conflicte armat, ja sigui internacional o no⁹⁷¹. Cal destacar que ambdós sectors de l'ordenament internacional tenen caràcter complementari, en el sentit que l'aplicació de les normes de protecció dels drets humans en cap cas queda exclosa en cas de conflicte armat pel fet de ser d'aplicació simultàniament a les normes de Dret internacional humanitari⁹⁷².

⁹⁶⁹ GIL GIL, A, i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional* (2^a edició), Madrid, Dylinson, 2019, p. 43.

⁹⁷⁰ RODRÍGUEZ-VILLASANIE Y PRIETO, J. L., i LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coordinadors), *Derecho internacional humanitario* (3^a edició), València, Tirant lo Blanch, 2017, p. 13, 31 i 57.

⁹⁷¹ CASANOVAS Y LA ROSA, O., El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales. A: CARDONA LLORENS, J. (editor) i AZNAR GÓMEZ, M. (coordinador), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, València, Tirant lo Blanch, 2012, p. 345.

⁹⁷² Així ho ha establert expressament el Tribunal Internacional de Justícia en l'opinió Consultiva «sobre les conseqüències jurídiques de la construcció d'un mur en el territori palestí ocupat», de 9 de juliol de 2004. *Ibíd.*, p. 353.

Al seu torn, el Dret penal internacional és la branca del Dret internacional que afirma i regula la responsabilitat penal individual per crims internacionals (també anomenats crims contra el Dret internacional⁹⁷³). Com es desprèn del propi nom, aquesta branca jurídica es caracteritza per una «doble ànima»; així doncs, participa tant del Dret penal com del Dret internacional i combina trets i elements de cada un d'aquests sectors de l'ordenament⁹⁷⁴. En aquest sentit, d'una banda, és Dret internacional per les normes de referència (que inclouen els tractats i el costum internacional), pel seu objecte (crims internacionals) i per la possibilitat que la responsabilitat penal individual es declari per un tribunal internacional. De l'altra, és materialment Dret penal, ja que determina la responsabilitat individual per la comissió de determinats crims i permet imposar la conseqüència jurídica penal corresponent. De la mateixa manera que el Dret penal intern, el Dret penal internacional té la funció de protegir els béns jurídics fonamentals de l'individu i de la comunitat en front de les formes més greus d'agressió⁹⁷⁵.

L'abast del concepte de crim internacional no és pacífic ni tampoc ho són els criteris per definir-lo⁹⁷⁶. Seguint a WERLE, per tal que una conducta s'inclogui com un delict del Dret penal internacional, ha de complir tres condicions: (i) ha de comportar responsabilitat individual i estar subjecte a càstig, (ii) la disposició que descriu la

⁹⁷³ Denominació utilitzada per WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 83.

⁹⁷⁴ Aquest doble vessant ha provocat diversitat d'opinions tant en el seu contingut com en el propi nom de la disciplina.

Per exemple, partint d'aquesta dualitat, ANDRÉS DOMÍNGUEZ ha definit el Dret penal internacional com aquell conjunt de disposicions que regulen tant l'aplicació en l'espai de la Llei penal interna com les normes dirigides a protegir interessos fonamentals de la comunitat internacional. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Derecho penal internacional*, València, Tirant lo Blanch, 2006, p. 65.

Pel que fa a la denominació, alguns autors distingeixen entre el Dret penal internacional i el Dret internacional penal. Segons aquests autors, d'una banda, el Dret penal internacional designa les normes de dret intern dirigides a resoldre els conflictes que deriven de l'aplicació de la llei penal en l'espai, mitjançant institucions com l'extradició i l'asil. És a dir, amb l'expressió Dret penal internacional es fa referència als aspectes internacionals de el Dret penal intern, fruit dels esforços dels Estats per aconseguir una cooperació internacional amb vista a l'assoliment de l'efectiva aplicació del Dret penal internacional. De l'altra, el Dret internacional penal designa les normes no emanades del poder legislatiu de l'Estat sinó acceptades per aquest i aplicables a diferents Estats. En concret, el Dret internacional penal fa referència a una sèrie de disposicions internacionals establertes per via consuetudinària o acordada que incriminen certes conductes. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Derecho penal internacional...* op. cit., p. 65.

Sobre la distinció entre el Dret penal internacional i el Dret internacional penal, MEJÍA AZUERO, J. C. «Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal» *Prolegómenos. Derechos y Valores*, núm. 22, 2008, p. 181-217.

En la nostra exposició, s'utilitza l'expressió Dret penal internacional amb un significat estricte, seguint la postura sustentada, entre d'altres, per AMBOS, GIL GIL, WERLE i JESSBERGER.

⁹⁷⁵ GIL GIL, A, i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional...* op. cit., pp. 39 i 41.

⁹⁷⁶ Les diverses postures adoptades pels estudiosos de la matèria les trobem exposades a *Ibíd.*, pp. 45 a 48.

conducta punible ha de formar part del Dret internacional i (iii) la conducta ha de ser punible de conformitat al Dret internacional, independentment de si és punible o no en el Dret intern dels Estats. Per tant, des d'aquesta perspectiva -que podem anomenar estrictament crims internacionals tots els que comporten responsabilitat individual directa a partir del Dret internacional⁹⁷⁷. Els delictes que s'inclouen en aquesta categoria són els anomenats «crims fonamentals». Això és, els crims de transcendència més greu per a la comunitat internacional per afectar directament els seus valors: el crim de genocidi, els crims de lesa humanitat, el crim de guerra i els crims d'agressió⁹⁷⁸, que es corresponen a les quatre categories delictives contemplades a l'Estatut de Roma del Tribunal Penal Internacional, de 17 de juliol de 1998⁹⁷⁹.

Els crims internacionals es distingeixen d'altres delictes de transcendència internacional anomenats delictes transnacionals o delictes basats en tractats (*treaty-based crimes*). Aquests darrers són objecte de regulació mitjançant instruments internacionals que pretenen l'harmonització de les legislacions internes i la cooperació interestatal en la seva lluita per tal d'aconseguir una major efectivitat (busquen la coordinació, a nivell internacional, de les persecucions domèstiques). En base a aquest objectiu, els tractats que els preveuen no estableixen la responsabilitat penal individual sinó que obliguen els Estats a declarar delictives certes conductes; és a dir, imposen als Estats una obligació de criminalització i persecució⁹⁸⁰. De l'anterior es desprèn que la diferència amb els crims internacionals radica en què la comissió de delictes transnacionals produeix responsabilitat penal individual en els ordenaments estatals però no en l'esfera internacional⁹⁸¹. Es consideren delictes transnacional certes formes de tràfic d'estupefaents, el segrest d'aeronaus, la pirateria o la tortura (en els casos en què no sigui considerada crim de lesa humanitat o crim de guerra)⁹⁸². En aquestes matèries, les

⁹⁷⁷ WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 84 a 87. En un sentit semblant, per GIL GIL la diferència amb el Dret penal intern radica en que (i) els béns jurídics protegits pel Dret penal internacional pertanyen a l'ordre internacional; és a dir, són béns d'interès per a la comunitat internacional, i (ii) de la seva aplicació, a més dels tribunals interns, també se n'ocupen els tribunals penals internacionals. Cal tenir present, que el Dret penal internacional pot protegir directament aquells béns jurídics que són propis de l'àmbit internacional, però, quan un bé jurídic forma part també de l'ordre estatal -com és el cas dels béns jurídics individuals fonamentals com la vida o la llibertat-, el Dret penal internacional només podrà intervenir si, per la manera o el context del seu atac, el fet ha assolit les característiques d'un crim internacional. GIL GIL, A. i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional...* op. cit., p. 39 i 41.

⁹⁷⁸ WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 85.

⁹⁷⁹ Publicat al BOE núm. 126, de 27 de maig de 2002, p. 18.824-18.860.

⁹⁸⁰ GIL GIL, A. i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional...* op. cit., p. 49.

⁹⁸¹ WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 108.

⁹⁸² En el mateix sentit (tot i que parteix d'una concepció més àmplia), per Kreß el Dret penal internacional es pot reconduir a quatre categories: (i) Dret penal internacional com a dret que regula la jurisdicció penal obligatòria dels Estats; (ii) Dret penal internacional com a dret de la

especials característiques del delictes, especialment la seva comissió transfronterera, fa necessari que els Estats cooperin per a la seva efectiva persecució, però a diferència dels crims internacionals no ataquen els interessos de la comunitat internacional en el seu conjunt⁹⁸³. Malgrat que no analitzarem aquests delictes transnacionals per depassar l'objecte del present apartat, volem destacar que l'assumpció voluntària per un Estat del conveni o el tractat internacional que incorpora aquests manaments de punició i la seva necessària transposició en normes estatals els atorga un alt grau de legitimitat democràtica.

Si analitzem les diferències, el Dret penal internacional es distingeix del Dret internacional dels drets humans i del Dret internacional humanitari en els destinataris, en el contingut i en l'abast. Pel que fa als destinataris, les normes del Dret internacional dels drets humans i del Dret internacional humanitari afirmen l'existència de determinats drets i prohibeixen la seva violació, però les obligacions de protecció, prevenció i sanció es dirigeixen directament als Estats, i a ells se'ls imposa la responsabilitat de caràcter internacional en cas d'incompliment d'aquestes obligacions (tal com s'ha determinat a l'estudiar les obligacions positives de protecció establertes pel TEDH). En canvi, el Dret penal internacional es dirigeix als individus i estableix la responsabilitat penal d'aquests, al marge de la possible responsabilitat estatal. Per tant, el destinatari del Dret penal internacional és cada persona natural individualment considerada, no l'Estat⁹⁸⁴. Pel que fa al contingut i l'abast, el Dret penal internacional té caràcter subsidiari i d'*ultima ratio*

cooperació internacional en matèria penal; (iii) Dret penal internacional com a Dret penal transnacional, i (iv) Dret penal internacional com a Dret penal internacional (supranacional) *stricto sensu*.

En opinió d'aquest autor, la delimitació entre els la tercera i la quarta categoria no és senzilla, i es basa en la distinció entre crims transnacionals basats en tractats internacionals i crims internacionals nuclears o "veritables". Així, per exemple, formarien part de la tercera categoria els crims continguts en les anomenades convencions per a la repressió, com ara la Convenció contra la Tortura (Convenció contra la Tortura i Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants, de 10 de desembre de 1984), el Conveni contra atacs terroristes amb bombes (Conveni internacional per a la Repressió Atemptats Terroristes Comesos amb Bombes, de 15 de desembre de 1997), o les convencions sobre estupefaents de l'ONU (Convenció Única sobre Estupefaents, de 30 de març de 1961, i Convenció de les Nacions Unides contra el Tràfic Il·lícit d'Estupefaents i Substàncies Psicotròpiques, de 20 de desembre de 1988). Mentre que serien propis de la quarta categoria els crims previstos als articles 5 a 8 de l'Estatut de Roma de la Cort Penal Internacional, de 17 de juliol de 1998 (crim de genocidi; crims de lesa humanitat; crims de guerra, i crims d'agressió). KREB, C., International Criminal Law. A WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, paràgraf 1-14. Cita extreta de AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del "ius puniendi" en derecho penal internacional una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 68, 2013, p. 8.

⁹⁸³ WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 109.

⁹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 103.

respecte dels altres dos drets, pel fet que es limita a intervenir en la protecció dels drets humans més fonamentals i, únicament, dels atacs més greus. Així el concepte de «greus violacions dels drets humans» -propi del Dret internacional dels drets humans- és més ampli que el de «crim internacional» -propi del Dret penal internacional- i no tota infracció al Dret internacional humanitari es converteix en un crim internacional⁹⁸⁵. Conseqüentment, el Dret penal internacional és també un instrument de protecció dels drets humans, sent aquests els que el legitimen i, alhora, en limiten la seva aplicació⁹⁸⁶.

En relació amb el que en aquest apartat analitzem –les restriccions a la llibertat del legislador estatal-, la forma en què el dret internacional -en les tres branques estudiades- s'ha relacionat amb el dret punitiu intern dels Estats va molt lligada amb l'evolució del Dret penal internacional i varia, especialment, a partir de l'aprovació l'Estatut del Tribunal Penal Internacional, que constitueix la primera codificació del Dret penal internacional i el subsegüent establiment d'aquest Tribunal, el qual va entrar en funcions el 2003, com el primer fòrum permanent de justícia penal internacional.

Seguint a BASSIOUNI, en la etapa anterior a l'ETPI, el Dret penal internacional *substantiu* es desenvolupa essencialment a través d'una sèrie d'àrees, cadascuna amb la seva pròpia evolució, que culmina finalment en l'aprovació d'un conveni multilateral definidor del delictes internacional en qüestió i que determina l'obligació de la seva sanció pels estats signataris. De forma similar, el Dret penal internacional *adjectiu* és el producte de convenis multilaterals mitjançant els quals s'han imposat certs deures i normes de cooperació internacional als estats signataris. De forma paral·lela, el Dret penal internacional, substantiu i adjectiu, és desenvolupat també a través de tractats bilaterals i del Dret penal intern dels estats els quals, d'aquesta manera, han prestat el seu suport per a l'acceptació del Dret penal internacional per la comunitat mundial⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ GIL GIL, A, i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional...* op. cit., p. 43 a 45. Sobre el caràcter subsidiari del Dret penal internacional es pot consultar WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 116 i següents.

⁹⁸⁶ La funció limitadora dels drets humans té efecte principalment en el disseny del procediment; ja que, sens dubte, fins i tot l'acusat d'un crim de dret internacional té dret a un procés penal just i que es correspongui amb les estàndards i principis dels drets humans. WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 119.

Els perills de perdre de vista aquesta funció limitadora dels drets fonamentals sobre el dret punitiu internacional han estat àmpliament descrits. Per tots, MUÑOZ CONDE, F., «¿Es el Derecho penal internacional un "Derecho penal del enemigo"?» *Revista penal*, núm. 21, 2008, p. 93-102.

⁹⁸⁷ BASSIOUNI, M. C., «El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 35, 1982, pp. 36-37.

En relació amb aquestes tipificacions internacionals destinades als Estats, cal tenir present que les conductes atemptatòries d'interessos internacionals de vital importància han estat definides i incriminades progressivament pel Dret internacional consuetudinari i, posteriorment, pels tractats (que les han desenvolupat a través d'un procés evolutiu de convenis successius)⁹⁸⁸. En paraules de BASSIOUNI, aquestes conductes es caracteritzen per constituir incriminacions de violacions dels drets humans suficientment greus com per sacsejar la consciència de la Humanitat o amenaçar la pau i la seguretat mundials⁹⁸⁹. En conseqüència, aquestes obligacions són una transferència del dret consuetudinari al dret internacional contingut en els tractats⁹⁹⁰.

Per tant, el camí seguit pel Dret penal internacional en aquesta etapa ha estat, primerament, definir un delictes contra el dret internacional a través de convenis multilaterals i, seguidament, delegar l'aplicació del conveni i la imposició de les sancions previstes per al delictes en el Dret penal intern dels Estats (que han pactat el seu sometiment a aquests convenis). Així, els Estats tenen el deure de perseguir aquests delictes d'acord amb a la seva legislació interna (exigint, en conseqüència, la incorporació d'aquests delictes a l'ordenament jurídic intern) o de concedir l'extradició dels seus autors a Estats diposats a perseguir-los⁹⁹¹.

Conseqüentment amb aquest esquema, tant en les normes de Dret internacional dels drets humans com en les de Dret internacional humanitari trobem manaments supraestatals de punició penal. Així, per exemple, en el Dret internacional dels drets humans trobem aquests manaments, entre d'altres, en el Conveni per a la prevenció i la sanció de delictes de genocidi, aprovat per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 9 de desembre de 1948⁹⁹², el qual en l'art. V estableix el deure de «*establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro*

⁹⁸⁸ Segons BASSIOUNI, el model seguit en la formulació de les normes internacionals tipificadoras ha estat generalment el següent: 1) la conducta en qüestió es considera delictiva per les legislacions nacionals; 2) mitjançant obres d'autors reconeguts i a partir de reunions internacionals, comença a sorgir la consciència de la necessitat de la seva prohibició a nivell internacional; 3) s'elabora un projecte o un tractat, en una primera fase únicament per declarar la conducta atemptatòria o constitutiva d'una violació del Dret internacional; 4) a això se segueixen un o més convenis addicionals, cada un dels quals afegeix determinacions més específiques al precedent i, com a pas final, la declaració que el comportament en qüestió constitueix un delictes internacional sotmès al principi de competència universal en la seva persecució i, a aquests efectes, els Estats signataris es comprometen a tipificar la conducta en els seus Drets penals interns i, en conseqüència, a processar els seus autors o a concedir l'extradició. *Ibíd.*, p. 25.

⁹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 30.

⁹⁹⁰ WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ... op. cit.*, p. 109.

⁹⁹¹ BASSIOUNI, M. C., «El Derecho penal internacional... op. cit.», p. 7.

⁹⁹² Publicat al BOE núm. 34, de 8 de febrer de 1969, pp. 1944-1945.

de los actos enumerados en el artículo III» o en la Convenció suplementària sobre l'abolició de l'esclavitud, el tràfic d'esclaus i les institucions i pràctiques anàlogues a l'esclavitud, signada a Ginebra el 7 de setembre de 1956⁹⁹³, que en l'art. 3.1 preveu que «el acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto, *constituirá delito en la legislación de los Estados Partes* en la Convención, y las personas declaradas culpables de él serán castigadas con penas muy severas»⁹⁹⁴. En les normes de Dret internacional humanitari, un exemple de manaments de punició es troba en el Conveni de Ginebra per millorar la sort dels ferits i malalts de les forces armades en campanya, de 12 d'agost de 1949⁹⁹⁵, estableix a l'art. 49 que «las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para *fijar las adecuadas sanciones penales* que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente»⁹⁹⁶.

Les dificultats i insuficiències inherents a aquest model⁹⁹⁷, especialment el fet que només exigeix els Estats a actuar de conformitat amb les obligacions assumides en els tractats i la manca d'una autoritat superior que assegurí el compliment de tals obligacions, es van manifestar insostenibles després de la II Guerra Mundial, moment en el qual es precipita un canvi de model⁹⁹⁸. La culminació d'aquest nou model de Dret penal internacional va ser l'aprovació de l'ETPI i l'entrada en funcionament del TPI.

A diferència del que s'ha explicat fins ara, en l'Estatut de Roma, no s'estableixen veritables obligacions supraestatals de punició als Estats⁹⁹⁹, si bé el seu Preàmbul afirma

⁹⁹³ Publicat al BOE núm. 311, de 29 de desembre de 1967, pp. 17.951-17.953.

⁹⁹⁴ Més detall sobre aquests de deures de punició els trobem a BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «Derechos fundamentales... op. cit., p. 60, nota al peu 3.

⁹⁹⁵ Publicat al BOE núm. 236, de 23 d'agost de 1952, pp. 3822-3830

⁹⁹⁶ Seguint a RODRÍGUEZ-VILLASANIE Y PRIETO, en l'àmbit del Dret penal humanitari, els delictes contra les lleis i costums de la guerra constitueixen el contingut tradicional dels Codis de Justícia militar, Lleis Penals Militars o capítols especials dels Codis penals ordinaris. En el cas de l'Estat espanyol, en trobem un exemple al Títol XXIV «Delictes contra la Comunitat Internacional», Capítol III «Dels delictes contra les persones i béns protegits en cas de conflicte armat», arts. 608-614 bis CP. RODRÍGUEZ-VILLASANIE Y PRIETO, J. L., i LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coordinadors), *Derecho internacional humanitario...* op. cit., pp. 13, 31 i 57.

⁹⁹⁷ Una anàlisi detallada d'aquestes insuficiències la trobem a BASSIOUNI, M. C., «El Derecho penal internacional... op. cit., pp. 37 i següents.

⁹⁹⁸ Aquest canvi s'inicia amb l'anomenat Dret de Nuremberg, que té com a font l'Estatut del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, aplicat per aquest Tribunal i confirmat per l'Assemblea General de Nacions Unides. Sobre aquest Dret i l'evolució posterior, WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ... op. cit., p. 37 i següents.*

⁹⁹⁹ GIL GIL ha detallat que l'única obligació d'oferir protecció penal expressa als Estats establerta a aquest Estatut és la de l'art. 69.4 a) en relació amb els delictes contra l'Administració de la justícia per part del TPI. En concret, estableix que «qualsevol Estat part fa extensives les seves

que «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia». De manera que, tot i no contenir obligacions de punició, aquest Estatut pot provocar l'activitat punitiva dels Estats, per tal d'adequar el marc normatiu intern a les categories delictives de l'Estatut. Tal com destaca MACULAN¹⁰⁰⁰, els Estats tenen interès en realitzar aquesta adequació per tal d'evitar que el TPI els sostregui la competència en base al principi de complementarietat (reconegut en el Preàmbul i a l'art. 1 de l'Estatut de Roma)¹⁰⁰¹. En particular, aquest principi estableix que el TPI té caràcter complementari de les jurisdiccions penals nacionals, la qual cosa significa que els tribunals nacionals tenen una responsabilitat primària d'investigació i persecució de la possible comissió de crims internacionals, mentre que el TPI està legitimat a exercir la seva competència en via subsidiària i (en principi) excepcional, si els Estats competents no actuen o ho fan sense complir determinades condicions. Tanmateix, un cop s'admet un assumpte en el TPI, aquesta és la jurisdicció que preval¹⁰⁰². Des d'aquesta perspectiva, el principi de subsidiarietat ha estat vist com un mecanisme per responsabilitzar els Estats respecte dels deures de protecció i garantia dels drets fonamentals dels seus ciutadans i de reaccionar davant de les seves violacions, en legitimar la intervenció de la comunitat internacional únicament en els supòsits en què l'Estat no compleixi amb els deures contrets¹⁰⁰³.

Així, l'existència d'un marc jurídic internacional que protegeix certs valors comuns, en particular, els drets humans fonamentals, suposa una limitació a la sobirania estatal clàssica, en tant que els Estats ja no poden al·legar un *domaine réservé* si no protegeixen -o si violen activament- els drets humans fonamentals. En altres paraules, la

lleis penals que castiguen els delictes contra la integritat del seu propi procediment d'investigació o enjudiciament dels delictes contra l'Administració de justícia a què fa referència aquest article i que siguin comesos en el seu territori o per un dels seus nacionals». Com veurem més endavant, aquesta obligació s'emmarca en l'anomenat principi d'assimilació (veure *infra* apartat 4.2.2).

GIL GIL, A, i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional...* op. cit., pp. 43 a 45.

¹⁰⁰⁰ *Ibíd.*, pp. 43 a 45.

¹⁰⁰¹ Com a mostra l'adequació del dret intern a les categories delictives del Dret penal internacional, en el CP de l'Estat espanyol es troben expressament tipificats els delictes de genocidi (art. 607) i de lesa humanitat (art. 607 bis).

¹⁰⁰² GIL GIL, A, i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional* (2^a edició), Madrid, Dylinson, 2019, p. 43 a 45; WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., p. 89.

¹⁰⁰³ GIL GIL, A, i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional* (2^a edició), Madrid, Dylinson, 2019, p. 43 a 45; Sobre el caràcter subsidiari del Dret penal internacional es pot consultar WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ...* op. cit., 2017, p. 90.

legitimitat de l'exercici del poder estatal es fonamenta en el respecte als drets humans fonamentals¹⁰⁰⁴.

Al que s'acaba de referir, s'ha d'afegir tot el que s'ha estudiat a l'apartat anterior on s'ha palesat l'obligació dels Estats de sancionar penalment les greus violacions dels drets humans fonamentals; obligació que es deriva del deure dels Estats de protegir i garantir efectivament aquests drets i que ha estat reconeguda per la jurisprudència dels tribunals nacionals i dels tribunals internacionals regionals de tutela dels drets humans - TEDH i TIDH. Des d'aquesta perspectiva, el sorgiment dels manaments supraestats de punició en el Dret internacional ha estat descrit per BASCUÑÁN RODRÍGUEZ com l'expressió institucional i formal de la concreció del contingut normatiu possible dels deures de protecció. Per a aquest autor, la segona forma d'inversió del paradigma clàssic de les relacions del dret punitiu amb els drets fonamentals és la consolidació en el dret internacional de manaments imperatius de punició, basats en la consideració de la intangibilitat dels drets fonamentals com a finalitat de la protecció¹⁰⁰⁵.

Per tant, el Dret internacional no només reconeix a la comunitat internacional i als Estats la competència per castigar universalment els crims comesos contra seu, sinó que també obliga a fer-ho en determinades circumstàncies, bé mitjançant l'establiment jurisprudencial d'obligacions positives bé a través de manaments supraestats de punició penal establerts en el dret internacional convencional (Dret internacional dels drets humans o Dret internacional humanitari) o bé sostraint la competència de l'Estat incomplidor en base al principi de complementarietat. De manera que la llibertat del legislador estatal en relació amb les conductes constitutives d'aquests crims internacionals queda francament limitada, ja que, tal com afirma WERLE, en el conflicte entre sobirania estatal i protecció dels drets humans, el Dret penal internacional intervé a favor de la Humanitat¹⁰⁰⁶.

4.2.- El dret de la Unió Europea i l'obligació de sancionar penalment determinats comportaments

En l'àmbit de la UE l'establiment d'obligacions de sancionar penalment determinats comportaments ha anat molt lligada a la pròpia evolució de la construcció de

¹⁰⁰⁴ AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano?... op. cit., p. 32.

¹⁰⁰⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. «Derechos fundamentales... op. cit., p. 49.

¹⁰⁰⁶ WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho ... op. cit., p. 117.*

la UE i de forma paral·lela al debat sobre les competències penals comunitàries, tant pel que fa a l'assumpció estatal d'aquestes obligacions com a l'acceptació doctrinal del seu l'establiment i abast. En aquest sentit, com és sabut, la UE constitueix un ens polític de segon grau, no sobirà, on regeix el principi de competències d'atribució (art. 5 TUE)¹⁰⁰⁷, la qual cosa significa que la UE no està facultada per intervenir en matèries en les quals no tingui una habilitació prèvia atorgada a l'efecte pels Estats membres¹⁰⁰⁸. I, com destaca la doctrina, la competència penal en sentit estricte no ha estat transferida a la UE¹⁰⁰⁹.

Malgrat això, la normativa de la UE pot produir efectes sobre el Dret penal dels Estats membres des d'un doble vessant: negatiu i positiu¹⁰¹⁰. L'efecte negatiu es produeix quan una norma de dret intern d'un Estat membre, que resulta incompatible amb el dret comunitari, queda desplaçada en virtut de la primacia del dret de la UE. Des d'aquest vessant, el dret de la UE pot limitar l'esfera d'aplicació de les lleis penals nacionals¹⁰¹¹; és a dir, les disposicions comunitàries poden obligar a despenalitzar determinades conductes (a tall d'exemple, podem acudir a la implementació de les polítiques de lliure circulació i el seu reflex sobre delictes com el contraban¹⁰¹²). L'efecte positiu engloba totes les mesures legislatives que els Estats membres adopten amb la finalitat de donar

¹⁰⁰⁷ Article 5 TUE apartats 1 i 2: «1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.» Versió consolidada 2016, publicada al DOUE núm. 59, de 7 de juny (2016/C 202/1).

¹⁰⁰⁸ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 171.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 172; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 247; BLANCO CORDERO, I., «El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 6, 2004, p. 1.

¹⁰¹⁰ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 148; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 349.

¹⁰¹¹ D'igual manera, el dret de la UE pot desplaçar l'aplicació de normes administratives sancionadores. Entre d'altres, STJUE, de 29 d'octubre de 2015, *Assumptes Nagy C-583/14*, en què es determina que els Estats membres no poden aplicar un tipus que resulti contrari al dret de la Unió.

¹⁰¹² La pròpia exposició de motius de la Llei Orgànica 12/1995, de 12 de desembre, de Repressió del Contraban, en explicar la necessitat de la reforma, estableix «en los últimos años la aduana española ha pasado por un período de cambio sin precedentes. La configuración de la Unión Europea como un mercado interior establecida en el Acta Unica Europea ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas éstas a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores. Esta nueva situación hace necesaria una modificación de la normativa referente a la circulación intracomunitaria de mercancías, que respondía a un modelo basado, precisamente, en la imposición y el control fronterizos, lo que aconseja, a su vez, a proceder a una adecuación de la legislación conducente a reprimir la introducción ilícita de mercancías en el territorio aduanero».

compliment al dret comunitari i als manaments provinents de les institucions europees. L'establiment d'aquestes mesures és una obligació dels Estats derivada de l'art. 4.3 TUE¹⁰¹³ i la seva inobservança pot ser denunciada al TJUE¹⁰¹⁴. Aquest vessant positiu és el més rellevant als efectes del nostre estudi, ja que el dret de la UE pot imposar una activitat punitiva als Estats membres, tant per dotar de protecció als nous béns jurídics sorgits arran de la integració comunitària (per exemple, la Hisenda Pública europea) com d'altres béns jurídics que no sent genuïnament europeus s'han vist afectats pel procés d'integració (per exemple, el medi ambient)¹⁰¹⁵. Aquestes imposicions punitives poden tenir el seu origen en resolucions adoptades pel TJUE o en mandats dels propis Tractats o de disposicions de Dret derivat. Positivament, es canalitzen principalment per mitjà de les tècniques d'assimilació (s'atorga als béns comunitaris la mateixa protecció que als béns jurídics estatals anàlegs) o d'harmonització (s'introdueix en els ordenaments jurídics dels Estats membres mesures d'aproximació legislativa per establir una protecció similar en tots els Estats)¹⁰¹⁶. En concret, els deures de sancionar penalment determinats comportaments formen part de la tècnica d'harmonització.

Per bé que no és objecte del present apartat -que només pretén determinar les possibles restriccions de la llibertat del legislador estatal-, convé subratllar l'enorme diferència que ha rebut el tractament doctrinal sobre la possibilitat d'atribuir potestats administratives sancionadores a la UE -i anteriorment a la CEE-, en comparació amb la possible atribució de competències penals¹⁰¹⁷. En concret, la potestat sancionadora comunitària ha estat reconeguda i acceptada sense grans dificultats, sobre la base de la necessitat de comptar amb mesures de reacció davant de les infraccions a les normes comunitàries, per tal que es puguin complir els objectius establerts per a la UE¹⁰¹⁸⁻¹⁰¹⁹.

¹⁰¹³ Article 4.3 TUE «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión». Versió consolidada 2016, publicada al DOUE núm. 59, de 7 de juny (2016/C 202/1).

¹⁰¹⁴ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 149.

¹⁰¹⁵ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 149.

¹⁰¹⁶ *Ibíd.*, p. 168.

¹⁰¹⁷ Per il·lustrar sobre aquestes diferències en el tractament doctrinal, podem acudir a l'anàlisi realitzada per BACIGALUPO, qui afirma: «Se ha sostenido que, en la medida en que el Consejo de la Comunidad carece de la legitimación democrática que impone el principio de reserva de ley, no puede disponer de competencias penales (...). Por el contrario, en principio, no se pone en duda que el derecho comunitario podría establecer sanciones administrativas.» BACIGALUPO, E., *Sanciones administrativas: derecho español y comunitario*, Madrid, Colex 1991, pp. 91 i 92.

¹⁰¹⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 128. En aquest mateix sentit, BACIGALUPO, E., *Sanciones administrativas...* op. cit., p. 93 i 94.

¹⁰¹⁹ En opinió de TIEDEMANN, les sancions administratives es presenten, especialment en la fase inicial de la regulació d'espais econòmics comuns, com el mitjà idoni per a la garantia de regles jurídic-econòmiques. Per a aquest autor, el coneixement tècnic dels òrgans administratius

Així, des dels Tractats constitutius¹⁰²⁰, l'ordenament comunitari disposa d'un ampli espectre de sancions de caràcter administratiu, les quals provenen tant del Dret originari com del derivat¹⁰²¹⁻¹⁰²².

En la nostra opinió, aquesta diferent acceptació per la doctrina i pels Estats membres de la utilització del Dret administratiu sancionador i del Dret penal per la UE evidencia la manca de fonament de la lliure intercanviabilitat entre sancions penals i sancions administratives i permet raonablement dubtar -si no negar- dels arguments que sostenen la manca de diferències qualitatives entre les sancions administratives i les sancions penals. En altres paraules, si realment les diferències entre ambdós sistemes punitius només fossin quantitatives no hi hauria aquesta disparitat d'acceptació en la utilització del Dret penal i el Dret administratiu sancionador per part de la UE. Igualment, cal remarcar que bona part de les reticències doctrinals per establir un Dret penal europeu estan vinculades amb la manca de legitimitat democràtica dels òrgans comunitaris i dels seus actes legislatius (en part superada des del Tractat de Lisboa) i amb la relació del Dret penal amb els drets fonamentals.

garanteix, en connexió amb el principi d'oportunitat, l'elecció d'un camí adequat entre prevenció i repressió; de manera que el gradual increment de la quantia i de la classe de sancions persegueixen un efecte educador sobre els subjectes participants en el mercat. TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho penal europeo*. A DD.AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Civitas, 2005, p.1031.

¹⁰²⁰ Així, per exemple, el TCECA ja incloïa disposicions que proporcionaven a la Comissió la facultat d'imposar sancions als articles 47, 50.3, 58.4 i 66.6.

Sobre les primeres sancions administratives comunitàries, es pot consultar TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho...* op. cit., p. 1030 i 1031.

¹⁰²¹ D'entre les sancions de la UE, es poden distingir tres models sancionadors: a) les sancions comunitàries directes, que es torben establertes en l'ordenament comunitari mateix i la seva imposició correspon a les pròpies institucions de la UE, la qual té competència exclusiva tant en la prescripció de la norma com en la imposició de la sanció; b) sancions comunitàries indirectes, la base jurídica de les quals es troba en una norma de la UE, però l'aplicació la realitzen els Estats membres, si bé, en aquests casos, la UE té competència exclusiva per determinar els il·lícits i la seva sanció; c) sancions nacionals, en aquests casos l'ordenament supranacional no estableix les infraccions ni les sancions sinó que correspon als Estats membres establir les mesures sancionadores necessàries per tal de protegir els interessos comunitaris. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 168.

¹⁰²² Sobre la potestat sancionadora administrativa de la UE: BUENO ARMIJO, A., «El (imperfecto) sistema de garantías del derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 23, 2012, pp. 135-164; LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación administrativa*, núm. 280-281, 2008 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I»), p. 359-395; DÍEZ PICAZO, L. M., «Derecho comunitario y medidas sancionadoras», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1996, pp. 251-273; MOLINA DEL POZO, C. F., «Aplicación del Derecho comunitario y potestad sancionadora en el contexto de la Unión Europea», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, pp. 95-124; BACIGALUPO, E., *Sanciones administrativas...* op. cit.

En aquest sentit, per a SILVA SÁNCHEZ un Dret penal supranacional requereix d'una ciutadania supranacional, en el sentit de la necessària vinculació de la llei penal als pressupòsits formals de la democràcia deliberativa i, al mateix temps, d'una base material centrada en la idea de persona i en els seus drets fonamentals. Per a aquest autor, l'única excepció a l'exigència de participació democràtica dels afectats ha de venir constituïda pel Dret penal de repressió de les violacions dels drets humans fonamentals, que descriuen un mínim indisponible de naturalesa universal¹⁰²³. En opinió de CORCOY BIDASOLO, no s'ha d'oblidar que la UE parteix del Mercat Comú Europeu, on únicament es pretenia potenciar l'economia europea; a això s'ha de sumar el fet que Europa està conformada per països amb cultures jurídiques i socials molt diverses, la qual cosa dificulta l'harmonització «des de dalt» del Dret penal; especialment, d'un Dret penal respectuós amb la protecció dels drets fonamentals¹⁰²⁴.

4.2.1.- L'evolució del Dret penal europeu i el seu reflex en les obligacions de tipificar penalment

En relació amb la construcció d'un Dret penal de la UE es poden distingir fonamentalment dues etapes. La primera es troba lligada a l'anomenat «Tercer Pilar», relatiu a la «Cooperació entre els governs de la UE en l'àmbit de la justícia i els afers

¹⁰²³ Per SILVA SÁNCHEZ, una de les fonts de legitimació de la legislació penal radica en que en ella es plasma de manera ideal la síntesi entre dues pretensions socials, que alhora conviuen dins de cada ciutadà individual: la pretensió de protecció i la pretensió de llibertat. Normalment la democràcia parlamentària constitueix un instrument adequat per a la consecució d'aquesta finalitat. D'una banda, tots els ciutadans -com a víctimes potencials- tenen interès en la màxima protecció dels seus interessos; de l'altra, tots ells -com autors potencials- tenen un interès en la consecució d'un màxim de garanties. El fet que es doni aquesta dualitat de posicions i que la decisió sobre el concret abast de la norma que ha de regular el conflicte es produeixi darrere el «vel de la ignorància» constitueix una garantia de que s'assoleixi un cert equilibri entre els interessos contraposats: llibertat i seguretat; prevenció i garantia. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista penal*, núm. 13, 2004, p. 142 i 148.

¹⁰²⁴ En opinió de CORCOY BIDASOLO, l'economia segueix sent la preocupació essencial, si no única, de l'Europa de la segona dècada del S. XXI. És per això que l'autora afirma que «tratar de armonizar desde arriba sin tener en cuenta la diversidad social i jurídica, creo que no sólo es imposible sino que es negativo, en particular si pensamos en la protección de los derechos fundamentales (...). Una primera aproximación a las Directivas europeas que incluyen normativa penal evidencia tal afirmación. La creación de nuevos delitos, el adelantamiento de la sanción respecto de los existentes, el endurecimiento de las penas..., son algunas evidencias de la restricción de protección de los Derechos fundamentales que el Derecho europeo conlleva». CORCOY BIDASOLO, M. Introducción. A: MIR PUIG, S., i CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.); GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 18-28.

d'interior», introduït l'any 1992 pel Títol VI del TUE, que persegueix la cooperació policial i judicial en matèria penal i que, amb la modificació introduïda el 1999 pel Tractat d'Amsterdam¹⁰²⁵, impulsa l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia, en el qual es preveu l'aproximació -quan sigui procedent- del Dret penal dels Estats membres¹⁰²⁶. La segona etapa s'inicia l'any 2009 amb l'entrada en vigor del TFUE, que significa la desaparició del sistema de pilars, i arriba fins als nostres dies.

Com és sabut, el TUE introdueix una novedosa estructura de tres pilars: un *primer pilar* pròpiament comunitari, un *segon pilar* intergovernamental en matèria de política exterior, seguretat i defensa, i un *tercer pilar* intergovernamental per a assumptes de Justícia i Interior, el qual -com s'ha dit- inclou la cooperació en matèria penal i l'aproximació del Dret penal dels Estats. Aquests dos darrers pilars es van dotar d'estructures, procediments de decisió i fonts normatives pròpies, sobre la base de la col·laboració entre els Estats. D'aquesta manera, les normes pròpies del primer pilar – principalment, reglaments, directives i decisions- són vinculants per als Estats membres -incloses les que necessiten de transposició per part d'aquests Estats-; en canvi, les normes pròpies del tercer pilar -principalment, decisions marc- no només no són normes *self-executing* -ja que necessiten la transposició per part dels Estats-, sinó que, a més, no tenen efecte directe¹⁰²⁷, intentant així impedir que s'equiparin en la intensitat normativa que havien aconseguit les directives¹⁰²⁸. En conseqüència, el fet que una determinada legislació s'enquadrés en un o altre pilar determinava el grau d'integració comunitària, que era molt major en el primer pilar -basat en la integració-, que en el tercer -basat en la cooperació intergovernamental¹⁰²⁹.

¹⁰²⁵ Tractat pel qual es modifiquen el TUE, els Tractats Constitutius de la CEE i determinats actes connexos (de 2 d'octubre de 1997, en vigor des de l'1 de maig del 1999).

¹⁰²⁶ En relació amb aquest Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia establert pel Tractat d'Amsterdam, TIEDEMANN destaca que l'harmonització del Dret penal apareix només en tercer lloc, després de la millora de la cooperació policial i judicial. Per a aquest autor, això significa que, en aquell moment, eren de major importància la coordinació i cooperació de la praxis que l'harmonització del Dret penal i processal penal. TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho...* op. cit., p.1037

Sobre l'evolució d'aquest Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia, LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El Parlamento Europeo, legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE», *Revista de derecho político*, núm. 93, 2015, p. 16.

¹⁰²⁷ L'art. 34. 2 b) TUE (en la redacció establerta pel Tractat de Amsterdam) estableix que: «Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo».

¹⁰²⁸ MANGAS MARTÍN, A., i LIÑAN NOGUERAS, D. J., *Instituciones de derecho de la Unión Europea* (3ª edició), Madrid, Tecnos, 2002, p. 376.

En opinió de TIEDEMANN, les decisions marc no són vinculats per als parlaments nacionals. TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho...* op. cit., p.1034.

¹⁰²⁹ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 175.

D'altra banda, cal tenir present que, en funció del pilar, variava enormement la legitimitat democràtica de la legislació produïda, ja que -com s'ha dit- el procés legislatiu a seguir era diferent. Així, el procediment de consulta previst per al tercer pilar estava escassament dotat de legitimitat democràtica pel fet que la funció del Parlament era merament consultiva. En canvi, en el procediment de codecisió propi del primer pilar el Parlament i el Consell adoptaven les decisions de manera igualitària, de manera que es representava en major mesura la voluntat dels ciutadans¹⁰³⁰.

En aquest context, l'escenari institucional i legislatiu on es va desenvolupant el Dret penal europeu és el següent. En el si del primer pilar, on la competència d'harmonització penal comunitària és controvertida però el procediment legislatiu és més democràtic, es duen a terme legislacions per atorgar protecció penal als interessos (principalment financers) de la UE; entre d'altres, les directives dirigides contra el blanqueig de capitals o contra l'abús d'informació privilegiada. En aquestes directives, la matèria de prohibició és regulada per la norma europea, però l'elecció de la sanció queda a l'arbitri dels Estats membres, amb la limitació que les sancions nacionals, en tot cas, han de ser efectives, intimidatòries i adequades¹⁰³¹. En aquest moment anterior al TFUE, la doctrina posa en dubte que les obligacions d'harmonització derivades del dret comunitari que imposen l'establiment sancions puguin determinar la *naturalesa* d'aquestes sancions. En altres paraules, es posa en dubte que les normes comunitàries puguin obligar els Estat membres a sancionar penalment. En consonància amb aquesta doctrina, el TJCE assenyala que l'important no és la naturalesa de la sanció -administrativa o penal-, sinó que aquesta sigui suficientment eficaç¹⁰³².

Pel que fa al tercer pilar, on es reconeix a la UE la competència d'harmonització penal però on el Parlament Europeu té molt poc pes en el procediment legislatiu, el TUE (en la redacció establerta pel Tractat d'Amsterdam) promou l'aproximació del Dret penal dels Estats especialment en els àmbits de «la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de

¹⁰³⁰ *Ibíd.*, p. 175.

¹⁰³¹ TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho...* op. cit., p. 1034.

¹⁰³² CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., pp. 313 i 314. En aquest mateix sentit es pronuncia BLANCO CORDERO, qui estableix l'any 2003 que «*hasta el momento* la Comunidad Europea ha considerado suficiente con exigir a los Estados miembros que impongan sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas en sus Derechos nacionales, sin precisar la naturaleza y alcance de las mismas. En definitiva, a día de hoy no hay ninguna disposición comunitaria que exija expresamente la imposición de sanciones penales». BLANCO CORDERO, I., «El derecho penal... op. cit., p. 3.

drogas y de armas, la corrupción y el fraude» (art. 29 TUE). Per aconseguir aquesta aproximació, la Unió pot procedir a la indicació de normes mínimes relatives als elements constitutius dels delictes i de les penes (art. 31 e) TUE). És a dir, penes que poden ser superades però no disminuïdes pels Estats¹⁰³³.

Aquesta situació es manté fins a la STJCE de 13 de setembre de 2005 (assumpte C-176/03) en què, arran d'un conflicte de competències en matèria medi ambiental entre el primer i el tercer pilar, el Tribunal va instaurar la doctrina que el legislador comunitari (això és, el legislador del primer pilar) podia obligar els Estats membres a adoptar actes legislatius en matèria penal quan fos imprescindible per a la consecució dels objectius vertebradors de la UE establerts en els Tractats¹⁰³⁴.

Amb l'aprovació del TFUE, en desaparèixer l'estructura de pilars, els àmbits tradicionalment pertinents al tercer pilar passen a formar part de l'àmbit pròpiament comunitari i, en conseqüència, s'homogeneïtzen els procediments de decisió i les fonts normatives. En aquest nou context, a l'art. 83.1 i 2 del TFUE s'habilita expressament a què les directives imposin als Estats membres l'obligació de tipificar com a infracció penal determinats comportaments (delinqüència transnacional greu)¹⁰³⁵. Cal tenir present,

¹⁰³³ Seguint a LÓPEZ AGUILAR, al llarg del període que va de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam fins a l'entrada en vigor del TFUE –pel qual es canvien les regles de producció normativa de la UE– s'adopten, almenys 14 Decisions Marc amb incidència en l'àmbit de la cooperació judicial en matèria penal, així com almenys unes altres 16 en l'àmbit del Dret penal i del Dret penal Processal. LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El Parlamento Europeo... op. cit., p. 17.

¹⁰³⁴ Especialment il·lustratius són els §§ 47 i 48 de l'esmentada STJCE, que estableixen: «Por lo que atañe al contenido de la Decisión marco, ésta recoge en su artículo 2 una lista de conductas particularmente lesivas para el medio ambiente que los Estados miembros deben sancionar penalmente. Es cierto que los artículos 2 a 7 de dicha Decisión comportan una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a los elementos constitutivos de diferentes infracciones penales contra el medio ambiente. Ahora bien, en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de noviembre de 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, apartado 27, y de 16 de junio de 1998, Lemmens, C-226/97, Rec. p. I-3711, apartado 19)» (§ 47). «Sin embargo, esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente.» (§ 48). Les cursives són nostres. Sobre aquesta sentència, FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., pp. 178 a 188; ESTRADA CUADRAS, A., «Vía libre al Derecho penal europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006.

¹⁰³⁵ Sobre el concepte i les conseqüències de la «delinqüència transnacional greu», vid. NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal y constitución en la era del global law*. A: MIR PUIG, S., i CORCOY BIDASOLO, M. (directors), GÓMEZ MARTÍN, V. (coordinador), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 85.

a més, que la desaparició dels pilars ha permès que el TJUE hagi ampliat les seves competències als àmbits tradicionalment pertinents al tercer pilar, de manera que pot conèixer els assumptes relacionats amb l'harmonització legislativa del Dret penal sense haver de requerir la prèvia acceptació dels Estats membres, la qual cosa ha comportat un extraordinari increment de les seves facultats, tant a nivell quantitatiu com, sobretot, a nivell qualitatiu, cosa que s'evidencia amb el profund desenvolupament experimentat en el procés d'integració comunitària penal ¹⁰³⁶.

4.2.2. L'efecte positiu del dret de la UE sobre el Dret penal nacional: les tècniques per imposar una activitat punitiva als Estats membres

Com s'ha explicat més amunt, la competència penal de la UE no consisteix en una potestat legislativa pròpia que permeti emetre normes de forma directa, sinó que en aquells supòsits en què es requereixi legislar s'encomana als Estats membres que elaborin els actes normatius ¹⁰³⁷. En conseqüència, es produeix una estratificació legislativa que s'inicia amb una exigència o demanda comunitària i continua amb la transposició nacional de la mateixa, sobre la base de l'obligació dels Estats membres de donar compliment als requeriments emanats de les institucions europees, que es deriva dels principis de cooperació lleial i proporcional ¹⁰³⁸. En relació amb la forma i el contingut de les demandes comunitàries es poden apreciar tres supòsits: l'assimilació; la protecció mitjançant sancions o mesures adequades, eficaces i dissuasives, i l'harmonització ¹⁰³⁹.

a) L'assimilació

La tècnica de l'assimilació ha estat utilitzada històricament pel dret comunitari i condueix a l'harmonització estatal en la protecció penal d'interessos nacionals i comunitaris, imposant al legislador nacional l'obligació de tractar *igual* els interessos nacionals i els comunitaris ¹⁰⁴⁰. En altres paraules, l'assimilació imposa que la protecció

¹⁰³⁶ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 126.

¹⁰³⁷ En paraules de TIEDEMANN, en mancar una transferència expressa a les institucions comunitàries, a la UE ha regit des del començament el principi que a aquesta no li correspon poder punitiu ni en forma de una *jurisdiction to prescribe* ni en la de *jurisdiction to enforce*. En conseqüència, a Europa l'establiment dels tipus penals i la imposició de penes segueix sent, tot i la progressiva integració econòmica, una comesa dels Estats membres. TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho...* op. cit., p. 1030.

¹⁰³⁸ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 173.

¹⁰³⁹ En aquesta classificació seguim a *Ibíd.*, p. 173.

¹⁰⁴⁰ TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho...* op. cit., p.1033.

atorgada al bé jurídic comunitari sigui la mateixa que la que es doni en el Dret intern de cada Estat membre a béns jurídics anàlegs¹⁰⁴¹. En l'àmbit de l'Estat espanyol, un exemple d'equiparació expressa per part del legislador penal el trobem en l'art. 305.3 CP i en el derogat art. 309 CP.

La doctrina científica coincideix en determinar que la tècnica de l'assimilació, entesa com un *deure* dels Estats membres, s'estableix arran de la famosa STJCE *Comissió contra Grècia*, de 21 de setembre 1989 (assumpte 68/88, Rec. 1989-8), coneguda com el cas del «maíz griego»¹⁰⁴². L'assumpte versava sobre un frau als aranzels comunitaris en haver-se decalat que un blat de moro era grec quan, en realitat, era iugoslau (país extracomunitari) per tal de no pagar aranzels. El TJCE va establir que, quan un reglament comunitari no conté un precepte especial que prevegi una sanció al seu incompliment, o es remet a preceptes del dret nacional, els Estats membres estan obligats -segons l'art. 5 del TCEE (que consagrava el principi de lleialtat comunitària dels estats membres)¹⁰⁴³- a adoptar les mesures idònies per garantir la validesa i l'eficàcia del dret comunitari. D'això se'n dedueix, segons la sentència, que els Estats membres han de sancionar les violacions del dret comunitari en condicions materials i processals anàlogues a les previstes per a les infraccions nacionals d' «índole i importància similars». El TJCE també va indicar que, en tot cas, les sancions hauran de ser tenir caràcter *efectiu, proporcional i dissuasiu*¹⁰⁴⁴.

En opinió de FERNÁNDEZ OGALLAR, aquesta fórmula significa una confiança en l'adequació i eficàcia de la normativa nacional, sense que hi hagi una obligació del legislador estatal d'establir una regulació diferent¹⁰⁴⁵. En un sentit similar, per CARNEVALI RODRÍGUEZ les característiques més destacables d'aquesta tècnica són que no comporta

¹⁰⁴¹ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 174; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 258, nota al peu 3.

¹⁰⁴² En sentències anteriors (per exemple, STJCE *Amsterdam Bulb*, de 2 de febrer de 1977, assumpte 50/76, Rec. 1977) el TJCE no plantejava l'assumpció de les mesures necessàries en termes similars als ordenaments nacionals com una *exigència* per als Estats, sinó més aviat com una *facultat* que aquests tenien per recórrer a totes les mesures adequades, les quals no tenien necessàriament el mateix rigor que els ordenaments nacionals. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 260.

¹⁰⁴³ Article 5 TCEE: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado».

¹⁰⁴⁴ Sobre aquesta STJCE: *Sanciones administrativas...* op. cit., pp. 84 a 86; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 260; TIEDEMANN, K., *Presente y futuro del derecho...* op. cit., p. 1033.

¹⁰⁴⁵ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 174; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 258, nota al peu 3.

crear un Dret penal supranacional, que no s'exigeix als Estats que executin una important activitat normativa i, a més, que els Estats segueixen conservant la seva potestat punitiva. En conseqüència, si no disposen de normes penals que protegeixin determinats interessos nacionals, no estan obligats a atorgar aquesta protecció als seus similars comunitaris, sempre que hagin adoptat mesures sancionadores suficientment eficaces per protegir els béns comunitaris¹⁰⁴⁶.

b) La protecció mitjançant sancions o mesures adequades, eficaces i dissuasives

Com es desprèn de l'apartat anterior, en la protecció dels interessos comunitaris no importa tant que existeixi *igualtat* entre les sancions dels diversos Estats membres, sinó que hi hagi una efectiva igualtat en l'eficàcia de les mesures adoptades¹⁰⁴⁷, això és el que es coneix com a «exigència mínima»¹⁰⁴⁸. En aquest cas, la norma de la UE determina que el bé jurídic en qüestió s'ha de protegir mitjançant sancions o mesures adequades, eficaces i dissuasives.

Aquesta fórmula permet un major grau d'autonomia als Estats membres, que podran optar entre les diverses modalitats de respostes punitives. En concret, la decisió sobre la necessitat de tutela penal, la tipologia de sanció i la seva graduació correspon als legisladors nacionals¹⁰⁴⁹.

c) L'harmonització

La tècnica de l'harmonització té com a objectiu que la tutela atorgada a determinats béns jurídics sigui similar entre els diversos Estats membres. Per aconseguir-ho el legislador comunitari ordena que un determinat bé jurídic sigui protegit a través del Dret penal especificant els elements del tipus i la naturalesa i intensitat de les sancions. En conseqüència, el marge del legislador nacional en aquests casos és pràcticament nul i la

¹⁰⁴⁶ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 271.

¹⁰⁴⁷ Així ho ha establert expressament NIETO MARTIN, A., *Fraudes comunitarios: Derecho penal económico europeo*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 275. Cita extreta d'Ibíd., p. 262, nota al peu 15.

¹⁰⁴⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. *Derecho penal y derecho sancionador...* op. cit., p. 263.

¹⁰⁴⁹ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado...* op. cit., p. 173.

seva actuació es limitarà a elaborar la norma de transposició del Dret comunitari de conformitat amb els dictats europeus¹⁰⁵⁰.

Cal destacar que no existeix un catàleg a nivell europeu en el qual s'estableixi de forma taxativa quins àmbits del Dret penal *poden ser o han de ser* objecte d'harmonització¹⁰⁵¹. Malgrat això, l'article 83.1 i 2 del TFUE, habilita a què les directives imposin als Estats membres l'obligació de tipificar com a infracció penal l'incompliment de determinades normes europees en determinats sectors o matèries de competència comunitària. Convé subratllar que l'establiment d'aquesta obligació de tipificació penal s'habilita només en àmbits delictius que siguin d'especial gravetat i tinguin una dimensió transfronterera derivada del caràcter o de les repercussions de les infraccions o d'una necessitat particular de combatre-les segons criteris comuns. El propi TFUE estableix que aquests àmbits són el terrorisme, el tràfic d'éssers humans i l'explotació sexual de dones i nens, el tràfic il·lícit de drogues, el tràfic il·lícit d'armes, el blanqueig de capitals, la corrupció, la falsificació de mitjans de pagament, la delinqüència informàtica i la delinqüència organitzada¹⁰⁵². Amb tot, cal tenir present que el Consell, prèvia aprovació del Parlament Europeu, pot adoptar una decisió que determini altres àmbits delictius que responguin als criteris abans descrits (especial gravetat i dimensió transfronterera) (art. 83.1 TFUE).

En opinió de LÓPEZ AGUILAR, el cert i fonamental és que l'art. 83 TFUE inclou per primera vegada en la història de la integració supranacional europea la innovadora potestat del legislador europeu d'establir penes i sancions - per tant, no només l'element constitutiu del tipus-, així com les corresponents referències normatives sobre la tipologia i el nivell d'intensitat de les penes europees. Segons l'autor, habitualment s'interpreta que això a la pràctica comporta fixar en el graó europeu el «mínim penològic», i que els Estats membres poden augmentar la seva intensitat d'acord amb les seves pròpies opcions i prioritats en matèria de política criminal¹⁰⁵³.

¹⁰⁵⁰ *Ibíd.*, p. 173.

¹⁰⁵¹ *Ibíd.*, p. 216.

¹⁰⁵² CORCOY BIDASOLO opina que és problemàtic que no s'hagi produït cap intent d'harmonització respecte de les diferents institucions de la teoria del delictes ni de les seves conseqüències jurídiques. És per això que, encara que les Directives europees estableixin els marcs mínims de penalitat per a determinades infraccions, la seva aplicació serà molt diferent atenent a les diferències nacionals en relació amb la determinació de la pena, els diferents sistemes d'execució de d'aquesta, etc. CORCOY BIDASOLO, M., *Introducción...* op. cit., p. 19.

¹⁰⁵³ LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El Parlamento Europeo... op. cit., p. 29.

En conclusió, l'evolució Dret penal de la Unió Europea i, especialment, de la seva acceptació per la doctrina i pels Estats posa de relleu una gran diferència entre ambdues manifestacions del *ius puniendi*: el Dret penal precisa legitimitat democràtica per castigar (per la seva vinculació amb l'Estat de dret, el qual té com a eix central els drets fonamentals dels ciutadans); en canvi el Dret administratiu sancionador és un instrument del poder executiu per preservar efectivament els concrets interessos públics que li han estat encomanats de tutelar. Des d'aquesta perspectiva, la llibertat del legislador nacional per optar entre ambdós sistemes punitius històricament ha estat escassament limitada pel dret de la UE. Malgrat això, un cop els actes normatius de la UE han assolit un major nivell de legitimitat democràtica, com a conseqüència directa de l'entrada en vigor del TFUE, la llibertat del legislador estatal s'ha restringit enormement en els àmbits d'especial gravetat i dimensió transfronterera, on s'imposa la utilització del Dret penal¹⁰⁵⁴.

5.- PRINCIPIS LIMITADORS DEL DRET PENAL. FORMULACIÓ TRADICIONAL I REPLANTEJAMENT COM A PRINCIPIS LIMITADORS DE TOT EL DRET PUNITIU

El legislador estatal, com hem constatat, no pot prescindir completament del Dret penal. La CE imposa la protecció penal dels béns jurídics més importants cominant amb sancions penals els atacs més greus a aquests béns. Així, la reserva al poder judicial de la imposició de sancions privatives de llibertat (art. 25.3 CE) suposa que les lesions més greus als béns jurídics més importants s'han de castigar amb aquests tipus de penes pels jutges i tribunals. En aquest mateix sentit, dels drets fonamentals sorgeix el deure positiu de l'Estat d'establir un sistema adequat per a la seva defensa el qual inclou, com a última garantia, la protecció penal. Altrament, en els ordenaments supranacionals (Dret internacional dels drets humans, Dret internacional humanitari i Dret penal internacional), no només es reconeix al legislador estatal la competència per castigar els crims internacionals, sinó que també obliga a fer-ho en determinades circumstàncies per tal de garantir la protecció dels drets humans fonamentals en front de les formes més greus d'agressió. En darrer terme, el procés d'integració en la UE i la necessitat de protecció dels nous béns jurídics sorgits arran d'aquest procés i d'altres béns jurídics -quan pateixen atacs d'especial gravetat i amb una dimensió transfronterera-, ha comportat l'establiment

¹⁰⁵⁴ En opinió de SALAT PAISAL, actualment, a l'Estat espanyol, el major límit a la llibertat del legislador per elegir entre el Dret penal i el Dret administratiu es deriva de les exigències de la UE; concretament, de la possibilitat prevista a l'art. 83 TFUE. SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 24.

d'obligacions al legislador estatal de tipificacions penals. En conclusió, el Dret penal ha de protegir necessàriament els atacs més greus als béns jurídics més importants.

Si ens situem en l'extrem oposat de la possible gravetat dels il·lícits, la qüestió que se'ns planteja és si el Dret penal ha d'actuar en les conductes que signifiquen infraccions lleus o, en aquests casos, sempre que el legislador vulgui fer ús del *ius puniendi*, ha d'optar necessàriament pel Dret administratiu sancionador. Com destaca CANO CAMPOS, de la CE no s'infereix una prohibició de castigar penalment les conductes lleus, en el sentit que, com hem vist en estudiar la reserva de jurisdicció (art. 117.3 CE), en la norma fonamental no hi ha cap límit o manament jurídic que impedeixi al legislador atribuir la imposició de les totes sancions de determinats sectors de l'ordenament jurídic al poder judicial (si es vol, amb l'excepció de l'àmbit disciplinari o domèstic de l'Administració)¹⁰⁵⁵. A més, com s'ha demostrat, la menció expressa de les sancions administratives a la CE (art. 25 i art. 45.3) no imposa l'obligació que el legislador les utilitzi, sinó que es tracta merament d'una possibilitat però, en cap cas, d'un imperatiu constitucional. Això no implica, lògicament, afirmar que els atacs als béns jurídics menys importants no puguin ser reprimits amb el Dret administratiu sancionador, sinó que, en aquest punt, simplement es pretén destacar que, davant d'aquests atacs, es pot perfectament preveure una reacció penal (per més que això vagi frontalment contra la tendència actual)¹⁰⁵⁶.

És des d'aquesta perspectiva que podem afirmar que, a diferència del que s'ha indicat sobre la potestat sancionadora de l'Administració (que es troba limitada per actuar en els il·lícits més greus contra els béns jurídics més importants), a la CE no hi ha cap límit o manament jurídic que impedeixi al legislador qualificar un il·lícit concret com a delictes, més enllà de la prohibició d'arbitrarietat dels poders públics i del principi de proporcionalitat, que s'han utilitzat per controlar la constitucionalitat de les lleis penals, si bé molt tímidament. En aquest sentit, SILVA SÁNCHEZ afirma que, en els sistemes constitucionals moderns, només es poden impugnar preceptes penals quan resulten inconstitucionals per defecte o per excés. Si no es dona ni una circumstància ni l'altra, ens trobem en el marc de la política criminal defensable, més o menys plausible, però en

¹⁰⁵⁵ CANO CAMPOS, T., El concepto de sanción... op. cit., p. 224.

¹⁰⁵⁶ En aquest mateix sentit, Ibíd., p. 224; També comparteix aquest criteri SALAT PAISAL, per qui l'art. 25.3 CE estableix únicament un límit «por arriba» i en relació amb la gravetat de la sanció a imposar però no diu res sobre fins on pot arribar l'ús del Dret penal. Per a aquest autor, amb la previsió constitucional no imposa l'ús del Dret administratiu sancionador en supòsits en els quals el legislador consideri que la pena ha de ser molt baixa (posa com a exemple una multa de 100€). SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., pp. 21 i 22.

tot cas no radicalment impugnable¹⁰⁵⁷. És per això que, per orientar el legislador en la determinació de l'adequada extensió del Dret penal, la doctrina científica i la jurisprudència acudeixen als anomenats principis limitadors del Dret penal o *mediating principles*.

L'expressió *mediating principles* es refereix a un conjunt de raons per no criminalitzar conductes que posen en perill o lesionen persones¹⁰⁵⁸ i que poden imputar-se sense obstacles, en el sentit que compleixen amb les exigències del principi de culpabilitat, i s'observen els límits de la imputació correcta i els marges de llibertat garantits constitucionalment. Ara bé, sens dubte, en els Estats democràtics de Dret, fins i tot quan concorren tots aquests requisits, es poden ponderar raons que justifiquin la no criminalització. Els *mediating principles* són un subgrup d'aquestes raons que es caracteritzen per ser valoracions normatives (especialment basades en consideracions de llibertat i de justícia), entre les quals es troben la intervenció mínima, la proporcionalitat, la insignificança, l'autoprotecció de la víctima, la tolerància, la dispersió de la responsabilitat o la complexitat del context social¹⁰⁵⁹.

D'aquests principis limitadors, dos són els més destacats als efectes de la nostra investigació, pel fet de ser els més utilitzats per la doctrina científica i la jurisprudència per orientar el legislador en la distribució del *ius puniendi* entre les seves dues manifestacions: el principi d'intervenció mínima en l'aplicació del Dret penal i el principi de proporcionalitat.

Les qüestions que hem d'abordar en l'anàlisi d'aquests dos principis són: d'una banda, si *realment* poden orientar la distribució del *ius puniendi* o, contràriament, han de ser aplicats per limitar el dret punitiu en el seu conjunt. I, de l'altra, si *realment* són utilitzats pel legislador punitiu en la pràctica normativa concreta o, altrament, són utilitzats retòricament en les exposicions de motius per justificar les modificacions de les normes punitives amb independència de si són coherents amb el seu contingut normatiu. Per últim, caldrà reflexionar també sobre si la posició dels drets fonamentals -processals

¹⁰⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 118.

¹⁰⁵⁸ Per utilitzar els *mediating principles* com a limitadors de la criminalització es parteix del principi del dany -segons el qual un dany, això és una lesió del dret d'una altra persona, pot legitimar la sanció penal de l'autor- com a argument *prima facie* per castigar una conducta que lesiona o posa en perill a altres persones. En aquest sentit, VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W., Introducció. ¿Qué son los «*mediating principles*»? A ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal...* op. cit., pp. 55 a 57.

¹⁰⁵⁹ Un estudi dels *mediating principles* el trobem a ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal...* op. cit., p. 55 a 57.

i materials- en l'ordenament jurídic és un element que cal considerar en l'aplicació d'aquests principis.

5.1.- El principi d'intervenció mínima

El principi d'intervenció mínima del Dret penal, en la seva formulació tradicional, serveix per designar la idea que el Dret penal, com a manifestació del poder punitiu de l'Estat, només ha d'intervenir en els casos d'atacs més greus als béns jurídics més importants¹⁰⁶⁰. D'aquesta primera aproximació a aquest principi ja es desprèn clarament que respon a una visió netament *quantitativa* de les relacions entre el Dret penal amb la resta de l'ordenament (en especial, amb el Dret administratiu sancionador)¹⁰⁶¹. Sobre la base d'aquesta concepció del Dret penal, s'ha establert que el principi d'intervenció mínima està integrat per dos altres principis: el d'*ultima ratio* i el de fragmentarietat.

Seguint el principi d'*ultima ratio*, l'Estat només pot acudir al Dret penal -com a mitjà més greu i restrictiu de la llibertat- en els casos en què els altres mitjans, amb una ingerència menor per als ciutadans, resultin insuficients. Això porta a afirmar que el Dret penal té caràcter «subsidiari»¹⁰⁶² respecte de les altres branques de l'ordenament. De manera que el caràcter subsidiari o d'*ultima ratio* del Dret penal es concreta en què la protecció penal intervé només quan han fracassat les altres barreres protectores dels béns jurídics pròpies de les altres branques del Dret¹⁰⁶³, entre les quals s'inclouen mesures pròpies del Dret civil (per exemple, el deure de reparar el dany causat) o del Dret administratiu (en especial, les sancions administratives).

El postulat del caràcter fragmentari del Dret penal¹⁰⁶⁴ significa que aquest Dret no ha de sancionar totes les conductes lesives dels béns que protegeix, sinó només les

¹⁰⁶⁰ Així ho afirmen expressament MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 72.

¹⁰⁶¹ De fet, aquest principi es desenvolupa en el si de les teories quantitatives, tal com ha manifestat GARCÍA ALBERO, R., *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...* op. cit., p. 349.

¹⁰⁶² L'afirmació del caràcter subsidiari del Dret penal té l'origen en la *teoria de les normes* formulada pel penalista alemany BINDING a principis del segle XX.

¹⁰⁶³ MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 73.

¹⁰⁶⁴ L'autor que va parlar per primera vegada de la fragmentarietat del Dret penal va ser BINDING, per a qui aquesta característica, en no poques ocasions, es manifesta com un dèficit sistemàtic d'infraprotecció difícilment explicable. Actualment, per contra, la fragmentarietat es considera un reflex de l'Estat de dret i es regula com un postulat positiu del Dret penal. Aquest canvi de judici de valor sobre la fragmentarietat s'atribueix al pas d'una concepció retribucionista de Dret penal (propi de les teories absolutes de la pena) a una altra basada en una estricta necessitat de

modalitats d'atacs més perilloses per a aquests béns¹⁰⁶⁵. En altres paraules, segons el principi de fragmentarietat, davant de determinades formes d'agressió als béns jurídics, el Dret penal no és el mitjà idoni per a la seva tutela¹⁰⁶⁶, ja que només protegeix una part dels béns jurídics i no sempre de manera completa i integral, sinó únicament per fer front a les modalitats d'atacs més greus o perillosos. En conseqüència, s'associen als il·lícits penals els fets socialment més reprovables i més lesius per als béns jurídics, mentre que les perturbacions més lleus de l'ordre jurídic han de ser objecte de les altres branques del Dret¹⁰⁶⁷.

Per tant, el caràcter fragmentari del Dret penal es veu reflectit en una triple manifestació en les actuals legislacions penals. Primerament, defensant els béns jurídics només dels atacs d'especial gravetat (exigint determinades intencions o tendències i excloent la punibilitat d'algunes imprudències¹⁰⁶⁸); en segon lloc, tipificant només una part dels comportaments que en les altres branques de l'Ordenament jurídic s'estimen com antijurídics, i, per últim, deixant sense càstig, en principi, les accions merament immorals¹⁰⁶⁹.

Del que fins ara s'ha explicat, es desprèn -tal com ha descrit molt gràficament MUÑOZ CONDE¹⁰⁷⁰-, que amb el principi d'intervenció mínima es vol dir que els béns jurídics no només han de ser protegits *pel* Dret penal, sinó també *enfront* del Dret penal. Per tant, si per restablir l'ordre jurídic violat és suficient amb les mesures civils o administratives, són aquestes les que s'han d'utilitzar i no les penals.

Aquesta formulació tradicional del principi d'intervenció mínima del Dret penal és la seguida per la doctrina penalista majoritària¹⁰⁷¹ i, també, ha estat la utilitzada pel legislador de l'Estat espanyol per fonamentar la reforma punitiva duta a terme el 2015.

prevenció. En aquest sentit, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 129 i GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 349.

¹⁰⁶⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 129, nota al peu 197. Per a un estudi de les tesis de BINDING, veure ROBLES PLANAS, R., Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal...* op. cit., p. 19-47.

¹⁰⁶⁶ En aquest sentit, GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo... op. cit., p. 349.

¹⁰⁶⁷ CANO CAMPOS, T., El concepto de sanción... op. cit., p. 223.

¹⁰⁶⁸ La darrera modificació del CP justifica expressament en el principi d'intervenció mínima l'exclusió de les imprudències menys greus. Veure nota núm. 1072.

¹⁰⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 80.

¹⁰⁷⁰ *Ibíd.*, p. 79.

¹⁰⁷¹ Aquesta acceptació majoritària es pot constatar consultant qualsevol manual de Dret penal, on apareixerà el principi d'intervenció mínima -en els termes aquí expressats- com una de les proposicions de la teoria moderna del Dret penal.

Així es desprèn de l'exposició de motius del Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març, per la qual es modifica el Codi Penal, que justifica en el principi d'intervenció mínima tres de les grans modificacions del sistema penal: la supressió de les faltes penals, la seva conversió en infraccions civil o administratives, i la introducció d'un criteri d'oportunitat per permetre als jutges i als tribunals sobreseure determinades causes d'escassíssima gravetat¹⁰⁷².

Convé destacar que, en els darrers anys, el principi de subsidiarietat penal ha sofert una renovada vigència en relació amb determinats béns jurídics col·lectius protegits pel Dret penal modern -l'anomenat a Alemanya, Dret penal econòmic i del medi ambient. Així, una part dels autors alemanys, especialment la denominada Escola de Frankfurt, basant-se en principi de subsidiarietat penal, aposten per abolir aquest nou Dret penal en favor del denominat dret d'intervenció, que consisteix en una espècie de dret policial¹⁰⁷³.

Per comprendre els postulats defensats per aquests autors, cal tenir present que el principi d'intervenció mínima es projecta sobre la tutela de béns jurídics. D'aquesta manera, el concepte de bé jurídic s'esgrimeix com a límit del poder punitiu de l'Estat: només les accions que posin en perill o lesionin un bé jurídic poden ser objecte del Dret penal¹⁰⁷⁴. Les dificultats apareixen pel fet que, com destaca MUÑOZ CONDE, el concepte

¹⁰⁷² En concret, l'esmentada exposició de motius estableix:

«De otra parte, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. *La reducción del número de faltas* –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– *viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores* que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles. (...)

No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad. (...)

Con esta modificación [la introducció de un criteri de oportunitat que permetrà a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos] *se introduce un instrumento que permite a los jueces y tribunales prescindir de la sanción penal de las conductas de escasísima gravedad, con lo que se consigue una realización efectiva del principio de intervención mínima, que orienta la reforma del Código Penal en este punto*» (les cursives són nostres).

¹⁰⁷³ SCHÜNEMANN, B., Protección de bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal. A ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), p. 68.

¹⁰⁷⁴ En opinió de SILVA SÁNCHEZ, tant la teoria que estableix que la funció del Dret penal és la protecció de la vigència de les normes jurídiques com la teoria dominant que estableix que el bé

de bé jurídic, com tots els conceptes normatius, és una creació artificial, el producte d'un consens o d'un procés constitutiu, que necessàriament es va reelaborant i, en opinió d'aquest autor, a vegades és manipulat i pervertit en els seus elements essencials¹⁰⁷⁵.

El que es denuncia per part d'aquests autors -que tenen el seu principal representant en HASSEMER¹⁰⁷⁶- és que actualment s'adverteix una tendència a ampliar l'àmbit d'intervenció del Dret penal per protegir béns jurídics universals cada vegada més difícils de delimitar (per exemple, l'ordenació del territori, el patrimoni històric, els recursos naturals o el medi ambient). En particular, la importància que les societats modernes atorguen a aquests béns jurídics ha comportat la seva protecció mitjançant el Dret penal (com hem vist, en alguns casos per manament constitucional) i això és justament el que es critica, doncs es sosté que aquesta ampliació dels àmbits de punició penal significa la pèrdua d'identitat del Dret penal i la seva conversió en una *soft law*, fent-li complir funcions més pròpies del Dret civil o administratiu. En paraules de MUÑOZ CONDE, «utilizándolo simplemente como «tapadera» de los déficits de funcionamiento de otras ramas del Derecho»¹⁰⁷⁷. Les posicions jurídico-penals defensades des d'aquesta perspectiva estan marcades per les demandes d'un *replegament* del Dret penal cap a un *nucli* de béns jurídics individuals especialment mereixedors de protecció i d'una renúncia a les funcions de direcció social atribuïdes al Dret penal¹⁰⁷⁸.

jurídic és l'objecte de protecció del Dret penal, tenen en comú els següents problemes: «en primer lugar, la indefinición del criterio en virtud del cual se determina que ciertas normas pertenecen al núcleo de la identidad normativa de la sociedad (esto es, en la otra terminología, la indefinición acerca de cuáles son bienes precisamente jurídico-penales). En segundo lugar, la indeterminación de los elementos que han de concurrir en una conducta dada para desestabilizar tales normas (esto es, la inconcreción de la teoría de la protección fragmentaria). Y, en tercer lugar, la ausencia de un criterio claro acerca de por qué hay que responder frente a tal desestabilización (lesión) precisamente con una pena concreta» SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 117.

¹⁰⁷⁵ MUÑOZ CONDE es refereix a l'elevació de categoria de bé jurídic de determinats avantatges o interessos en benefici d'uns pocs ciutadans i en perjudici de la majoria, com a forma evident de mantenir l'*status*, de reaccionar davant tot el que signifiqui progrés i de conservar, a tot preu, la situació actual. Segons aquest autor, d'aquesta manera s'abusa del Dret penal com a sistema de repressió en defensa de les minories dominants, posant, per exemple, l'oposició política al marge de la llei, castigant els atacs a béns jurídics instrumentals -per exemple, la propietat privada- amb la mateixa gravetat o, fins i tot, més greument que els atacs a la vida, la salut o la llibertat, o considerant com a «drets naturals» -inmutables i permanents- el que no és més que l'interès personal i egoista dels que tenen el poder. MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 60 i 78.

¹⁰⁷⁶ Vegis, per exemple, HASSEMER, W. i MUÑOZ CONDE, F., *La Responsabilidad por el producto en derecho penal*, València, Tirant lo Blanch, 1995.

¹⁰⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 82.

¹⁰⁷⁸ ALBRECHT, P. A., *El Derecho penal en la intervención de la política populista. A: DD.AA. La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 483.

Per tant, la tendència a l'expansió del Dret penal en les societats modernes¹⁰⁷⁹ ha provocat una polèmica entre els que, d'una banda, consideren que s'infringeix el principi d'intervenció mínima del Dret penal i que és incompatible amb la idea d'*ultima ratio*, i els que, d'altra banda, creuen que aquesta expansió és inevitable i que el Dret penal ha d'afrontar els problemes de les societats modernes (medi ambient, salut pública, ús de l'energia nuclear, etc.) i, per això, ha d'ampliar el seu àmbit d'intervenció i adaptar els instruments tècnics a les peculiaritats d'aquests àmbits (criminalització anticipada a la lesió o posada en perill concret, recurs als delictes de perill abstracte, etc.). El debat, en aquest moment, segueix obert¹⁰⁸⁰.

Tal com es desprèn clarament del que s'acaba d'exposar, aquest nou debat sobre el que ha de ser protegit pel Dret penal i el que no, des de la perspectiva de l'*ultima ratio*, no difereix en excés del debat exposat en moltes de les teories qualitatives, les quals buscaven en els béns jurídics individuals (vida, integritat física, llibertat, etc.) i en els béns jurídics col·lectius diferències ontològiques per dotar de coherència un sistema amb dos règims punitius diferenciats. La qual cosa ens permet apuntar que, com tot seguit veurem, la subsidiarietat no pot ser interpretada en aquests termes.

5.1.1.- Crítiques a la formulació tradicional del principi d'intervenció mínima del Dret penal

En alguns dels estudis més recents sobre el tema -especialment a Alemanya-, s'ha posat en dubte la formulació tradicional del principi d'intervenció mínima del Dret penal explicada *supra*. Molt especialment, en relació amb la idea de subsidiarietat respecte al Dret administratiu i al Dret civil¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁹ Extensament sobre aquesta expansió: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit. *passim*; ALBRECHT, P. A., *El Derecho penal...* op. cit., p. 471-487.

¹⁰⁸⁰ MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 83.

¹⁰⁸¹ Per conèixer l'estat de la qüestió entre els autors alemanys, es pot acudir als treballs de SEHER, STAECHELIN, HEFENDEHL i WOHLERS en l'edició traduïda al castellà a càrrec de ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal...* op. cit. A l'Estat espanyol, s'han fet ressò d'aquests postulats, entre d'altres, destacats administrativistes com ALARCÓN SOTOMAYOR o CANO CAMPOS. En especial, en els següents treballs: ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones... op. cit., p. 135-167; CANO CAMPOS, T., *El concepto de sanción...* op. cit., pp. 207-236.

Per poder comprendre les crítiques a aquesta formulació del principi d'intervenció mínima del Dret penal, primerament, cal indicar -com ha fet SEHER¹⁰⁸²- les premisses de les quals parteix aquest principi: (i) la pena és entesa com el mitjà d'intervenció més sever, (ii) la subsidiarietat es vincula amb consideracions polític-criminals d'eficiència (mitjançant la referència a la «suficiència d'altres mitjans» o mitjançant la referència a la «necessitat» lligada al control de proporcionalitat), i (iii) el fet que només es pugui recórrer al Dret penal quan no hi ha una alternativa igualment eficient a l'amenaça de la pena implica la comparabilitat de la pena amb altres mitjans estatals de regulació. Per alguns autors aquestes premisses resulten summament problemàtiques i els porten a qüestionar-se: (i) fins a quin punt la pena és el mitjà d'intervenció estatal més sever; (ii) per què el principi de subsidiarietat exigeix concentrar-se en l'eficàcia per delimitar la pena, ocultant la seva dimensió ètic-social (a la que s'ha recorregut en la fonamentació mateixa de la pena), i (iii) si és possible formular-se efectivament una escala de comparació general entre la pena i (qualsevol) altra forma de regulació jurídica¹⁰⁸³.

Per tant, les reflexions sobre les mancances de la configuració tradicional del principi de subsidiarietat es poden reconduir al qüestionament de dues premisses (la major gravetat de les penes i la comparabilitat) i a les constatacions de la utilització pràctica d'aquest principi pel legislador punitiu.

a) La premissa de la major gravetat de les penes

Un dels autors més crítics amb aquesta premissa ha estat TIEDEMANN¹⁰⁸⁴, per qui el Dret penal, observat en el seu conjunt, representa una mesura més lleu o menys incisiva que una xarxa completa de controls basada en mecanismes jurídic-administratius. Per a aquest autor, en molts casos, el Dret penal comporta menys immissions en la llibertat del ciutadà pel fet que un control de l'autoritat administrativa només és suficientment efectiu quan s'executa de manera que gairebé no se li escapi cap conducta i, especialment, grava

¹⁰⁸² SEHER, G., ¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico «indiscutido». A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), p. 129 a 144.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 130.

¹⁰⁸⁴ TIEDEMANN, K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Mohr Siebeck, 1969, p. 144. Cita extreta de SCHÜNEMANN, B., *Protección de bienes jurídicos...* op. cit., p. 68.

el ciutadà que es comporta d'acord amb la llei¹⁰⁸⁵, mentre que les prohibicions penals poden concentrar-se en les formes de comportament veritablement perilloses¹⁰⁸⁶. En suma, el seu plantejament es fonamenta en la idea que el ciutadà individual pot evitar la intervenció jurídic-penal comportant-se conformement a la norma, mentre que els sistemes preventius restringeixen necessàriament la llibertat de tot aquell que participa en la vida social i econòmica i, en part, fonamenten deures actius de col·laboració¹⁰⁸⁷. Aquest plantejament, que apunta clarament a una suspensió del principi de subsidiarietat, ha estat objecte de fortes crítiques¹⁰⁸⁸.

Des d'un altre prisma, més alineat amb les tesis defensades en aquest treball, WOLHERS¹⁰⁸⁹ destaca que el problema de la subsidiarietat del Dret penal en relació amb el Dret administratiu sancionador és la dificultat de ponderar la pèrdua de drets processals¹⁰⁹⁰. Atès que, des de la perspectiva del ciutadà afectat, l'atenuació de l'amenaça de la sanció -en els casos en què efectivament sigui menor, que com sabem no són tots- no s'aconsegueix de franc, sinó al preu d'una pèrdua de drets. Això porta a

¹⁰⁸⁵ Es posa com a exemple l'estafa d'inversió de capitals: si, com a alternativa al Dret penal, entra en consideració només el control ampli del mercat d'inversions de capital, control que abasta també els que realitzen els seus negocis sense perjudici ni lesió als interessos dels altres, en comparació, el Dret penal sembla constituir la regulació més lleu. Així, mitjançant el Dret penal seria possible realitzar intervencions amb una meta més concreta i no limitar globalment les activitats econòmiques. HEFENDEHL, R., Churras y merinas o más de lo mismo: la prevención técnica y el derecho penal. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), p. 102.

¹⁰⁸⁶ SCHÜNEMANN, B., Protección de bienes jurídicos... op. cit., p. 68.

¹⁰⁸⁷ Com destaca WOLHERS, la proposta de TIEDEMANN és canviar el marc de referència. És a dir, enlloc de centrar l'atenció en el punt de vista del directament afectat per la utilització dels mitjans jurídic-penals (marc d'una micro-observació), centrar-se en l'afectació de totes les persones actives en un determinat àmbit de l'economia (marc macro-nivell). WOLHERS, E., Derecho penal como última ratio. ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), p. 116.

¹⁰⁸⁸ HEFENDEHL, R., Churras y merinas... op. cit., p. 107.

¹⁰⁸⁹ WOLHERS, E., Derecho penal como última ratio... op. cit., p. 122.

¹⁰⁹⁰ L'autor es fixa en les diferències del procés sancionador administratiu a Alemanya en relació amb el procés penal i posa l'accent en els següents elements: (i) en les sancions administratives no regeix -a diferència del procés penal- el principi de legalitat, sinó el d'oportunitat; (ii) la persecució de les infraccions administratives no correspon a la Fiscalia sinó a autoritats administratives competents en un àmbit material; (iii) normalment la justícia penal només s'ocupa de les infraccions administratives quan l'afectat recorre contra la decisió de l'Administració d'imposar una multa, i (iv) les garanties jurídic-processals de l'afectat estan restringides de manera no irrellevant. *Ibíd.*, p. 121.

Cal tenir present que totes aquestes consideracions (malgrat les matisacions necessàries) es poden efectuar en relació amb les diferències del procediment administratiu sancionador i el procés penal a l'Estat espanyol.

aquest autor a preguntar-se si és realment adequat parlar d'una atenuació de la intervenció repressiva si, a l'anunciada atenuació de les sancions, s'hi oposa una debilitació de les garanties processals i una debilitació dels pressupostos d'imputació. Per WOLHERS, en els casos en què no solament s'atenua la sanció, sinó que també es modifiquen els pressupòsits d'imputació i es canvien les formes processals, no es pot partir de la premissa, sense cap altra consideració, que l'ordre de sancions administratives -el qual treballa amb les sancions considerades en sí mateixes lleus- representa, vist en conjunt, la regulació menys repressiva.

Malgrat aquestes consideracions, seguint la versió usual del concepte de subsidiarietat, la sanció penal té peculiaritats que la fan destacar d'entre totes les sancions no penals; en especial, si ens fixem en els *efectes* del càstig. Des de la perspectiva del perjudici infligit al condemnat, el mitjà més sever de què disposa l'Estat és la *pena privativa de llibertat*, ateses les repercussions en la vida de qui la pateix. La pena de presó supera indubtablement en intensitat qualsevol altra sanció. Per contra, les altres modalitats de sancions de les quals disposa el Dret penal no es diferencien tant fàcilment de les possibles sancions imposades pel Dret administratiu sancionador, les quals, en ocasions, tenen el mateix contingut que les penals (multes, privacions de drets, etc.) i, com s'ha reiterat al llarg del treball, fins i tot poden superar en gravetat aquestes darreres. D'això se n'extreu una important conclusió: la sanció penal, en sí mateixa, no s'identifica amb la sanció més dura de l'Estat *quant a causació del mal imposat*, sinó que depèn del seu contingut concret¹⁰⁹¹.

Això no obstant, la sanció penal, a més del perjudici causat, té una segona conseqüència que la distingeix de la resta de sancions de l'ordenament jurídic i de qualsevol altre acte de gravamen de l'Estat: *la sanció penal és considerada un acte comunicatiu de retret ètic-social*. I és justament aquest retret comunicatiu exclusiu del Dret penal el que permet afirmar que qualsevol modalitat de sanció penal -per més lleu que sigui- és més greu que qualsevol sanció administrativa i, per tant, és aquest element comunicatiu el que dota de contingut el principi de subsidiarietat¹⁰⁹².

Des d'aquesta perspectiva, el que es pregunten alguns autors és si aquest element comunicatiu de la pena no l'aporta, precisament, el caràcter subsidiari que prèviament s'ha atribuït al Dret penal. És a dir, el que es planteja és si aquest caràcter de desaprovació del Dret penal no és la conseqüència, precisament, d'haver optat pel Dret administratiu

¹⁰⁹¹ SEHER, G., ¿ Puede ser «subsidiario»... op. cit., p. 139.

¹⁰⁹² Sobre aquest retret ètic-social de les penes es pot consultar a *Ibíd.*, pp. 139 a 143.

sancionador en la majoria de sectors, en base a la decisió que el Dret penal sigui l'*ultima ratio*. En conseqüència, el principi d'*ultima ratio* i el retret comunicatiu addicional de les penes es retroalimenten i es justifiquen de forma circular¹⁰⁹³.

Així, és possible afirmar -com ho ha fet CANO CAMPOS- que el Dret penal no és l'*ultima ratio* perquè la sanció penal tingui un retret ètic-social que no té l'administrativa, sinó que és a la inversa: les sancions penals comporten aquest retret perquè el Dret penal es basa actualment en el postulat del seu caràcter subsidiari respecte del Dret administratiu sancionador. En conseqüència, si les sancions administratives no s'haguessin generalitzat i el Dret penal hagués estat el mecanisme sancionador general en tots els sectors -cosa que, com hem vist, la CE no prohibeix-, probablement el retret ètic-social no el tindrien totes les sancions penals, sinó només les més greus; això és, les privatives de llibertat. En aquest escenari, la sanció penal -qualsevol que sigui el seu contingut- no es pressuposaria sempre com la ingerència estatal més greu¹⁰⁹⁴.

D'altra banda, des de la perspectiva de la infracció, cal tenir present que, actualment, aquest retret ètic-social no es dona en tots els delictes. De fet, com destaca SALAT PAISAL, si l'únic dret punitiu que existís fos el Dret penal, probablement, aquest retret ètic-social només es donaria en els atacs més greus als béns jurídics bàsics. Per demostrar aquesta afirmació, l'autor es fixa en el dret punitiu del Regne Unit on durant anys no ha existit una veritable potestat sancionadora de l'Administració (en especial, abans de l'aprovació de la RESAct 2008) i la major part dels il·lícits eren regulats com a penals. En aquest context, sembla clar que no es pot afirmar que un delictes que consisteixi en no posar el tiquet en una zona d'estacionament tingui un retret ètic-social. Per tant, es pot concloure que el retret només apareix quan s'entén que el que conforma el Dret penal és sempre allò més greu i, fins i tot en aquests casos, no totes les infraccions tenen el mateix nivell de retret ètic-social¹⁰⁹⁵.

b) La premissa de la comparabilitat

Des d'aquesta perspectiva, es qüestiona la possibilitat de comparar les sancions -penals o administratives- amb les altres formes jurídiques de control: els mecanismes de direcció i control del Dret administratiu (per exemple, la concessió de llicències o el

¹⁰⁹³ En aquests mateixos termes, CANO CAMPOS, T., *El concepto de sanción...* op. cit., p. 227; i SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 49.

¹⁰⁹⁴ En aquests mateixos termes, CANO CAMPOS, T., *El concepto de sanción...* op. cit., p. 227.

¹⁰⁹⁵ SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 49.

registre obligatori) o les mesures pròpies del Dret civil (per exemple, el deure de reparar un dany). Observant atentament aquestes mesures, sorgeixen dubtes sobre com han de comparar-se aquestes formes de regulació fonamentalment diferents des del punt de vista d'una jerarquització ascendent que, segons el postulat tradicional de l'*ultima ratio*, es va elevat fins a arribar a la sanció penal¹⁰⁹⁶. La impossibilitat de comparar les diferents formes d'ingerència s'atribueix fonamentalment a tres motius: els subjectes afectats són diferents, els efectes produïts varien i les funcions que el Dret assigna cada una d'aquestes formes de regulació són diverses.

D'una banda, quan s'afirma que els subjectes afectats són diferents, es fa referència a què l'estructura de les diferents formes d'ingerència exigeix -per comparar- posar en relació els efectes respecte a diferents persones entre sí: les normes que estableixen sancions produeixen efectes sobre les persones que les infringeixen; les normes que estableixen el deure de reparar produeixen efectes sobre qui ha causat el dany, i les normes de direcció i control del Dret administratiu afecten una pluralitat de persones que participen d'un determinat sector, l'actuació de les quals, normalment, es produeix de conformitat amb l'establert pel Dret. En conseqüència, els atributs qualitativament diferents que reben els destinataris de les normes en dificulten la comparació: infractor, causador d'un dany o mer participant d'un sector de la vida pública. Així, es qüestiona com es pot comparar el deure de comunicar una activitat que afecta un gran grup de persones -que es comporten tal com els exigeix la norma- i significa una ingerència relativament petita amb una sanció penal o administrativa que només afecta un grup reduït de subjectes -que han infringit la norma de comportament- però els ocasiona pèrdues a un bé jurídic important. A més, la jerarquització tampoc és fàcil en els casos en què afectin els mateixos subjectes: com es pot ponderar la imposició d'una sanció de multa amb la revocació d'una llicència per no complir amb els requisits establerts?¹⁰⁹⁷.

D'altra banda, cal tenir en consideració que, des de la perspectiva de la teoria de les normes, el Dret assigna a cada un d'aquests instruments de regulació funcions diferents. Com hem establert anteriorment, la funció assignada a les normes sancionadores no és la mateixa que la funció de les mesures de restabliment de la legalitat infringida o la de les mesures de reparació d'un dany. Des d'aquesta perspectiva, SEHER afirma que no és sostenible la premissa de la qual parteix el principi d'*ultima ratio*, segons la qual el legislador pot optar entre totes les opcions dels diversos instruments de regulació, ja que

¹⁰⁹⁶ SEHER, G., ¿Puede ser «subsidiario»... op. cit. pp. 131 i 132.

¹⁰⁹⁷ *Ibíd.*, p. 132.

la major part d'aquests instruments, en realitat, no constitueixen una veritable alternativa a les sancions perquè és diferent la funció que el Dret els assigna¹⁰⁹⁸.

En un sentit semblant es pronuncia WOLHERS, per qui el principi de subsidiarietat no funciona des de la perspectiva de la comparabilitat en la relació entre el Dret penal i els sistemes de normes preventius. Si es parteix de què al Dret penal li correspon una funció autònoma que no la poden complir sistemes de normes orientades a la prevenció, ja no s'està davant d'una relació de «o bé-o bé» sinó de «tant-com» que exclou la concepció usual de la subsidiarietat del Dret penal¹⁰⁹⁹. Aquest punt de vista, que es correspon amb la praxis del legislador, apunta a què els sistemes de normes preventius i els repressius s'han de legitimar a sí mateixos, això sí, tenint en compte l'existència i la configuració de l'altre sistema de normes respectivament. En conseqüència, la inadequació d'utilitzar el Dret penal no es pot deduir de l'existència de sistemes preventius de normes ni es pot fonamentar en la possibilitat de crear aquests sistemes. D'aquesta manera, el principi de subsidiarietat -en la seva dimensió d'*ultima ratio*- es mostra com un principi sense contingut expressiu propi¹¹⁰⁰.

Pel que fa a la possibilitat de comparar la sanció pròpiament penal amb la sanció administrativa, SEHER ha assenyalat que, en la teoria i en la praxis, la promulgació d'una norma penal no es determina en base a quan és empíricament necessària pel fet d'haver fallat els altres mitjans de reacció, sinó en base a si és impossible prescindir d'ella. És a dir, les sancions penals no són introduïdes en l'ordenament d'acord amb la seva eficàcia, sinó d'acord amb la finalitat de protecció de la norma de comportament lesionada; així, si la norma de comportament vol impedir un desvalor social suficientment important, és aquest el que justifica la norma penal. SEHER exemplifica aquesta afirmació comparant un assassinat dolós amb l'estacionament incorrecte d'un vehicle. La importància de l'assassinat dolós comporta que, malgrat que no es pugui impedir mai cap assassinat mitjançant l'amenaça de la presó, no es posi en dubte la seva tipificació. En canvi, no es planteja la possibilitat de preveure pena de presó per haver estacionat de forma incorrecte

¹⁰⁹⁸ Per a una anàlisi detallada de les diferents funcions de les normes, en especial sobre les diferències entre les normes de conducta i les normes de sanció, es pot consultar *Ibíd.*, p. 133 a 136.

¹⁰⁹⁹ Així, el qui veu el sentit i la finalitat del Dret penal o en generar una compensació de la culpabilitat o en establir de manera contrafàctica les normes de comportament només trobarà aquestes funcions en les sancions repressives (mai en els sistemes de prevenció i reparació del dany). Mentre que el qui veu el sentit i la finalitat del Dret penal en la protecció de béns jurídics es troba amb el problema d'haver de ponderar i posar en relació menyscabaments qualitativament molt diferents i que estan units a sistemes de control social configurats repressivament i preventivament. WOLHERS, E., *Derecho penal como última ratio...* op. cit., p. 124.

¹¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 124 i 128.

un vehicle, per més que amb aquesta previsió s'evités per sempre aquesta infracció. Per tant, la determinació de quan cal establir una determinada sanció penal és una qüestió vinculada al «mereixement de pena» de la infracció de la norma de comportament, la qual cosa exclou el principi de subsidiarietat en la seva versió tradicional¹¹⁰¹.

Per últim, tal com destaca SEHER, el reconeixement d'un significat comunicatiu de la pena priva al concepte de subsidiarietat de l'última esperança de ser aplicat en l'establiment de la norma. Això perquè la sanció penal -entesa com un acte de reprovació pública associada a la causació d'un mal respecte a lesions suficientment greus de normes de comportament- mai és l'*ultima ratio* en el repertori de regulacions estatals, sinó justament al contrari, és la *prima ratio* per sancionar aquests tipus de lesions, per la comunicació de la desaprovació i del retret, així com per impedir reiteracions futures del mateix autor o d'un tercer¹¹⁰².

c) Les constatacions derivades de la praxis legislativa

Al marge d'aquestes crítiques als fonaments del principi de subsidiarietat penal, alguns estudis s'han fixat en la seva utilització concreta pel legislador per qüestionar l'aplicabilitat de l'esmentat principi. En aquest sentit, per SCHÜNEMANN les tesis segons les quals l'ús del Dret penal és subsidiari respecte del Dret administratiu, examinades des dels sistemes establerts a la pràctica, fracassen. A tall d'exemple, l'autor es fixa en l'àmbit del tràfic viari, on l'augment de la reglamentació administrativa no condueix a l'arraconament del Dret penal, sinó a la seva intensificació, perquè totes les infraccions són amenaçades amb sancions (administratives i, molt sovint, penals). Per a aquest autor, les relacions entre el Dret penal i el Dret administratiu s'han d'establir des de la complementarietat¹¹⁰³.

Per WOLHERS, el principi de subsidiarietat és un principi sense contingut, ja que el legislador alemany, en els darrers anys, ha contemplat el Dret penal com una *prima ratio* i no com una *ultima ratio*, pel fet que utilitza aquest Dret amb efectes preventius en un gran nombre de lleis, sense que s'arribi a plantejar una ponderació amb formes de regulació no penals. És a dir, de l'anàlisi de l'ordenament jurídic alemany es constata que, en la praxis de la legislació penal, el principi de subsidiarietat no té importància, atès que

¹¹⁰¹ SEHER, G., ¿Puede ser «subsidiario»... op. cit., p. 137 i 138.

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 143.

¹¹⁰³ SCHÜNEMANN, B., Protección de bienes jurídicos... op. cit. p. 69.

el legislador assigna a la coacció jurídic-penal una funció primària autònoma en el marc dels principis preventius del control social, la qual cosa, òbviament, no casa amb els postulats de l'*ultima ratio*. Per això, aquest autor afirma que «la impresión de que el principio de subsidiariedad del Derecho penal podría ser, más que un principio, una ilusión de un grupo al final relativamente pequeño de teóricos del Derecho penal es una impresión que se impone»¹¹⁰⁴.

Aquesta constatació és extensible a la praxis legislativa de l'Estat espanyol on, en paraules d'ALARCÓN SOTOMAYOR, «el legislador ha invocado reiteradamente la intervención mínima como criterio orientativo en los preámbulos de sus leyes, para luego no dejar rastro de ella en sus articulados»¹¹⁰⁵. Això ha estat especialment denunciat en la darrera gran modificació del sistema punitiu de l'Estat realitzada el 2015 en què, tot i l'expressa menció del legislador del principi d'intervenció mínima com a orientador de la reforma, tant els juristes que l'han analitzat com diversos òrgans consultius de l'Estat han conclòs que aquesta modificació legislativa no es pot entendre emmarcada en el si d'aquest principi. En paraules del Consell d'Estat, «aunque se trata de una opción de política legislativa, que se desenvuelve dentro del amplio margen de actuación de que dispone el legislador, el fundamento de esas modificaciones no debe buscarse en el principio de intervención mínima que la exposición de motivos invoca»¹¹⁰⁶. De fet, no només han augmentat els tipus penals, sinó també la seva gravetat. D'una banda, perquè la major part de les antigues faltes penals han passat a ser delictes lleus (amb el conseqüent

¹¹⁰⁴ WOLHERS, E., Derecho penal como última ratio... op. cit., pp. 112 a 114.

¹¹⁰⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones... op. cit., p. 157.

¹¹⁰⁶ Dictamen del Consell d'Estat, de 23 de juny de 2013, a l'Avantprojecte de Llei orgànica per la qual es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal. En el qual argumenta que «En suma, la supresión de las faltas que el Anteproyecto acomete supone una reforma de calado en el sistema penal español. La exclusión de algunas conductas del ámbito penal y de su jurisdicción, reconduciéndolas hacia la vía civil o administrativa (y contenciosa), implica una reducción de las especiales garantías del proceso penal que consagra el artículo 24 de la Constitución y puede generar un efecto multiplicador tanto de los recursos movilizados por el Estado para dar la oportuna respuesta en las vías administrativa, contencioso-administrativa y civil, como de los costes correspondientes que, por ello, habrá de soportar el particular afectado. Por otra parte, y en relación con las faltas que se reconfiguran como delitos leves, no debe ignorarse la repercusión social que implica dicho cambio en relación con la distinta percepción social que supone la autoría de un delito frente a la autoría de una falta; ello reviste especial importancia a la vista del elevado número de infracciones que, configuradas hasta ahora como simples faltas, pasan a ser constitutivas de delito; y más aún, si se tiene en cuenta que dicha elevación a delito de cada uno de los tipos afectados no se ha producido en relación con las conductas más graves de cada uno de ellos (lo que sería acorde con el principio de intervención mínima), sino que, en muchos casos, se ha operado una simple transposición del mismo tipo infractor, con una elevación de la pena».

increment de pena). De l'altra, perquè es tipifiquen *ex novo* un bon nombre de delictes i s'amplien significativament molts tipus ja previstos¹¹⁰⁷.

A més, els penalistes denuncien que aquesta reforma ha comporta una disminució de garanties processals, ja que els nous delictes lleus -tot i l'increment de la pena que han sofert- se segueixen castigant, després de la modificació, a través del judici previst per a les faltes el qual té moltes menys garanties que el procediment previst per als delictes¹¹⁰⁸. A això s'ha de sumar l'encara major reducció de garanties deguda a la translació a l'àmbit administratiu sancionador de la LOPSC d'algunes de les antigues faltes del CP -per bé que, com hem dit, són una minoria¹¹⁰⁹.

En termes molt similars es va pronunciar el Consell General del Poder Judicial en l'informe a l'Avantprojecte de la LOPSC, on determina que tant aquesta norma com la reforma de CP es situen no en la intervenció mínima, sinó en «lo que se ha venido a llamar “Derecho penal de la peligrosidad”» i, en conseqüència, les modificacions d'aquestes dues normes «por un lado, intensifican la acción preventiva, no solo del delito, sino también de las infracciones administrativas, y por otro, incrementan notablemente las infracciones contra la seguridad ciudadana»¹¹¹⁰. Així, a més, de la LOPSC, un gran nombre de constitucionalistes i penalistes denuncien l'expansió «cobdiciosa» del Dret

¹¹⁰⁷ Des de la perspectiva del principi d'intervenció mínima, s'ha mostrat molt crítica amb aquesta modificació legislativa DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La Nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Barcelona, Bosch, 2015. En un sentit similar, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018. Al seu torn, des de la perspectiva del dret de manifestació i els tipus de desordres públics QUINTERO OLIVARES conclou que «de la reforma del 2015 se dice que acomete modificaciones técnicas, pero lo cierto es que esas modificaciones encierran consecuencias graves de aumento de lo penalmente reprimible en comparación con la legislación anterior». QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho de manifestación y desórdenes públicos*. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 156.

¹¹⁰⁸ Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Tratamiento penal y procesal de los delitos leves a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional séptima Lecrim*. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directors), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 360; CUGAT MAURI, M., *Consecuencias penales de la supresión del libro III*. A: QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2015, pp. 225-239; JIMÉNEZ SEGADO, C., «Eliminar las faltas tiene delito (leve)», *Diario La Ley*, núm. 8223, 2014; FARALDO-CABANA, P., «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2014.

¹¹⁰⁹ Sobre les faltes que han estat convertides en sancions administratives vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Seguridad ciudadana, discriminación y garantías*. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directors), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 280-1284.

¹¹¹⁰ Informe del Ple del CGPJ, de 31 de març de 2014, p. 5.

administratiu sancionador de la seguretat ciutadana¹¹¹¹. Doncs si es compara aquesta norma amb l'anterior, l'actual tipifica moltíssimes més infraccions per protegir béns jurídics que abans no eren tutelats (per exemple, la convivència ciutadana, el normal funcionament de les institucions, la pacífica utilització dels carrers, la normalitat en la prestació dels serveis bàsics essencials o la tranquil·litat ciutadana)¹¹¹².

Amb aquesta reforma legislativa no només s'evidencia la utilització retòrica del principi d'intervenció mínima, sinó, també, les conseqüències de combinar l'àmplia llibertat del legislador per escollir entre la tipificació penal i l'administrativa, atesa la impossibilitat de delimitar de manera mínimament segura ambdós àmbits punitius, amb el fet de projectar el principi d'intervenció mínima només sobre el Dret penal: l'expansió del dret punitiu en general i la disminució de garanties dels ciutadans.

5.1.2.- Proposta de formulació alternativa: el principi d'intervenció mínima de tot el dret punitiu

Com s'ha anat apuntant al llarg del present treball, des de la perspectiva de les garanties, no és indiferent que una conducta sigui tipificada com delictiva, castigada amb una pena d'imposició judicial o com a infracció administrativa, castigada amb una sanció administrativa imposada pels òrgans de l'Administració. L'elecció del segon règim punitiu té un cost a nivell de garanties materials i procedimentals. És per això que l'aplicació indiscriminada del principi d'intervenció mínima en matèria penal condueix, de forma paradoxal, a una disminució de garanties per als ciutadans¹¹¹³.

¹¹¹¹ Aquesta expressió és utilitzada per PRESNO LINERA, M. A., *La expansión del Derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana*. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 49.

¹¹¹² Ho destaca, per exemple, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «El nuevo régimen de la seguridad ciudadana... op. cit.

En paraules de TORNOS MAS «La gravedad de las sanciones [del anteproyecto de ley de protección de seguridad ciudadana] no parece compadecerse con el principio de intervención mínima, ya que ahora es el poder punitivo de la administración el que se convierte en más gravoso. Un poder punitivo que por otro lado parece exagerado en un país no especialmente violento, por lo que la finalidad disuasoria de las medidas represivas ante el ejercicio de derechos fundamentales nos parece mucho más cuestionable. En el juicio de ponderación entre el ejercicio de las libertades públicas y la defensa del orden público, parece haberse impuesto la preferencia por una defensa radical de lo segundo». TORNOS MAS, J., «¿Quién debe ejercer el «ius puniendi»... op. cit.

¹¹¹³ Posen l'accent en aquesta paradoxa, REBOLLO PUIG, M., *Derecho penal y derecho administrativo sancionador ... op. cit.*, pp. 327-330; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines

A més d'aquesta manca de garanties, s'ha de tenir present que, com s'ha vist, la manca de criteris segurs per orientar el legislador en la distribució del *ius puniendi*, sumada a la seva concepció unitària, comporta que el legislador tingui una quasi absoluta llibertat en matèria de política criminal, podent escollir quasi indistintament el règim sancionador en la tipificació de les infraccions.

D'altra banda, la concepció unitària del *ius puniendi* també ha provocat que les institucions bàsiques del Dret administratiu sancionador estiguin configurades de manera paral·lela a les del Dret penal, amb la conseqüència que les sancions administratives poden ser idèntiques -en tipologia- a les penals amb la sola excepció -no menor- de la imposició de penes privatives de llibertat. Altrament, la manca de coherència i coordinació del sistema i la dispersió normativa provoca que, molt sovint, les sancions administratives siguin superiors a les penals, de nou amb l'excepció de la privació de llibertat.

Així, com ja hem establert *supra*, partint de la base que no totes les sancions penals comporten el mateix nivell de retret ètic-social, podem afirmar que, quan es sosté que el Dret penal és el mitjà més repressiu del qual disposa l'Estat, el que en el fons s'està dient, sobretot, és que el Dret penal té una sanció que no posseeix cap altre sistema punitiu: la pena privativa de llibertat. La resta de sancions són -o poden ser- exactament les mateixes en el Dret penal i en el Dret administratiu sancionador. La qüestió no és que el Dret penal sigui el més repressiu, sinó que la pena de presó és la sanció més greu (i, normalment, va aparellada als il·lícits que comporten un major retret social)¹¹¹⁴.

Arribats a aquest punt, per poder valorar el principi d'intervenció mínima del Dret penal en el seu contingut tradicional, cal parar l'atenció en la pena privativa de llibertat, la qual, tot i tenir un paper principal en el nostre ordenament penal, progressivament va perdent la posició protagonista. Això es desprèn clarament de les dades publicades per l'INE¹¹¹⁵, en les quals, si es compara l'evolució de les penes de presó amb les penes de

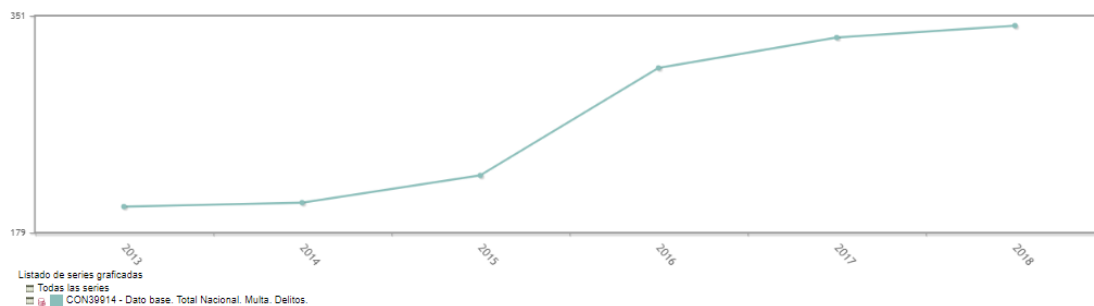
de las sanciones... op. cit., p. 135-167; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción... op. cit., p. 156.

¹¹¹⁴ En el mateix sentit, SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 48.

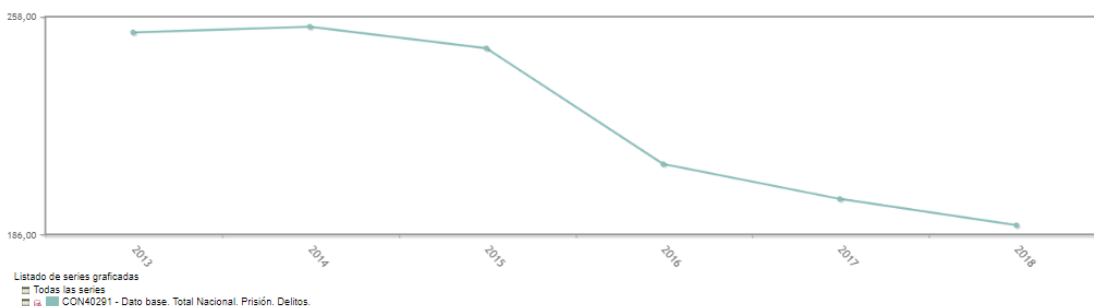
¹¹¹⁵ Dades extretes del portal web de l'INE. Consultables a: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25714> (última consulta 20 de març de 2020).

multa, es veu clarament una tendència oposada, tal com es demostra en les gràfiques següents¹¹¹⁶:

GRÀFICA 1: EVOLUCIÓ DE LES PENES DE MULTA DEL 2013 AL 2018¹¹¹⁷



GRÀFICA 2: EVOLUCIÓ DE LES PENES DE PRESÓ DEL 2013 AL 2018¹¹¹⁸



En concret i segons l'INE, l'any 2018 del total de persones condemnades: un 18,93% ho van ser a penes de presó (un 25,47% l'any 2014) i un 34,31% a penes de multa (un 20,34% l'any 2014)¹¹¹⁹. Les penes privatives de llibertat en el seu conjunt van suposar l'any 2018 un 19,6% (que es reparteix entre el 18,93% de les penes de presó i un 0,67% de les penes de localització permanent). Cal tenir present també que, de les persones condemnades a pena de presó, al 93,28% se'ls va imposar penes de fins a 2 anys de durada, les quals són susceptibles de suspensió en virtut de l'art. 80 CP (mentre que les penes de presó superiors a 5 anys representen només un 1,10%). Així, tot i no comptar amb dades estadístiques oficials actualitzades, en alguns estudis s'apunta que a l'Estat

¹¹¹⁶ Per a una interpretació correcta d'aquestes gràfiques, cal tenir present que l'any 2015, amb la modificació de Codi Penal, desapareixen les faltes, moltes de les quals passen a ser delictes lleus, com ja s'ha explicat *supra*..

¹¹¹⁷ Font: portal web de l'INE, consultable a: <https://www.ine.es/consul/serie.do?s=CON39914> (última consulta 20 de març de 2020).

¹¹¹⁸ Font: portal web de l'INE, consultable a: <https://www.ine.es/consul/serie.do?s=CON40291> (última consulta 20 de març de 2020).

¹¹¹⁹ Es compara amb les dades de l'any 2014 per tenir una referència de la situació anterior a la supressió de les faltes realitzada, com s'ha indicat, l'any 2015.

espanyol les condemnes de presó que efectivament acaben sent executades es troben al voltant d'un 5% de les imposades¹¹²⁰.

És cert que la multa penal, a diferència de l'administrativa, en cas d'impagament pot comportar la privació de llibertat. Malgrat això, aquesta possibilitat no significa, ni molt menys, que en tots els casos d'impagament la persona condemnada acabi privada de llibertat. En concret, l'art. 53 CP permet que la multa impagada sigui substituïda per treballs en benefici de la comunitat i, a més, en els casos en què efectivament sigui substituïda per una pena privativa de llibertat (presó o localització permanent) és possible que aquesta sigui suspesa (art. 80 CP) i, conseqüentment, l'efectiva privació de llibertat no s'acabi executant¹¹²¹.

Per últim, considerem important posar l'atenció en la distribució de la resta de penes imposades l'any 2018, les quals, seguint la base de dades de l'INE, es divideixen en dos grans grups: penes privatives d'altres drets i pena l'expulsió del territori.

QUADRE 1¹¹²²

PENES PRIVATIVES D'ALTRES DRETS	PERCENTATGE TOTAL: 45,97
Inhabilitació absoluta	0,05
Inhabilitació especial per treballar	15,11
Suspensió de feina o càrrec públic	0,01
Privació del dret de conduir vehicles	8,15
Privació dret de tinença d'armes	4,16
La privació dret residir en determinats llocs	0,18
Prohibició d'aproximar-se a la víctima	6,04
Prohibició de comunicar-se amb la víctima	5,50
Treballs en benefici de la comunitat	6,78
PENA D'EXPULSIÓ DEL TERRITORI	PERCENTATGE TOTAL: 0,12
Expulsió del territori nacional	0,12

¹¹²⁰ Aquesta dada provisional l'extreu SALAT PAISAL d'un estudi en fase d'elaboració. SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 41.

¹¹²¹ En el mateix sentit, Ibíd., p. 42.

¹¹²² Font d'elaboració pròpia en base a les dades disponibles al portal web de l'INE. Consultables a: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25714> (última consulta 20 de març de 2020).

Amb el quadre precedent es constata que la major part de les penes, des de la perspectiva del seu contingut, són coincidents amb moltes sancions administratives. Aquesta dada es fa més evident si se sumen aquestes penes de privació d'altres drets i d'expulsió del territori (sense incloure les prohibicions relatives a les víctimes) amb les penes de multa, ja que conjuntament arriben a un 68,87% del total de penes imposades l'any 2018.

En aquest context, es fa necessària la reinterpretació del principi d'intervenció mínima, ja que, tal com es desprèn d'aquestes dades i fent nostres les paraules d'ALARCÓN SOTOMAYOR, amb la despenalització el que es produeix és que «los ilícitos y los castigos seguirán siendo los mismos o más, sólo que en vez de castigar los jueces penales lo hará la Administración. Y ello arrastra menores garantías para los acusados y para las víctimas»¹¹²³. És a dir, la fonamentació tradicional del principi d'intervenció mínima per la qual «el Dret penal, com a mitjà més greu i restrictiu de la llibertat del poder punitiu de l'Estat, només ha d'intervenir en els casos d'atacs més greus als béns jurídics més importants» no sembla sostenible un cop constatat que la majoria de sancions penals són coincidents amb les imposades pel Dret administratiu sancionador i les més greus -penes privatives de llibertat- són minoritàries. I, encara més, si es posa l'atenció en la pèrdua de garanties materials i processals derivats de l'administrativització dels il·lícits; pèrdua que no només dificulta la comparació sinó que, en les sancions amb el mateix contingut, permet qüestionar seriosament la major gravetat de les penals. Per tot això, en l'ordenament de l'Estat espanyol, la intervenció mínima no es pot circumscriure únicament al Dret penal, sinó que hauria de predicar-se de tot el dret punitiu: el penal i l'administratiu. I, per tant, des de la perspectiva que aquí es defensa l'*ultima ratio* no és únicament el Dret penal, sinó el dret punitiu en general¹¹²⁴. Aquest postulat no exclou admetre que les sancions privatives de llibertat hagin de ser l'*ultima ratio* de l'*ultima ratio*, ja que no es tracta de subsidiarietat entre sistemes punitius, sinó entre les sancions més greus respecte de les menys greus.

¹¹²³ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones... op. cit., p. 158.

¹¹²⁴ Aquesta afirmació la defensen: ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones... op. cit., p. 159; REBOLLO PUIG, M., Derecho penal y derecho administrativo sancionador ... op. cit., p. 329; RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal...* op. cit.

Sembla compatir aquesta forma de veure el principi d'intervenció mínima ANDRÉS IBÁÑEZ, qui, a l'analitzar la LCSP 1992, va admetre que «En semejante cuadro, podría parecer una ironía tratar de rastrear siquiera un atisbo de vigencia del principio de intervención mínima. No sólo porque se criminaliza (si, ya sé que sólo administrativamente) el consumo de drogas, rompiendo con la tradición liberal de no penalización de los actos contra sí mismo, sino también por la persistencia en la voluntad sancionadora a ultranza, incluso cuando se trate de hechos que no serían siquiera constitutivos de falta». ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Viage a la prehistoria de las garantías: la "modernización" de la ley Corcuera», *Jueces para la Democracia*, núm. 13, 1991, p. 3-12.

En conclusió, en un ordenament jurídic en el qual no es pot distingir entre bona part de les sancions penals i les administratives, on el legislador té una amplíssima llibertat per escollir el règim punitiu, en què no s'ha dotat de coherència al sistema (poden haver-hi sancions administratives molt superiors a les penals) i en el qual, a més, s'admet que els “matisos” en l'aplicació dels principis penals al Dret administratiu sancionador han generat un règim sancionador on les garanties material i processals pateixen importantíssimes disminucions (sota el pretext de l'eficàcia), no és possible sostenir que la intervenció mínima només s'ha de projectar sobre el Dret penal, ni que aquest ha de ser l'*ultima ratio* respecte el Dret administratiu sancionador.

D'aquesta manera, un cop desmitificat el tòpic de l'*ultima ratio* del Dret penal, diversos autors consideren -des d'una perspectiva que compartim- que, si es posa l'atenció en les garanties dels ciutadans i sobre la base de la reserva de jurisdicció, la regla general hauria de ser l'aplicació del Dret penal pel jutges i tribunals i, per contra, el que caldria justificar és el recurs al Dret administratiu sancionador¹¹²⁵.

5.2.- El principi de proporcionalitat

En els darrers anys, el principi de proporcionalitat en el vessant de *prohibició d'excés*, ha adquirit una especial rellevància com a principi limitador de l'activitat punitiva de l'Estat de Dret i, més concretament, com a límit a la utilització del Dret penal. Encara més, alguns autors afirmen que altres límits materials generalment reconeguts pels penalistes -com els principis de necessitat de la pena, de subsidiarietat, *ultima ratio*, fragmentarietat i intervenció mínima, de lesivitat i d'exclusiva protecció dels béns jurídics- poden integrar-se en el principi de proporcionalitat en sentit ampli¹¹²⁶.

¹¹²⁵ En aquest mateix sentit es pronuncien: REBOLLO PUIG, M., Derecho penal y derecho administrativo sancionador ... op. cit., p. 330; CANO CAMPOS, T., El concepto de sanción... op. cit., p. 228; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones... op. cit., p. 162; SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 50.

En sentit contrari es pronuncia MUÑOZ MACHADO, qui critica el «mite de la major garantia penal». Segons aquest autor, «la afirmación de que en la actualidad la instrucción penal ofrece más garantías que la actuación de los órganos administrativos especializados no resistiría una verificación sobre la practica». MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., p. 289. Si bé, sembla que aquest autor es refereix especialment als òrgans col·legiats amb autonomia funcional -art. 112.2 LPAC- i les Autoritats Administratives independents.

¹¹²⁶ MIR PUIG, S., El principio de proporcionalidad como fundamento... op. cit., p. 1362.

El que en aquest moment ens importa és determinar si el principi de proporcionalitat imposa límits al legislador a l'hora d'escollir entre els dos règims punitius. Amb aquesta finalitat, el principi de proporcionalitat se sol utilitzar per justificar la renúncia de l'ús del Dret penal en favor del Dret administratiu sancionador o del Dret civil, pel fet que en ell s'incorporen els principis de subsidiarietat, *ultima ratio*, fragmentarietat i intervenció mínima (malgrat que no hi ha consens sobre en quins dels subprincipis de la proporcionalitat –idoneïtat o necessitat- s'han d'integrar aquests altres límits¹¹²⁷). Per tant, les conclusions que s'han extret abans sobre aquests principis les fem extensibles aquí, de manera que ara ens centrarem únicament en la proporcionalitat en sentit estricte.

Com s'ha detallat *supra*, el principi de *proporcionalitat en sentit estricte* es projecta sobre el cost de la intervenció en termes d'afectació de drets i el benefici representat per la finalitat a obtenir, i imposa que, en cap cas, la intervenció pública comporti un sacrifici excessiu del dret o l'interès sobre el qual aquesta es produeix.

Traslladat al camp del Dret penal, aquest principi significa que les penes han de ser proporcionades a l'entitat del delictes comès o que aquest no pot ser reprimit amb penes més greus que la pròpia entitat del dany causat pel delictes¹¹²⁸. Seguint a MUÑOZ CONDE, per determinar la gravetat de la pena s'han d'utilitzar dos criteris: la importància del bé jurídic afectat (d'aquí que, per exemple, els delictes contra la vida siguin els que els Codis penals castiguen més severament) i la forma de l'atac (així, per exemple, un atac dolós a la vida -un assassinat- és castigat de forma molt més severa que un o diversos atacs imprudents al mateix bé jurídic -deu homicidis imprudents a conseqüència d'un accident de tràfic, per exemple-). En aquests casos, les diferències no es fan quantitativament, sinó qualitativament; és a dir, en funció del desvalor ètic-social del comportament realitzat¹¹²⁹.

Des d'aquesta perspectiva, un cop descartat que el Dret penal en tots els casos hagi de ser l'*ultima ratio*, sobre la base que no sempre és la reacció més repressiva o més greu del sistema punitiu, el principi de proporcionalitat no ens pot ajudar a delimitar entre el Dret penal i el Dret administratiu sancionador, més enllà dels casos en què la sanció sigui privativa de llibertat. Com destaca SALAT PAISAL, la resposta seria diferent si es partís de la idea que la presó -sanció més greu que disposa l'Estat- és la sanció a imposar a

¹¹²⁷ Les diferents posicions defensades es troben exposades a ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal...* op. cit. A l'Estat espanyol, sembla que el TC inclou el principi de subsidiarietat en el judici de necessitat (per exemple, STC 136/1999, de 20 juliol, Ple, Rec. 5459/1997, FJ 28 i STC 161/1997, de 2 d'octubre, Ple, Rec. 4198/1996, FJ 11).

¹¹²⁸ MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 85.

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 85.

qualsevol incompliment d'una norma penal. En aquest supòsit, qualsevol comportament típic que, segons el principi de proporcionalitat, no fos mereixedor d'una pena de presó hauria de quedar extramurs del Dret penal. Però, com sabem, la realitat és molt diferent. De manera que el principi de proporcionalitat estableix clarament que no es poden sancionar amb presó -atesa la gravetat de la sanció- comportaments trivials (per exemple, l'estacionament incorrecte de vehicles), però difícilment podrà concretar si la sanció proporcional (per exemple, una multa) ha de tenir naturalesa penal o administrativa¹¹³⁰.

Per tal de constatar aquesta afirmació, podem acudir a les antigues faltes establertes en el CP, en les quals la insignificança de la forma d'atac al bé jurídic protegit -valorada des del principi de proporcionalitat- no establia si aquestes havien de formar part o no del Dret penal, sinó si la sanció que es preveia imposar era proporcional al fet punible -de la definició de les faltes es desprèn el que aquí es vol demostrar: «son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve» (art. 13 CP, en la redacció del text original). En el sentit contrari, les sancions administratives d'elevada quantia són valorades de proporcionals o no en funció de les característiques de la infracció -tal com es desprèn dels criteris per graduar les sancions establerts en l'art. 29.3 LRJSP o de l'art. 33.2 LOPSC-, però aquesta elevada quantia no les fa canviar de règim punitiu. Per això podem afirmar que el principi de proporcionalitat serveix per valorar totes les sancions del dret punitiu en relació amb la seva infracció, però no ens ajuda a distribuir el *ius puniendi*. En paraules de CANO CAMPOS, el principi de proporcionalitat «determinará el «*quantum*» del castigo a imponer en función de la gravedad del comportamiento, pero no si lo debe aplicar el Juez o la Administración»¹¹³¹.

Per tant, en la nostra opinió, el principi de proporcionalitat, en el seu vessant de *prohibició d'excés*, ens permetrà establir si la sanció imposada és coherent amb la gravetat de la infracció, però no si la infracció i la sanció han de formar part d'un o altre àmbit punitiu.

6.- PROPOSTA DE CRITERIS PER DISTRIBUIR EL *IUS PUNIENDI* DES DE LA PERSPECTIVA DE LES GARANTIES

La distribució del *ius puniendi*, des de la perspectiva que en el present treball es defensa, ha de realitzar-se necessàriament posant l'atenció en les garanties dels ciutadans,

¹¹³⁰ SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 51.

¹¹³¹ CANO CAMPOS, T., El concepto de sanción... op. cit., p. 224.

especialment en aquelles infraccions properes a l'exercici de drets fonamentals. És per això que, com s'ha avançat, considerem que està més alineat amb les exigències constitucionals, en especial, amb la reserva de jurisdicció, defensar que la regla general en la utilització del *ius puniendi* hauria de ser l'aplicació prevalent del Dret penal pels jutges i tribunals, mentre que el Dret administratiu sancionador hauria de utilitzar-se només en determinades circumstàncies. Abans de posicionar-nos sobre quines circumstàncies considerem adequades esdevé necessari realitzar dos aclariments.

En primer lloc, contràriament al que podria semblar, els posicionaments doctrinals que defensen l'expansió del Dret penal pretenen assolir el mateix objectiu que les teories sostingudes per una part important de la doctrina que afirma que cal reduir el Dret penal en favor d'altres mecanismes punitius o no punitius alternatius. Aquest objectiu no és altre que l'Estat faci el mínim ús del dret punitiu amb les majors garanties possibles.

Com s'ha explicat anteriorment, les necessitats sorgides en les societats modernes han provocat una expansió del Dret penal, el qual és utilitzat per tutelar nous béns jurídics supraindividuals o col·lectius (medi ambient, salut pública, ordenació del territori, etc.) i, conseqüentment, com denuncia, entre d'altres, l'Escola de Frankfurt, el règim de garanties pròpies del Dret penal s'ha anat relaxant (acudint, per exemple, a la criminalització anticipada a la lesió o posada en perill concret, o als delictes de perill abstracte). Però malgrat que això és cert, creiem que no és sostenible afirmar que la manera d'evitar el relaxament de les garanties del Dret penal sigui reduir el nombre de delictes i que aquests passin a ser sancions pròpies del Dret administratiu sancionador, el qual té encara menys garanties. Doncs, la despenalització provoca, paradoxalment, allò que pretén evitar. Si s'extreu de la idea del Dret penal les penes privatives de llibertat (amb els arguments utilitats *supra*), les diferències amb el Dret administratiu sancionador en termes punitius són molt relatives; si bé, el Dret penal sempre és més garantista que el Dret administratiu sancionador¹¹³².

En segon lloc, l'expansió del Dret penal ha de partir de la premissa que aquest Dret no és sinònim d'imposició de penes privatives de llibertat i, per tant, la seva expansió és perfectament compatible amb la reducció de l'ús d'aquestes¹¹³³. A més, tal com s'ha constatat a l'examinar la praxi legislativa, l'expansió del Dret administratiu sancionador no ha comportat una retracció del Dret penal, sinó que aquest ha continuat expandint-se, amb el resultat final de més dret punitiu amb menors garanties per als ciutadans.

¹¹³² En aquest mateix sentit, SALAT PAISAL, M., «El derecho penal... op. cit., p. 53-54.

¹¹³³ Aquesta posició és defensada també per *Ibíd.*, p. 54.

Partint de les premisses assenyalades i centrant-nos en la cerca de criteris sobre la distribució del *ius puniendi*, diversos administrativistes s'han posicionat a favor del criteri de la proximitat de l'Administració a la matèria o al sector en el qual es configuri l'il·lícit, de manera que, com més impregnat estigui d'aspectes jurídic-administratius, més justificada serà l'elecció del Dret administratiu sancionador. Al seu torn, el grau d'especialització i autonomia de determinats organismes poden aportar una justificació addicional¹¹³⁴ (si bé, tal com s'ha detallat, ni els òrgans col·legiats amb autonomia funcional -art. 112.2 LPAC- ni les Autoritats Administratives independents són objecte de la present investigació).

La postura que aquí es defensa segueix una línia semblant a la proposada per aquests autors, doncs no es sosté la desaparició del Dret administratiu sancionador, sinó la delimitació de la seva utilització prenent com a referència les seves característiques i, especialment, les disminucions de garanties. Des d'aquesta perspectiva, creiem que aquest Dret és especialment idoni en els anomenats danys cumulatius o danys per repetició, sempre que aquests es produeixen en un sector propi de l'activitat de l'Administració.

Com s'ha constatat *supra*, el Dret administratiu sancionador actualment està format per un conjunt amplíssim de normes, diverses i heterogènies, en relació amb les quals el legislador considera que no es pot renunciar a una resposta sancionadora en cas d'incompliment dels seus manaments. L'aprovació de la CE ha significat la confirmació de la potestat sancionadora de l'Administració a l'Estat espanyol i la seva consolidació en la pràctica totalitat d'àmbits sectorials en els quals es produeix una intervenció administrativa, fins al punt que l'atribució de la potestat sancionadora s'ha convertit, com hem vist, pràcticament en una clàusula d'estil. De manera que el Dret administratiu sancionador actualment s'utilitza pel legislador sobretot -tot i que no exclusivament- com a reforç de la gestió ordinària de l'Administració.

Des d'aquest punt de vista, el Dret administratiu sancionador ha estat descrit per SILVA SÁNCHEZ com el Dret sancionador de conductes pertorbadores de models sectorials de gestió. És a dir, és un Dret que se centra en la globalitat del sector i, per això, tipifica

¹¹³⁴ En aquest sentit es pronuncien CANO CAMPOS, T., *El concepto de sanción...* op. cit., p., p. 222; REBOLLO PUIG, M., *Derecho penal y derecho administrativo sancionador ...* op. cit., pp. 330 i 331; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones...» op. cit., p. 141. Defensa enèrgicament el criteri d'especialització MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., p. 289.

i sanciona des de perspectives generals: no es fixa en un risc concret com a risc en si mateix rellevant i imputable personalment a un subjecte determinat, sinó que adopta una perspectiva en la qual allò determinant és la visió macroeconòmica o macrosocial (les «grans xifres», el «problema estructural» o «sistèmic»). Per tant, la conducta perseguida pel Dret administratiu sancionador no cal que sigui en ella mateixa pertorbadora d'un bé jurídic ni tampoc és necessària una anàlisi de lesivitat en el cas concret. Igualment, tampoc ha de regir-se per criteris de legalitat en la persecució d'il·lícits sinó que pot regir-se per criteris d'oportunitat. En paraules de SILVA SÁNCHEZ, «lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente en términos estadísticos un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado»¹¹³⁵. En aquests casos, el Dret administratiu sancionador és essencialment el Dret del *dany cumulatiu* o, també, del *dany derivat de la repetició*, que exigeix d'una valoració de fet específica, i requereix només una valoració sobre quina seria la transcendència global d'un gènere de conductes, si aquest s'estimés lícit¹¹³⁶.

D'aquestes afirmacions no n'extraïem diferències entre els il·lícits administratius i els penals, ni tampoc entre les sancions d'un i altre àmbit. Exclusivament creiem que les característiques del Dret administratiu sancionador, des de la perspectiva de garanties materials i procedimentals, el converteixen en el Dret més adient per establir la sanció en els il·lícits que considerats en si mateixos tenen una baixa intensitat, si bé la seva multiplicació comportaria una pertorbació per a l'èxit de determinats models o polítiques sectorials d'intervenció dels poders públics¹¹³⁷. Al seu torn, sempre des de la perspectiva de les actuals garanties, creiem que també és especialment idoni en aquelles infraccions purament formals, tècniques o d'aplicació automàtica o quasi mecànica, això és, de mera comprovació del compliment de certes regles i d'aplicació de la consegüent sanció en cas d'incompliment. En canvi, en altres àmbits en els quals s'hagi de tenir en consideració la conducta concreta d'una persona, la pèrdua de drets derivada l'elecció del Dret administratiu sancionador no el fa el dret punitiu més adient.

Adoptar aquest posicionament no exclou l'admissió d'un Dret administratiu sancionador a dues velocitats, en la línia del Dret penal a dues velocitats de SILVA

¹¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 126.

¹¹³⁶ En paraules de SILVA SÁNCHEZ, la pregunta clau és «qué pasaría si todos los intervinientes en ese sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?». SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., p. 127.

¹¹³⁷ En un sentit semblant, CANO CAMPOS, T., *El concepto de sanción...* op. cit., p. 230.

SÁNCHEZ¹¹³⁸. Com és sabut, aquest autor proposa que els delictes castigats amb pena de presó han d'estar dotats de totes les garanties penals, metre que el Dret penal de segona velocitat es reserva a delictes castigats amb altres penes, cosa que permet relaxar les garanties pròpies del Dret penal. En la nostra opinió, si es vol mantenir l'actual expansió del Dret administratiu sancionador, caldria implementar un règim diferenciat per als il·lícits que provoquen danys cumulatiu o danys per repetició i per a les infraccions purament formals, tècniques o d'aplicació automàtica (el qual podria mantenir les característiques actuals), i un règim molt més garantista (entre d'altres garanties, que les sancions siguin imposades per òrgans independents) aplicable en d'altres casos. Arribats a aquest punt, la qüestió a determinar és si la posició que ocupen els drets fonamentals en el nostre ordenament i les seves característiques al relacionar-se amb el dret punitiu ens permet reafirmar la necessitat d'aquest règim més garantista, concretament, en relació amb els il·lícits que constitueixen conductes properes a l'exercici de drets fonamentals.

¹¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...* op. cit., pp. 159-162.

CAPITOL 4: LA POSICIÓ DELS DRETS FONAMENTALS EN L'ORDENAMENT JURÍDIC I LA SEVA RELACIÓ AMB EL DRET PUNITIU

1.- INTRODUCCIÓ: LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ I ELS DRETS FONAMENTALS

La configuració unitària del *ius puniendi* a l'Estat espanyol i la impossibilitat d'establir criteris de distribució clars entre els règims sancionadors penal i administratiu, tal com hem constatat en els capítols anteriors, han produït que el legislador disposi d'un amplíssim marge de decisió en la distribució del *ius puniendi*. No obstant, aquesta llibertat no és absoluta sinó que, com hem vist, es veu limitada en casos extrems per protegir els drets fonamentals (vinculació positiva dels drets fonamentals), supòsits en què s'ha d'optar necessàriament pel Dret penal.

El que aquí ens plantejem és si hi ha diferències en les dues manifestacions del dret punitiu -Dret Penal i Dret administratiu sancionador- a l'entrar en contacte amb els drets fonamentals; en especial, els drets fonamentals vinculats amb la participació política (llibertat d'expressió i informació, i dret de reunió i manifestació). I, en cas que hi hagi diferències, si aquestes han d'orientar o ordenar al legislador l'elecció d'un determinat règim -penal o administratiu- per tipificar determinades conductes (properes a l'exercici d'aquests drets fonamentals). Més concretament, la qüestió a esbrinar en el present capítol és si les mancances dogmàtiques del Dret administratiu sancionador, sumades a la forma en què aquest s'ha articulat -això és, la forma *com* sanciona aquesta manifestació del *ius puniendi*-, té transcendència quan entra en contacte amb els drets fonamentals per la seva posició en l'ordenament i per la seva relació amb el dret punitiu. I si tots aquests elements han de ser presos en consideració pel legislador en el moment d'escollir el règim punitiu que ha de tipificar i sancionar determinades conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals.

El contacte del dret punitiu amb els drets fonamentals es dona fonamentalment a dos nivells: (i) en la configuració de la norma punitiva (Poder legislatiu) que, com veurem, potencialment pot delimitar o restringir l'exercici de drets fonamentals, i (ii) en la seva aplicació al cas concret; és a dir, en la determinació de si una determinada conducta es subsumeix en l'àmbit del tipus -penal o administratiu- i en l'establiment de la sanció concreta. En el darrer d'aquests nivells, opera una diferència que no per òbvia és menor:

l'òrgan encarregat de realitzar aquesta aplicació en *primer terme* divergeix en funció de l'àmbit punitiu. En un cas, l'Administració (Poder executiu) és l'encarregada d'aquesta tasca i, en l'altre, aquesta tasca correspon als Jutges i Tribunals (Poder judicial). Al marge de les diferències ja apuntades (veure *supra* Capítol 2), pel que fa a la independència i imparcialitat de cada un d'aquests òrgans, per al que aquí interessa, convé recalcar la diferent posició -de l'Administració i del Poder Judicial- en relació amb la Llei, en general, i amb els drets fonamentals en especial (sent el poder judicial l'encarregat de la seva tutela ordinària). Des d'aquesta perspectiva, analitzarem si aquesta diversitat de posicions i funcions tenen -o haurien de tenir- rellevància en l'elecció del règim punitiu per part del legislador.

Abans d'iniciar aquest estudi, convé destacar una qüestió d'especial transcendència: la diferent percepció de la connexió i afectació de cada una de les branques del *ius puniendi* en relació amb els drets fonamentals.

Així, en l'anàlisi de la connexió entre el Dret penal i els drets fonamentals es sosté que tota reacció penal implica una afectació als drets de l'individu; en primer lloc, limitant la seva llibertat d'acció mitjançant l'amenaça de càstig i, en segon lloc, mitjançant la imposició d'una pena que, en sí mateixa, afecta sempre els drets¹¹³⁹. En conseqüència, a l'analitzar la relació del Dret penal amb els drets fonamentals es posa l'accent en la vinculació negativa de la llei penal als drets fonamentals; això és, la prohibició que el legislador autoritzi qualsevol ingerència dels poders públics que no estigui constitucionalment fonamentada. Aquesta vinculació respon a la clàssica concepció liberal dels drets de defensa, segons la qual els drets delimiten una esfera de llibertat natural intangible per a l'Estat, a no ser que els ciutadans, a través del seus representats, en consenteixin la seva ingerència. La lògica conseqüència d'aquesta concepció liberal és que només es pot veure el Legislador com l'«enemic de la llibertat»¹¹⁴⁰. Per tant, en virtut de la vinculació negativa de la llei als drets fonamentals aquests operen com a topall o barrera a la llibertat legislativa per configurar l'ordenament jurídic¹¹⁴¹.

¹¹³⁹ Des d'aquesta perspectiva, els punts de connexió entre el Dret penal i els drets fonamentals són dos: a través de la norma de conducta que prohibeix o imposa la realització d'un cert comportament, limitant així la llibertat d'acció, i mitjançant l'efectiva imposició de la pena restrictiva de drets. Sobre aquesta connexió, vid. LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011, pp. 37-38.

¹¹⁴⁰ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996, pp. 4-5.

¹¹⁴¹ DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 97.

En canvi, l'anàlisi de la connexió del Dret administratiu sancionador amb els drets fonamentals es circumscriu -de forma ordinària- a l'estudi de l'afectació dels drets fonamentals reconeguts en els arts. 24 i 25 CE sobre la configuració de la potestat sancionadora i, més concretament, en els «matisos» d'aquests drets al projectar-se sobre aquesta potestat. És a dir, aquesta anàlisi normalment es realitza desatenent el fet que els tipus administratius influeixen en la configuració i en l'exercici dels drets fonamentals (amb l'excepció dels estudis realitzats sobre àmbits sectorials concrets¹¹⁴²).

En la nostra opinió, la connexió del Dret punitiu amb els drets fonamentals -amb independència de la branca sobre la qual es projecti- es pot realitzar des de dues perspectives: (i) des de la perspectiva de l'obertura dels drets fonamentals, i (ii) des de la perspectiva de la incidència de la norma punitiva sobre aquests drets. La primera es fixa en la indeterminació de la formulació dels enunciats dels drets fonamentals, la qual cosa significa que ha de ser concretitzada, primerament, pel legislador i, posteriorment, pels actes concrets d'aplicació de la llei (actes judicials o actes administratius sancionadors)¹¹⁴³. La segona, es fixa en el potencial limitador de la norma punitiva sobre el dret fonamental. Per tant, des de la posició que aquí es sosté, resulta extremadament sorprenent la desatenció d'aquestes qüestions a l'abordar l'anàlisi del Dret administratiu sancionador, sobretot si es té en consideració que es parteix de la unitat del *ius puniendi*.

¹¹⁴² Ens referim als estudis que se centren en l'afectació als drets fonamentals del règim sancionador previst en determinades normes sectorials concretes com, per exemple, la LOPSC o la Llei General de Comunicació Audiovisual. Sobre aquest extrem vid. *infra* apartat 4.2.

¹¹⁴³ L'expressió «concretització» s'utilitza per designar un mètode d'interpretació de les disposicions de drets fonamentals contingudes en la CE. Seguint a SAIZ ARNAIZ, la interpretació consisteix en l'atribució de significat a un enunciat normatiu. Actualment s'assumeix de forma generalitzada que mitjançant aquesta operació es crea Dret, de manera que la funció creativa de la jurisprudència sol emmarcar-se amb freqüència en la teoria de les fonts de Dret. En aquest sentit, resulta molt clarificadora la distinció entre disposició i norma. Per disposició entenem tot text normatiu o, més ben dit, tot enunciat pertinent a una font de Dret. Mentre que les normes són el fruit de la interpretació. Expressat en altres termes: la disposició no és sinó l'objecte de l'activitat interpretativa (un enunciat a interpretar) i la norma el seu resultat (un enunciat interpretat). Les disposicions s'elaboren pels poders públics titulars de potestats normatives d'acord amb el sistema constitucional de les fonts del Dret, però les disposicions són només ordenament en potència, per la qual cosa correspon a les instàncies competents la formulació, a través de la interpretació, de les normes que seran concretament aplicades. Els significats resultants d'aquesta activitat (les normes) no han de coincidir sempre i en tot cas (això es veu de forma molt clara amb els vots particulars de les sentències i amb els canvis de la pròpia jurisprudència). Per tant, la interpretació de disposicions implica atribució de significat i, per això, les normes que d'aquelles s'obtenen poden ser diferents en virtut de la identitat de l'interpret i de les circumstàncies en què aquest dugui a terme la seva activitat, entre altres factors. Cal tenir present, a més, que els marges d'aquest procés d'interpretació depenen, en bona mesura, de com estan formulades les disposicions, i les disposicions de drets fonamentals són obertes, lapidàries i no tenen un únic sentit material. SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder General, 1999, pp. 226-227.

Naturalment, aquesta forma d'abordar la qüestió requereix l'acceptació de dues premisses: (i) que entre l'exercici dels drets i els tipus punitius no existeix sempre una frontera nítida, de manera que resulta versemblant que una certa conducta sigui tractada alhora com a exercici d'un dret i com a conducta il·lícita; i (ii) que, en conseqüència, la norma punitiva participa de la delimitació del contingut dels drets fonamentals. Per tant, esdevé necessària una anàlisi de la relació dels drets fonamentals amb el dret punitiu, des de la perspectiva de la vinculació negativa.

2.- EL DRET PUNITIU I LA RESTRICCIÓ DELS DRETS FONAMENTALS

2.1.- La vinculació negativa del legislador punitiu als drets fonamentals

Com hem vist *supra* (Capítol 3, apartat 3.1), la relació de les normes punitives amb els drets fonamentals ha sofert un canvi de paradigma que ha comportat que aquests drets contenen una doble vinculació amb la llei: d'una banda, la vinculació positiva, derivada de l'evolució de l'Estat liberal a l'Estat social i democràtic de Dret, que comporta que els poders públics – primeríssimament, el legislador- estan constitucionalment obligats a dur a terme una tasca de promoció dels drets fonamentals, tendent a afavorir la seva plena efectivitat (d'aquesta vinculació ha sorgit la prohibició d'infraprotecció i el deure de protecció penal en els termes analitzats); i, de l'altra, *la vinculació negativa que respon a la concepció clàssica liberal dels drets de defensa i opera com a topall o barrera a la llibertat legislativa de configuració de l'ordenament jurídic.*

Així, introduir-se en la vinculació negativa del legislador als drets fonamentals és, de fet, una aproximació a aquests drets com a drets subjectius i al seu contingut constitucionalment protegit, el qual opera com a límit a les ingerències estatals i, per al que aquí importa, a les ingerències del legislador punitiu. L'abast d'aquestes ingerències ha estat àmpliament estudiat pel Dret Constitucional modern i es troba envoltat de fortes controvèrsies, especialment vinculades a la concepció del contingut dels drets fonamentals. En aquest sentit, es distingeixen dos corrents de pensament clarament diferenciats: a) les teories internes o estrictes del contingut dels drets fonamentals (també anomenades teories del contingut reduït i dels drets no limitables) i b) les teories externes o àmplies del contingut dels drets fonamentals (també anomenades teories dels drets limitables).

L'elecció d'una o altra forma de concebre els drets fonamentals condiona per complet la concepció de les possibilitats del legislador en relació amb la configuració del seu contingut i també les tècniques a aplicar per determinar-lo (per unes, la interpretació; per les altres, la ponderació). Abans de procedir a l'anàlisi de cada una d'aquestes concepcions, és necessari realitzar uns aclariments conceptuals sobre tres termes -límits, delimitació i restricció- que són utilitzats per la doctrina científica, per la jurisprudència i per la pròpia CE de manera alternada, confusa i sense atorgar-los sempre el mateix significat¹¹⁴⁴.

El terme *delimitació* designa la tasca de definició i configuració del dret, la qual inclou la determinació de quin és l'àmbit del dret protegit constitucionalment i les seves facultats. Aquesta tasca de delimitació es realitza, en primera instància, en el propi text constitucional; no obstant, davant de la indeterminació de la Constitució, és el legislador qui culmina aquesta tasca de definició. Així, la delimitació es refereix a aquelles intervencions legislatives tendents a completar la indeterminació del text constitucional, fixant fins on arriba un dret (alguns autors utilitzen també els termes configuració o conformació del dret fonamental¹¹⁴⁵). En última instància, cal destacar també el paper del Tribunal Constitucional en la configuració i la fixació del contingut dels drets fonamentals¹¹⁴⁶.

Al seu torn, els termes *restricció i limitació* s'utilitzen per designar qualsevol mesura, d'abast general o particular, que redueix l'àmbit d'aplicabilitat d'un dret¹¹⁴⁷. Tal com destaca DÍEZ PICAZO, ateses les dificultats de les anomenades «lleis del cas únic», la restricció de drets fonamentals en casos concrets es realitza, normalment, mitjançant decisions jurisdiccionals i administratives¹¹⁴⁸; no obstant, a no ser que es tracti d'aplicar directament una norma constitucional (per exemple, el segrest de les comunicacions previst a l'art. 20.5 CE), el principi de legalitat exigeix que la restricció jurisdiccional o

¹¹⁴⁴ En aquest mateix sentit, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 10; i DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 105.

¹¹⁴⁵ Per exemple, segons BRAGE CAMAZANO, s'ha d'entendre per «conformación del derecho fundamental la delimitación, esto es, la determinación de los linderos conceptuales del derecho». BRAGE CAMAZANO, J., *Los Límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 72.

¹¹⁴⁶ Vid. DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 107.

¹¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 115.

¹¹⁴⁸ Per exemple, seguint a DÍEZ PICAZO, el deure de l'Administració de protegir les reunions i manifestacions davant de qui intenti pertorbar-les (previst a l'art. 3.2 de la Llei Orgànica 9/1983, de 15 de juliol, reguladora de el dret de reunió), implica reprimir una conducta que, en altres circumstàncies, constituïria legítim exercici de la llibertat d'expressió. *Ibíd.*, p. 108.

administrativa de drets es fonamenti en una prèvia habilitació legal (arts. 103 i 117 CE), la qual cosa remet al problema dels límits de la llei¹¹⁴⁹.

És important subratllar que delimitació no és sinònim de restricció, ja que és possible que una intervenció legislativa completi la indeterminació del text constitucional ampliant el seu sentit primigeni¹¹⁵⁰. Al seu torn, el terme *límit* també s'utilitza per designar la funció primària dels drets fonamentals com a topall o barrera davant del legislador¹¹⁵¹.

Tanmateix, la frontera entre la delimitació i la restricció dels drets fonamentals dista molt de ser nítida, ja que, per esbrinar en quins casos hi ha restricció del contingut d'un dret, prèviament cal haver delimitat el seu contingut. És a dir, per saber fins on pot arribar la intervenció legislativa, primerament cal determinar fins on arriba el contingut del dret, entès com aquell conjunt de facultats i posicions jurídiques que -pel fet d'estar directament connectat amb l'interès individual intrínsec en cada dret- queda *prima facie* salvaguardat de la intromissió estatal, llevat que la Constitució autoritzi d'alguna manera la ingerència¹¹⁵². I aquesta és justament la qüestió conflictiva, perquè l'operació per esbrinar el contingut dels drets fonamentals varia i està condicionada per la teoria del contingut dels drets fonamentals que s'adopti (teories internes o teories externes).

2.1.1.- Les teories internes o estrictes del contingut dels drets fonamentals

Segons les teories internes dels drets (o teoria dels drets no limitables), el contingut dels drets es troba, des d'un inici, determinat i té uns límits concrets; és a dir, els drets tenen un abast definit en la pròpia Constitució i amb anterioritat a la intervenció legislativa. Així, el punt de partida d'aquestes teories és que els límits es troben integrats en el contingut del dret (contingut i límits no es poden entendre com a categories diferents), perquè la configuració constitucional dels drets fonamentals -per tal de garantir la vigència de la resta de drets i valors constitucionals- ja conté la seva frontera i els seus

¹¹⁴⁹ *Ibíd*, p. 108.

¹¹⁵⁰ Com destaca DÍEZ PICAZO, la relació de la llei amb els drets fonamentals no es redueix exclusivament a la limitació del seu contingut. Per contra, el resultat de la intervenció legislativa pot ser tant d'ampliació o com de reducció. *Ibíd*, p. 99. No obstant, en el text ens centrem exclusivament en les intervencions legislatives limitadores pel fet de ser les relacionades amb les normes punitives.

¹¹⁵¹ *Ibíd*, p. 105.

¹¹⁵² MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., pp. 46-47.

contorns, els quals constitueixen els «límits immanents» (MÜLLER)¹¹⁵³ o «límits intrínsecs» (DE OTTO PARDO)¹¹⁵⁴.

De manera que aquests límits mai poden ser considerats restriccions (és a dir, disminució o reducció del contingut del dret), doncs, si els drets tenen un abast definit amb anterioritat a la intervenció legislativa, la seva restricció esdevé innecessària i impossible; i, al privar als límits immanents de la seva condició de restricció (o límit), la qüestió es reconduïx a un problema de delimitació. En resum, els límits immanents no són creació del legislador, sinó que són anteriors a la seva intervenció: en virtut de la

¹¹⁵³ MÜLLER, F., *La Positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 103 i següents.

¹¹⁵⁴ La teoria dels «límits immanents» sorgeix en el constitucionalisme alemany per tal limitar els drets fonamentals *sense reserva de llei*. Per comprendre la necessitat d'establir aquests límits, cal tenir present que en la Llei fonamental de Bonn hi ha drets fonamentals amb reserva de llei (és a dir, drets en els quals s'habilita la intervenció del Legislador) i altres sense aquesta reserva (en què no s'habilita expressament al Legislador per intervenir). Conseqüentment, es pot entendre que, en els casos en què la Llei fonamental de Bonn no preveu cap reserva, la vinculació negativa del Legislador als drets és absoluta; és a dir, el contingut constitucionalment protegit passa a ser completament resistent a l'acció dels poders públics. Per donar resposta a aquesta situació, apareix el concepte de «límits immanents» en la jurisprudència i doctrina alemanya. Sobre les diferents reserves a la Llei fonamental de Bonn, vid. MÜLLER, F., *Ibid.*, p. 115 i següents.

Seguint a MEDINA GUERRERO les diverses teories sobre els límits immanents a Alemanya parteixen de la convicció que els drets comporten l'exigència de la seva vinculació a la comunitat, de manera que, a priori, queda exclòs del contingut protegit per la Constitució qualsevol exercici d'aquests drets que es reputi socialment lesiu; és a dir, tots els drets tenen certes limitacions (inclosos els drets reconeguts sense reserva). Ara bé, el TCFA ha exigít que aquests límits immanents tinguin necessàriament un ancoratge constitucional; en conseqüència, en relació amb drets consagrats sense reserva de llei, les disposicions restrictives del legislador només són admissibles si es mostren com la configuració d'una delimitació establerta per la Constitució mateixa. Enteses així, les intervencions legislatives són merament declaratives d'un límits preconfigurats en la mateixa Constitució. És per això que s'afirma que els límits immanents no poden, en principi, considerar-se límits en sentit estricte, sinó elements que contribueixen a delimitar el contingut del dret, per la qual cosa quan el legislador explicita aquests «límits», no està en puritat limitant cap dret, sinó més pròpiament interpretant sistemàticament la Constitució. A diferència del que s'acaba d'explicar, en el cas dels drets amb reserva, el legislador opera amb eficàcia constitutiva; la qual cosa significa que, a més de la facultat general de concretitzar els límits immanents, el legislador pot crear veritables límits basats en qualsevol interès públic (no només basant-se en altres drets i valors amb rellevància constitucional). El fet de no considerar autèntics «límits» els «límits immanents» té conseqüències de gran transcendència: no se'ls apliquen les tècniques destinades al control del legislador limitador, previstes a l'art. 19 de la Llei fonamental (necessitat que la llei limitadora sigui de caràcter general; obligació de citar l'article fonamental en què es basa la limitació, i garantia del contingut essencial). MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., pp. 48-50.

Si bé el constituent espanyol no ha optat per aquest model de reserva de llei (per un drets, sí i per d'altres, no), sinó per una reserva de llei general -art. 53.1 CE-, la teoria dels límits immanents de l'ordenament alemany ha estat molt influent en el constitucionalisme espanyol, especialment a través de la tesi d' IGNACIO DE OTTO PARDO. En concret, l'obra DE OTTO PARDO, I., *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*. A: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1998, pàg. 95-171.

unitat de la Constitució, cada dret fonamental ja engloba en el seu contingut els seus límits per tal de preservar els altres drets, i el legislador -a través de la interpretació- es cenyeix a reproduir el seu abast¹¹⁵⁵.

En aquest context, el procediment d'aplicació jurídica compleix la funció de provar si el contingut aparent del dret és el seu contingut veritable. El procediment per determinar aquest contingut es realitza en dues fases: primer s'examina si, en el cas concret, l'àmbit del contingut aparent del dret ha estat afectat i, en cas afirmatiu, s'ha de decidir si el contingut aparent és també el contingut veritable¹¹⁵⁶. Convé destacar que, segons aquestes teories, el contingut aparent no constitueix mai exercici del dret i, per tant, «quien únicamente puede invocar un derecho aparente, actúa sin derechos, y no con derechos reducidos o restringidos»¹¹⁵⁷.

A l'Estat espanyol, la teoria dels límits immanents ha estat introduïda per la teoria interna del contingut dels drets fonamentals de DE OTTO PARDO. Aquest autor defensa que el contingut de la protecció atorgada pel dret fonamental no resulta *només* de la norma que el reconeix, sinó que ve donat per l'articulació d'aquesta norma amb la resta de normes de la CE de la qual forma part en peu d'igualtat i que poden incidir sobre la porció de realitat a què el dret es refereix¹¹⁵⁸.

Segons aquest autor, els límits immanents són elements integrants del contingut del dret i, per tant, els únics límits veritables són aquelles restriccions del contingut del dret que el legislador instaura operant des de l'exterior del dret amb efecte constitutiu; això és, establint una limitació que, sense la intervenció legislativa, el dret no tindria. Però, segons DE OTTO PARDO, la reserva de llei genèrica de l'article 53.1 CE no permet establir límits constitutius; ben al contrari, només permet al legislador operar amb efecte declaratiu i, en conseqüència, només l'autoritza a explicitar els límits immanents ja existents a la CE¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁵ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los «límites immanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, pp. 297–315; VELASCO CABALLERO, F. i BACIGALUPO SAGGESE, M., «"Límites immanentes" de los derechos fundamentales y reserva de Ley», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, pàg. 115–131.

¹¹⁵⁶ En aquest sentit, BOROWSKI, M., «La restricción de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, p. 33.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹¹⁵⁸ DE OTTO PARDO, I., *La regulación del ejercicio...* op. cit., p. 144.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 150-153.

En conseqüència, l'autor defensa que en totes les controvèrsies al voltant dels límits immanents realment es discuteix sobre problemes d'interpretació unitària i sistemàtica de la CE, on no es necessària la ponderació de béns i valors sinó un examen detallat del contingut de cada una de les normes. Per tant, només cal aprofundir en la interpretació de l'estricta contingut del dret per excloure ja, *prima facie*, de l'àmbit protegit d'aquestes determinades conductes, sense necessitat de plantejar formalment cap col·lisió entre drets. Per això, a totes les conductes que, des del principi, no es poden considerar emparades pel dret en qüestió no se'ls apliquen cap dels instruments destinats a protegir els drets fonamentals, inclosa la pròpia reserva de llei¹¹⁶⁰.

Les crítiques a aquesta concepció del contingut dels drets fonamentals se centren en la seva inoperància en els casos en què hi ha dubtes sobre la resolució (els anomenats casos actuals per ALEX¹¹⁶¹), que requereixen una ponderació dels drets i béns en conflicte que exclou el pur decisionisme en la resolució de la controvèrsia¹¹⁶². A més, es posa l'accent en què el contingut del dret no sempre es mostra evident i indiscutible (cosa que demostra la disparitat d'opinions sobre el contingut dels drets i l'abundant jurisprudència constitucional en aquesta matèria) i també en el problema de saber si la prohibició establerta pel legislador s'ajusta o no a la norma constitucional¹¹⁶³.

2.1.2.- Les teories externes o àmplies del contingut dels drets fonamentals

Les teories àmplies del contingut dels drets fonamentals (o teoria dels drets limitables) pressuposen dos conceptes jurídics diferenciats (mantenen clarament separats el contingut dels drets i els límits immanents). El primer concepte és el dret *prima facie* (o dret no limitat) i el segon és la restricció d'aquest dret; així, com a resultat de la restricció, s'obté el dret definitiu o limitat¹¹⁶⁴. En conseqüència, el procés per determinar les situacions que es consideren *definitivament* emparades en un determinat dret fonamental es du a terme en dues fases¹¹⁶⁵:

(i) Obtenció del contingut *inicialment* protegit o delimitat. Es seleccionen, amb la major extensió possible, totes les facultats i posicions jurídiques directament relacionades

¹¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 147.

¹¹⁶¹ *Vid. infra* p. 373.

¹¹⁶² MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 69.

¹¹⁶³ *Ibíd.*, p. 69, nota al peu núm. 47 citant a PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pàg. 155-156.

¹¹⁶⁴ BOROWSKI, M., «La restricción de los derechos...» op. cit., p. 33.

¹¹⁶⁵ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 62.

amb el dret fonamental en qüestió, sense comprovar si algunes d'elles poden afectar algun dret de tercers o els interessos generals. S'exceptuen els supòsits en què la pròpia norma que positivitza el dret tingui en consideració de forma expressa algun interès general (en aquests casos el contingut inicialment protegit del dret queda reduït per la pròpia norma que el reconeix). Amb aquesta operació d'interpretació literal del dret, s'obté el contingut *inicialment* protegit enfront les ingerències de l'Estat, però no s'exclou de forma total i absoluta la penetració dels poders públics (que es du a terme en la segona fase).

(ii) Obtenció del contingut *definitivament* protegit. Es prenen en consideració els límits immanents -que conserven sempre la seva condició de restricció o límit-, els quals retallen, des de l'exterior, el contingut inicialment protegit. El contingut definitivament protegit no coincideix amb l'àmplia esfera de llibertat natural, sinó que és el resultat d'harmonitzar el contingut del dret inicialment delimitat amb els altres drets i béns constitucionals. En aquesta fase són d'aplicació tots els mecanismes destinats a protegir els drets de les ingerències estatals (en especial, la reserva de llei, el principi de proporcionalitat i el contingut essencial).

Les crítiques a aquestes teories es basen en què, a causa de la interpretació extensiva del contingut, es propicia una desorbitada proliferació de col·lisions de drets, ja que, almenys teòricament, la majoria de controvèrsies en matèria de drets fonamentals es pot traduir en un problema de col·lisions entre drets o entre drets i béns constitucionals. Això provoca que es plantegin en termes de col·lisions situacions que, en altres circumstàncies, es resoldrien de forma automàtica (per exemple, ningú dubta que la llibertat d'expressió no empara l'activitat de tocar la trompeta a la matinada en un edifici amb una pluralitat de veïns)¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁶ Els defensors de les teories internes -molt crítics amb les teories externes- han plantejat múltiples exemples de la desorbitada proliferació de col·lisions -a vegades ratllant la caricatura. D'entre els més destacats, es troben els plantejats per MÜLLER, qui exemplifica col·lisions de la llibertat d'expressió amb altres drets causats per la concepció àmplia del contingut del dret: l'obstaculització d'un encreuament de carrers per part d'un pintor que vol manifestar allà els seus dots artístics o el trompetista que assaja durant la matinada. Aquestes activitats estan directament relacionades amb llibertat d'expressió artística i, en conseqüència, es poden entendre compreses en el contingut del dret inicialment protegit, ja que, com hem dit, en la primera fase de determinació del contingut del dret -segons la teoria àmplia- no es tenen en consideració els drets dels altres ni els interessos generals. És evident que, en la segona fase, aquests comportaments serien exclosos del contingut definitivament protegit pel dret a la llibertat d'expressió, però també es fa evident que aquests exemples mostren de forma clara la debilitat de la teoria àmplia: la propiciació de col·lisions que en un altre context no es donarien (per l'evidència del resultat). En aquest sentit, *vid. MEDINA GUERRERO, M. cita supra*, pàg. 62-65 i ALEXYS, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales...* op. cit., p. 303.

Per pal·liar aquesta feblesa de la teoria àmplia, ALEXY distingeix entre «casos potencials i actuals»¹¹⁶⁷. El cas potencial és aquell que, tot i que pot ser fonamentat jurídicament, no precisa en absolut d'argumentació, perquè no hi ha cap dubte sobre com s'ha de solucionar (el citat exemple anterior de tocar la trompeta de nit en un edifici residencial). Per contra, un cas actual sí que suscita dubtes sobre la seva resolució, de manera que resulta imprescindible argumentar-lo jurídicament. Segons aquest autor, la concepció estricta del contingut del dret només seria adequada en relació amb els primers, però resulta manifestament insuficient en els casos dubtosos. És per això que l'autor defensa la concepció àmplia del contingut dels drets fonamentals, ja que, en la seva opinió, presenta evidents avantatges pel fet que els casos en què la solució no presenta dubtes es tracten com a casos potencials, cosa que autoritza a no entrar en argumentacions (perquè resulten supèrflues). Per contra, en els casos en què hi ha controvèrsies -que són a la pràctica la majoria- es tracten com un cas actual, la qual cosa obre la via a una argumentació jurídica orientada pel principi de proporcionalitat¹¹⁶⁸.

2.1.3.- La teoria del contingut dels drets fonamentals sostinguda pel Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional s'inclina preferentment per interpretar extensivament el contingut dels drets fonamentals¹¹⁶⁹, en consonància amb la doctrina constitucionalista

¹¹⁶⁷ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales...* op. cit., p. 306.

¹¹⁶⁸ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 65

¹¹⁶⁹ A tall d'exemple, la STC 110/1984, de 26 de novembre, Sala Primera, Rec. 575/1983, per la qual es resol un recurs d'empara constitucional contra la resolució de la Direcció General d'Inspecció Financera i Tributària autoritzant la recerca de les operacions actives i passives del recurrent en determinades Entitats bancàries i de crèdit; així com la STS, de 29 de juliol de 1983, que l'havia declarat conforme a Dret. El TC desestima el recurs d'empara en entendre que el coneixement del comptes bancaris per part de l'Administració tributària no està protegit pel dret a la intimitat. No obstant, en el raonament jurídic, el TC primer interpreta extensivament el dret, ja que estableix que es tracta de determinar «en qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la Administración a efectos fiscales debe entenderse comprendido en la zona de la intimidad constitucionalmente protegida» (FJ 4). Així, enlloc de declarar directament que el coneixement dels comptes bancaris no forma part del dret a la intimitat, l'Alt tribunal es planteja «como hipótesis» que sí que es troba cobert i busca un bé constitucionalment protegit («la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos») que legitima el corresponent límit (FJ 5 i 8).

En aquesta mateixa línia argumental, també podem acudir a la STC 22/1984, de 17 de febrer, Sala Segona, Rec. 59/1983, el supòsit de fet de la qual consisteix en una llarga seqüència d'actes administratius dictats per òrgans de l'Ajuntament de Múrcia que s'inicien amb la realització d'unes obres que excedeixen del permès en la llicència aprovada i finalitzen amb la demolició de l'obra sense autorització judicial per entendre que l'existència d'un acte administratiu ferm és títol suficient per executar la demolició (l'Administració sosté en via administrativa i jurisdiccional que no és domicili, sinó un mer simulacre de ser-ho). El TC considera vulnerat el dret a la

majoritària¹¹⁷⁰. Per tant, generalment, quan se suscita algun dubte sobre si una situació es troba protegida per un determinat dret fonamental, el TC sol entendre que la situació es troba *a priori* emparada i, posteriorment, mitjançant l'aplicació de les restriccions que procedeixin -basades en un bé o interès constitucionalment protegit-, es pronuncia definitivament sobre si s'ha produït una ingerència il·lícita -per no haver-hi cap dret o interès constitucionalment protegit que justifiqui la ingerència o perquè és desproporcionada o vulnera el contingut essencial del dret- o si, al contrari, la intromissió estava justificada i, en conseqüència, no vulnera el dret en qüestió¹¹⁷¹.

Tal com destaquen diversos autors, aquesta concepció àmplia ofereix enormes avantatges, ja que el Tribunal Constitucional dota de major objectivitat les seves decisions, al no limitar-se a admetre o rebutjar de pla una pretesa ingerència. A més, això li permet apreciar, mitjançant el judici de proporcionalitat, si la restricció era estrictament necessària per preservar el dret o el bé constitucional a la protecció del qual es dirigeix la limitació, matisant llavors -mitjançant la interpretació conforme a la Constitució- l'abast d'una restricció convenient per protegir un altre dret o bé constitucional, sense veure's obligat a prescindir d'ella per complet¹¹⁷². Malgrat el que s'acaba d'explicar, excepcionalment i en determinades circumstàncies, el TC aplica un concepte estricte del

inviolabilitat del domicili, en considerar que l'art. 18.1 CE exigeix autorització judicial per entrar en el domicili, quan l'entrada sigui precisa per a executar un acte administratiu. En el raonament jurídic, el TC manifesta que «(...) la protecció constitucional del domicilio es una protecció de caràcter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 CE) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 CE). Todo ello obliga a mantener, por lo menos *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo» (FJ 2).

¹¹⁷⁰ Entre d'altres, Díez Pícazo opina que la concepció predominant del contingut dels drets fonamentals no traça una distinció nítida entre el que es troba inclòs o exclòs, sinó que es tendeix a veure els drets fonamentals, més aviat, com el conjunt del nucli de certesa i l'«halo» d'incertesa: aquest és ampli, té contorns difusos i abasta totes les situacions potencialment cobertes pel valor o bé jurídic proclamat; aquell -el nucli de certesa- és més reduït i comprèn només aquelles situacions que l'ordenament inequívocament protegeix com a dret fonamental. Díez Pícazo, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., pp. 106-107.

Per Borowski «la teoria de principis, y con ella la teoría de los derechos limitables, es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales». Borowski, M., «La restricción de los derechos... op. cit., p. 56. En el mateix sentit Brage Camazano, qui afirma que la concepció àmplia és el camí a seguir per «lograr dar a los derechos fundamentales un mayor alcance, una mayor fuerza expansiva, una exigencia ínsita a los mismos». Brage Camazano, J., *Los Límites a los derechos...* op. cit., p. 256.

¹¹⁷¹ En aquest mateix sentit, Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 93.

¹¹⁷² Per tots, *Ibíd.*, p. 95.

contingut dels drets. Això succeeix, especialment, quan es troba davant de casos potencials (en el sentit proposat per ALEXY)¹¹⁷³.

2.2.- Els límits de les restriccions dels drets fonamentals

El que caracteritza el constitucionalisme contemporani -seguint a PRIETO SANCHÍS- és que pretén regular «no sólo *quién* manda y *cómo* se manda, sino también en alguna medida *qué puede* e incluso *qué debe* mandarse», gràcies a la incorporació de principis i de drets fonamentals; és a dir, gràcies al contingut substantiu de la norma suprema. En aquest context, la norma vàlida ja no és, com en el antic positivisme legalista, aquella que ha sigut regularment promulgada, «cualquiera que sea su contenido»¹¹⁷⁴, sinó que aquesta validesa es condiona al compliment o no violació dels drets fonamentals¹¹⁷⁵

Des d'aquest punt de vista, als efectes dels nostre estudi, esdevé necessari analitzar els límits de la potestat punitiva de l'Estat quan afecta els drets fonamentals; és a dir, els límits de les restriccions dels drets fonamentals realitzades per la norma punitiva (límits al Poder legislatiu)¹¹⁷⁶. En la jurisprudència constitucional s'han establert dos límits a les

¹¹⁷³ A tall d'exemple, STC 2/1982, de 29 de gener, Sala Primera, Rec. 41/1981 (que tot i que l'argumentació inicial és la pròpia d'una concepció àmplia del contingut, es resol la qüestió sense necessitat de cap ponderació i, per tant, seguint una concepció estricta); STC 120/1990 de 27 de juny, Ple, Rec. 443/1990, i STC 137/1990, de 19 de juliol, Ple, Rec. 397/1990.

A més -seguint a MEDINA GUERRERO-, el TC, durant un període (fins a la STC 99/1994, de 11 d'abril, Sala Primera, Rec. 797/1990), també ha utilitzat la concepció estricta del contingut en els casos nascuts de les relacions privades. Això és, els supòsits -entre els que es troba l'abús dels drets- en què, davant del dret pretesament vulnerat, no se situa un dret o bé constitucionalment protegit sinó condicionants imposats per normes infraconstitucionals o assumits contractualment (en especial, en l'àmbit de les relacions laborals en què els drets fonamentals queden delimitats pels termes del contracte). Segons aquest autor, a partir de la STC 99/1994, aquesta tendència es modifica i les controvèrsies entre privats també es tracten com una qüestió de restricció de drets fonamentals i, conseqüentment, s'apliquen els mecanismes de control de les ingerències, en especial, el principi de proporcionalitat. MEDINA GUERRERO és molt crític amb aquest canvi de tendència. *Ibíd.*, p.108-112.

¹¹⁷⁴ Expressió utilitzada per KELSEN i citada per PRIETO SANCHÍS, L., Prólogo. A: LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011, p. 11.

¹¹⁷⁵ En el mateix sentit, *Ibíd.*, p. 11.

¹¹⁷⁶ Els límits a les restriccions legislatives són anomenats, en la doctrina constitucional, com a «límits dels límits», doncs el seu objectiu és impedir que la llibertat de configuració del legislador -que la pròpia conservació dels drets susceptibles d'entrar en conflicte reclama- no acabi per convertir-se en el cavall de Troia dels drets fonamentals. Tal com destaca MEDINA GUERRERO, els límits de les restriccions juntament amb els conceptes de *contingut* i *límit*, venen, així, a constituir la tríada necessària mitjançant la qual s'expressa la vinculació negativa del legislador als drets fonamentals. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 115.

restriccions: el principi de proporcionalitat i el contingut essencial dels drets fonamentals, si bé només el segon gaudeix de reconeixement constitucional exprés (art. 53.1 CE).

2.2.1.- El principi de proporcionalitat

El principi de proporcionalitat en el seu vessant de *prohibició d'excés* (*Übermaßverbot*), tal com ja s'ha explicat *supra* (vid. Capítol 3, apartat 3.5), s'ha desenvolupat principalment en l'àmbit de la teoria dels drets fonamentals, convertint-se en el test a superar per qualsevol mesura limitadora d'aquests drets, així com en el criteri per resoldre els seus conflictes¹¹⁷⁷.

Entès en el seu sentit ampli, tot i no trobar-se expressament previst en la CE, ha estat reconegut per la doctrina i la jurisprudència constitucionals com el principi que imposa els límits materials que ha de respectar tota acció de l'Estat que afecti els drets fonamentals. Tal com constata MIR PUIG, aquesta admissió és conseqüència del reconeixement que els drets constitucionals poden col·lisionar entre sí o amb altres béns jurídics rellevants. De manera que la vigència de tots els drets o béns que entren en col·lisió impedeix resoldre-la tenint en compte només un d'ells i desconeixent per complet l'altre. Així, el principi de proporcionalitat en sentit ampli sorgeix d'aquesta necessitat de tenir en compte el cost que per a un dret fonamental té donar preferència a un altre bé jurídic rellevant. És a dir, intenta evitar que el cost que representa la limitació d'un dret sigui superior al benefici que comporta per a un altre dret o bé jurídic¹¹⁷⁸.

Per bé que el principi de proporcionalitat com a límit constitucional de tota intervenció restrictiva dels drets fonamentals ha estat especialment desenvolupat en relació amb el legislador (especialment, en relació amb el legislador penal)¹¹⁷⁹, és

¹¹⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, L., Prólogo... op. cit., p. 12.

¹¹⁷⁸ En paraules de MIR PUIG, «es la propia *vigencia* de los derechos fundamentales lo que impide someterlos a limitaciones no justificadas para la obtención de un beneficio superior para otros derechos fundamentales o bienes jurídicos relevantes. La exigencia de proporcionalidad se fundamentará, pues, en la propia *vigencia* de los derechos fundamentales; y la proporcionalidad no será en este sentido más que un criterio interpretativo de las limitaciones que cada derecho fundamental tolera en aras de la satisfacción de otros derechos o bienes jurídicos relevantes». MIR PUIG, S., El principio de proporcionalidad como fundamento... op. cit., pp. 1370-1371.

¹¹⁷⁹ La quantitat d'estudis monogràfics sobre aquesta relació realitzats els darrers anys avalen aquesta afirmació. Entre d'altres: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, 1998, pp. 159-190; CUERDA ARNAU, M. L., Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal. A: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. 1, València,

d'aplicació a tots els poders públics; és a dir, el control de proporcionalitat es projecta sobre els actes de l'executiu, del legislatiu i del judicial (tot i que la doctrina i la jurisprudència es mostren molt més reticents en relació amb el control del legislador¹¹⁸⁰). De manera que aquests actes només podran reputar-se vàlids quan respectin cumulativament tres requisits: (i) que la intervenció sigui *adequada* per assolir la finalitat que es proposa; (ii) que sigui *necessària* (que no hi hagi una mesura alternativa menys gravosa per a l'interessat), i (iii) que sigui *proporcionada* en sentit estricte (que no comporti un sacrifici excessiu del dret o l'interès sobre el qual es produeix la intervenció pública)¹¹⁸¹. L'afectació d'aquests requisits sobre la distribució del *ius puniendi* s'ha detallat *supra* Capítol 3, al que ens remetem.

Per al que aquí interessa, l'exigència de proporcionalitat ha desenvolupat i segueix desenvolupant diverses funcions en l'àmbit del Dret punitiu. D'una banda, la proporcionalitat en abstracte (o com a qualitat exigible a la llei) s'erigeix com a requisit de l'activitat legislativa a l'hora de definir les infraccions -administratives o penals- i les sancions. De l'altra, en el moment d'individualitzar la pena, la proporcionalitat es mostra com un criteri fonamental per concretar o ajustar cada cas a les conseqüències jurídiques del delictes dins dels marges permesos per la llei; aquesta és l'anomenada proporcionalitat en concret. El principi de proporcionalitat -com veurem- també desenvolupa un paper fonamental en l'apreciació de les causes de justificació¹¹⁸².

Per últim, seguint a GONZÁLEZ BEILFUSS, convé distingir dues dimensions d'aquest principi: la dimensió formal i la dimensió material. La dimensió formal es troba vinculada directament al deure de motivació de l'acte restrictiu del dret -administratiu o judicial-, ja

Universitat de València, 1998, pp. 447-493; MIR PUIG, S., Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal. A: ECHANO BASALDUA, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, pp. 349-366; LOPERA MESA, G. P., «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales», *Jueces para la democracia*, núm. 53, 2005, pp. 39-53; LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales (CEPC), 2006; MIR PUIG, S., El principio de proporcionalidad como fundamento... op. cit., pp. 1370-1371, i LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011.

¹¹⁸⁰ Aquestes reticències es fonamenten, bàsicament, sobre dos motius: la sobirania del Parlament i el dèficit de racionalitat en l'aplicació del principi de proporcionalitat. Sobre aquestes qüestions vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, M., El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Navarra, Editorial Aranzadi, SA, 2003, p. 64; LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 44; CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 231.

¹¹⁸¹ Díez Pícazo, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 112.

¹¹⁸² En el mateix sentit, però projectat exclusivament sobre el Dret penal, LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., pp. 18-19.

que és la que permet analitzar si s'està davant d'una restricció proporcionada del mateix. Al seu torn, la dimensió material es refereix a les condicions que han de donar-se perquè la mesura objecte de control sigui respectuosa, des del punt de vista del seu contingut, amb el principi de proporcionalitat¹¹⁸³.

2.2.2.- El contingut essencial dels drets fonamentals

La garantia del contingut essencial dels drets fonamentals ha estat importada del constitucionalisme alemany (en concret, de l'art. 19.2 de la Llei fonamental de Bonn), on va sorgir amb la finalitat d'evitar un (nou) buidament d'aquests drets a través de l'activitat del legislador (com el que es va produir durant el Tercer Reich)¹¹⁸⁴. En conseqüència, la funció del contingut essencial és proporcionar un paràmetre mitjançant el qual es pugui determinar si una intervenció restrictiva del legislador -encaminada a preservar altres drets o béns constitucionals- sobre el contingut protegit *prima facie* d'un dret fonamental comprimeix de tal manera el contingut d'aquest dret que equival a la seva total desvirtuació.

Es poden distingir dues grans teories al voltant del contingut essencial dels drets fonamentals: la teoria relativa i la teoria absoluta¹¹⁸⁵. D'una banda, segons la teoria relativa, el contingut essencial es veu afectat quan experimenta una restricció superior a la necessària per aconseguir la finalitat que motiva la restricció. Per tant, aquest contingut essencial no està fixat inamoviblement sinó que està dotat d'unes dimensions variables, que depenen de la relació entre el mitjà i la finalitat de cada concreta restricció que pateixi el dret en qüestió. Entès en aquests termes, el contingut essencial és aquella part del dret que comença quan la restricció deixa de ser proporcionada (convertint el principi de proporcionalitat i el contingut essencial gairebé en sinònims). De l'altra, la teoria absoluta defensa la idea que en cada dret fonamental hi ha un nucli resistent al legislador. És a dir, en cada dret fonamental existeix un component substancial que exclou per complet

¹¹⁸³ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El Principio de Proporcionalidad...* op. cit., p. 40.

¹¹⁸⁴ Amb detall sobre l'origen i el contingut d'aquesta previsió constitucional a Alemanya, BRAGE CAMAZANO, J., *Los Límites a los derechos...* op. cit., pp. 232-242.

¹¹⁸⁵ Cal destacar que, en els estudis dedicats a l'anàlisi del contingut essencial, no hi ha unanimitat en la classificació de les teories. La majoria d'autors utilitzen la classificació utilitzada en el text, per exemple, DE OTTO PARDO, I., *La regulación del ejercicio...* op. cit., p. 126-131. BRAGE CAMAZANO, J., *Los Límites a los derechos...* op. cit., pp. 397-399; i MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 147. No obstant, altres autors proposen classificacions que inclouen més grups, d'entre els quals destaca BERNAL PULIDO, qui proposa tres grups de teories: la teoria espacial-absoluta, la teoria mixta i la teoria temporal-absoluta. BERNAL PULIDO, C *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 40.

qualsevol ingerència dels poders públics, encara que aquesta persegueixi una finalitat legítima i respecti el principi de proporcionalitat. El problema és la determinació de quin és aquest component substancial o contingut essencial de cada un dels drets fonamentals.

El Tribunal Constitucional espanyol i la doctrina majoritària s'inclina obertament - almenys en la línia de principi- a favor de la teoria absoluta, considerant que el contingut essencial és un límit de les restriccions amb entitat pròpia i diferenciada del principi de proporcionalitat¹¹⁸⁶. Aquesta concepció absoluta es veu clarament en la STC 11/1981, de 8 d'abril, Ple, Rec. 192/1980, que és, sens dubte, la sentència de referència en la jurisprudència constitucional pel que fa al contingut essencial dels drets fonamentals. Segons aquesta sentència, per reconèixer el contingut essencial d'un dret fonamental, cal realitzar dues operacions (FJ 8): (i) identificar aquelles facultats o possibilitats d'actuació que fan que es reconegui el dret com a pertinent al tipus abstracte preexistent (idea social que es té sobre el dret prèvia a l'actuació legislativa, que és la noció generalment admesa del que significa un dret) i sense les que queda desnaturalitzat, i (ii) identificar el nucli del dret subjectiu; això és, aquella part necessària per aconseguir que els béns jurídicament protegits per aquell dret resultin realment, concreta i efectivament protegits¹¹⁸⁷.

Tal com afirma Díez PICAZO, segons aquesta concepció, el principi de proporcionalitat va més enllà del que requereix el contingut essencial, ja que, mentre aquest només imposa que el dret no sigui destruït o desvirtuat, la proporcionalitat exigeix,

¹¹⁸⁶ En aquest sentit es pronuncien, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 154; Díez PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 114.

En sentit contrari opina BRAGE CAMAZANO, J., *Los Límites a los derechos...* op. cit., p. 403.

¹¹⁸⁷ Malgrat la gran tasca aclaridora que realitza aquesta sentència, diversos autors han destacat que incorre en contradiccions: d'una banda, estableix com a contingut essencial del dret de vaga «en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir» (FJ 10); mentre que, de l'altra, afegeix que «la afirmación de que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, no excluye por sí sola que el legislador al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas» (FJ 10). Tal com es desprèn dels paràgrafs transcrits, el contingut essencial del dret és tractat com el contingut protegit *prima facie* per la concepció àmplia del contingut del dret (accessible al legislador), enlloc de configurar-lo com un veritable límit intangible per a la restricció legislativa. Si bé així és així, més endavant la sentència exigeix que les intervencions legislatives respectin el contingut essencial del dret definit com aquelles modalitats de vaga suficients «para reconocer que el derecho existe como tal y eficaces para obtener las finalidades del derecho de huelga» (FJ 10), però sense determinar quines són aquestes modalitats. Sobre les contradiccions d'aquesta sentència, vid. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 357; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 154.

a més, que la restricció sigui adequada i necessària; i no totes les restriccions que respecten el contingut essencial d'un dret fonamental són adequades i necessàries¹¹⁸⁸.

No obstant, la dificultat de determinar el contingut essencial dels drets fonamentals provoca que aquest concepte sovint es confongui amb el contingut protegit *prima facie* o el contingut total del dret. Tal com han destacat diversos autors, això explica la utilització freqüent del concepte del contingut essencial en via d'emparament i el fet que aquest sigui atorgat o no en funció de si s'ha afectat el contingut essencial del dret, equiparant, per tant, qualsevol vulneració del contingut del dret amb la vulneració del contingut essencial¹¹⁸⁹.

2.3.- El paper de la llibertat d'expressió i informació i del dret de manifestació i reunió en una societat democràtica

El Dret punitiu en general i el Dret administratiu sancionador en particular tenen un paper rellevant en la determinació del contingut i l'abast de tots els drets i les llibertats fonamentals reconegudes en la CE; no obstant -com ja s'ha avançat *infra*-, en el present treball ens centrem únicament en la relació del Dret administratiu sancionador amb la llibertat d'expressió i informació (art. 20 CE) i amb el dret de manifestació i reunió (art. 21 CE) *quan són exercits en l'espai públic*. Aquesta elecció no és casual sinó que es troba justificada, d'una banda, en el paper d'aquests drets en les societats democràtiques i, de l'altra, en l'especial relació que el seu exercici té amb la crítica de l'actuació dels poders públics, entre ells, el Poder executiu (estretament vinculat amb l'actuació de les administracions públiques encarregades de resoldre els procediments administratius sancionadors)¹¹⁹⁰.

Centrant-nos en el paper d'aquests drets en les societats democràtiques, cal diferenciar l'àmbit jurídicament protegit dels drets fonamentals i la seva funció

¹¹⁸⁸ Tal com destaca DíEZ PICAZO, el respecte del contingut essencial vindria a coincidir amb el tercer dels requisits del principi de proporcionalitat: la proporcionalitat en sentit estricte. DíEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 113.

¹¹⁸⁹ Per tots, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., p. 155.

¹¹⁹⁰ Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las Libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Civitas, 1999, *passim*; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El Orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 33; BAUCCELLS LLADÓS, J., «El nuevo "derecho sancionador autoritario". Acerca de la inconstitucionalidad del Código penal y la ley de protección de la seguridad ciudadana». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, pp. 15-17.

institucional. L'àmbit jurídicament protegit es correspon amb aquella porció de llibertat que la CE reconeix als ciutadans perquè puguin desenvolupar plenament la seva personalitat (art. 10.1 CE). Aquest àmbit de llibertat gaudeix de la màxima protecció constitucional i és indemne a l'actuació limitadora dels poders públics. Ara bé, alguns drets fonamentals compleixen, a més, una funció institucional que transcendeix l'individu que exerceix el dret i es projecta sobre el conjunt de la societat. Entre aquests es troben la llibertat d'expressió i informació, i el dret de reunió i manifestació¹¹⁹¹.

Des d'aquesta perspectiva, el TC ha declarat que l'exercici de la llibertat d'expressió i informació contribueix a la formació d'una opinió pública lliure «indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático»¹¹⁹². Al seu torn, el dret de reunió i manifestació «opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo»¹¹⁹³. En aquest mateix sentit, el TEDH ha afirmat en reiterades ocasions que tant la llibertat d'expressió i informació com el dret de reunió i manifestació constitueixen fonaments essencials d'una societat democràtica i «por lo tanto, no debe interpretarse de manera restrictiva»¹¹⁹⁴.

Així, la vinculació positiva d'aquests drets i llibertats fonamentals imposa que les normes jurídiques han de ser interpretades en el sentit que resulti més favorables per a la seva efectivitat¹¹⁹⁵. El trasllat d'aquesta obligació a l'àmbit punitiu -administratiu o penal- significa que l'òrgan que conegui d'un fet aparentment tipificat en una norma punitiva haurà d'apreciar l'existència d'infracció únicament quan la conducta encaixi inequívocament en el corresponent precepte. Al seu torn, el legislador ha de facilitar la tasca d'aquell òrgan descrivint els tipus amb termes clars i precisos que salvaguardin la seguretat jurídica dels ciutadans¹¹⁹⁶. Ara bé, el fet que el comportament típic es cometi

¹¹⁹¹ En el mateix sentit, COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 41, 2019, p. 103.

¹¹⁹² Entre d'altres, STC 12/1982, de 31 de març, Ple, Rec. 227/1981, FJ 3.

¹¹⁹³ Entre d'altres, STC 85/1988, de 28 de abril, Sala Primera, Rec. 942/1987, FJ 2.

¹¹⁹⁴ Per totes, STEDH, de 15 d'octubre de 2015, assumpte *Kudrevičius i altres contra Lithuania*, § 91.

¹¹⁹⁵ Vid. SSTC 47/1987, de 22 de abril, Sala Primera, Rec. 46/1986, FJ 2; 32/1989, de 13 de febrer, Sala Primera, Rec. 1084/1987, FJ 1; 26/2004, de 26 de febrer, Sala Segona, Rec. 1085/2004, FJ 6, i 105/2012, de 11 de maig, Sala Primera, Rec. 2548/2012, FJ 7.

¹¹⁹⁶ En el mateix sentit però projectat exclusivament sobre el Dret penal, COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 100.

en ocasió de l'exercici d'un dret fonamental -normalment, la llibertat d'expressió o el dret de manifestació- pot tenir efectes jurídics. En concret, és possible que la conducta enjudiciada constitueixi *exercici legítim* d'un dret fonamental, supòsit en què s'haurà d'apreciar la causa de justificació d'exercici legítim. No obstant, la rellevància d'aquests drets en un sistema democràtic és tal que el seu exercici, fins i tot quan no és legítim o es *produeix en excés*, no pot ser reprimat de manera desproporcionada. Per tant, és necessari estudiar com es relaciona el Dret administratiu sancionador amb l'exercici legítim i amb l'excés en l'exercici dels d'aquests drets i llibertats fonamentals.

3.- LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ I L'EXERCICI LEGÍTIM DELS DRETS I LES LLIBERTATS FONAMENTALS

3.1.- La causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret fonamental: regulació i delimitació en cada un dels àmbits punitius

El reconeixement per part de l'ordenament jurídic d'un determinat dret comporta la possibilitat d'exercir-lo sempre que no es sobrepassi cap dels límits que el propi ordenament hagi establert per al dret en qüestió (com hem vist, en relació amb els drets fonamentals, aquests límits poden provenir de la legislació -per al que aquí interessa, de la legislació punitiva). Seguint aquest senzill esquema, en Dret penal s'afirma que en els casos en què l'exercici d'un dret es realitzi sobrepassant un límit o restricció establert en una norma penal -això és, els casos en què l'exercici coincideix amb el supòsit de fet previst en un tipus-, la conducta en qüestió és qualificada inicialment o provisionalment d'antijurídica. Aquest judici provisional esdevindrà definitiu si no hi ha cap causa de justificació; i, per contra, si una causa de justificació és d'aplicació al supòsit concret, la conducta en qüestió no resultarà antijurídica, malgrat que hagi transgredit un límit penal. De manera que és possible afirmar -com ho fa UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA- que qualsevol conducta en exercici d'un dret que incorri en el compliment d'un tipus penal és antijurídica si no hi concorre cap causa de justificació i, en canvi, si concorre alguna causa de justificació, la conducta, tot i ser típica, es troba exempta de responsabilitat punitiva i, conseqüentment, resulta permesa¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁷ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La exigencia de «ejercicio legítimo de un derecho» (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 63, 2002.

En Dret administratiu sancionador el punt de partida és exactament el mateix que en Dret penal: la realització d'un fet típic, descrit com a infracció administrativa, és ja un indici d'antijuridicitat; indici que es veurà confirmat si en la situació concreta no operen causes de justificació. De manera que – seguint a GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES-, la regla és que l'acció tipificada sigui antijurídica i l'excepció és que el comportament típic no sigui antijurídic. Aquesta excepció s'aplica si, en el cas concret, hi ha alguna causa de justificació o d'exclusió de la culpabilitat; en aquests casos, estem en presència de normes de caràcter permissiu que, en la situació concreta, autoritzen la conducta¹¹⁹⁸. En aquest mateix sentit es pronuncia NIETO GARCIA, per a qui la imputació concreta d'antijuridicitat ha d'anar precedida d'una anàlisi amb la qual es descartin les possibles causes de justificació. Perquè, per tal de considerar antijurídica una acció, no és suficient constatar que efectivament contradiu una llei sinó que és necessari verificar, a més, que la contradicció no es troba coberta per alguna causa que la justifiqui i que, en últim extrem, elimini tal contradicció; ja que, només en el cas de no ser aplicable cap causa de justificació, es podrà parlar d'antijuridicitat en sentit propi¹¹⁹⁹.

Tal com ja s'ha avançat *supra* (vid. Capítol 2, apartat 1.1.2), en el nostre ordenament jurídic, les causes de justificació no es troben expressament regulades pel Dret administratiu sancionador ni tampoc existeix cap precepte que disposi -de forma generalitzada- que les causes de justificació pròpies del Dret penal són aplicables també a l'àmbit administratiu sancionador¹²⁰⁰; en canvi, en d'altres països del nostre entorn cultural aquesta previsió sí que es troba expressament normada¹²⁰¹. No obstant, la falta de remissió expressa en el nostre ordenament no ha impedit sostenir que la regulació penal de les causes de justificació és aplicable a les infraccions administratives sobre la base de la unitat del *ius puniendi* i de la identitat substancial d'un i altre àmbit punitiu que permet

¹¹⁹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 419.

¹¹⁹⁹ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 504.

¹²⁰⁰ A diferència de la normativa general, l'art. 6 de la Llei 2/1998, de 20 de febrer, de la potestat sancionadora de les Administracions Públiques de la Comunitat Autònoma del País Basc, realitza una remissió expressa a les causes de exempció de la responsabilitat previstes al CP «siempre que sean compatibles con la naturaleza y finalidad de la infracción concreta y de la regulación material sectorial de que se trate, y, en su caso, con las matizaciones que se determinen en ella». Una anàlisi amb detall de la previsió establerta en aquest article la trobem a LAZKANO BROTONS, I., Causas de exención de la responsabilidad. A: LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Ley de la potestad sancionadora: comentario sistemático*, Bilbao, LETE Argitaletxea, 2006, pp.149-170.

¹²⁰¹ Així, per exemple, a Itàlia, els arts. 51, 52 i 53 del Codi Penal d'aquell país, relatius a l'exercici legítim d'un dret, al compliment d'un deure, a la legítima defensa i a l'estat de necessitat, s'apliquen al Dret administratiu sancionador en virtut de l'art. 4 de la Llei 689/1981. Sobre aquesta previsió, vid. GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 422, nota al peu 7.

recórrer a un raonament analògic en benefici de l'infractor¹²⁰². Aquesta afirmació es veu reforçada per la idea que l'antijuridicitat no es decideix en virtut d'un determinat sector del Dret –administratiu o penal-, sinó considerant la totalitat de l'ordenament jurídic¹²⁰³. Així, la jurisprudència ha admès l'aplicació -amb matisos- d'algunes de les causes d'extinció de la responsabilitat previstes en l'art. 20 CP¹²⁰⁴, d'entre les quals es troba «el que obre en cumplimiento de un deber o *en el ejercicio legítimo de un derecho*, oficio o cargo» (art. 20.7º CP, que coincideix plenament amb la redacció de l'art. 8.11º de l'anterior CP¹²⁰⁵).

Com es desprèn del precepte transcrit, aquest eximent recull tres situacions diferenciables: (i) el compliment d'un deure, (ii) l'exercici legítim dret i (iii) l'exercici d'ofici o càrrec. Diversos autors han destacat que aquestes tres situacions ofereixen una indubtable afinitat, ja que les tres són facultats que té una persona per voluntat del Dret; no obstant, la naturalesa jurídica d'unes situacions i altres no són idèntiques¹²⁰⁶. En el present estudi, per coherència amb l'objecte del nostre treball, ens centrarem exclusivament en l'anàlisi de l'exercici legítim d'un dret, per bé que cal destacar que, de les tres causes d'extinció de la responsabilitat previstes en l'art. 20.7º CP, aquesta ha estat la que ha rebut una menor atenció en la doctrina penalista¹²⁰⁷.

¹²⁰² En aquest mateix sentit, *Ibíd.*, p. 422. Fins i tot els autors que es mostren més recelosos amb l'aplicabilitat de les causes de justificació admeten la translació de l'àmbit penal a l'administratiu sancionador. Així, per exemple, GALLARDO CASTILLO afirma que «el silencio que la LRPAC guarda en torno a esta cuestión permite el planteamiento de su aplicabilidad en este ámbito y, aunque resultan verdaderamente aislados y nada frecuentes -excepcionales podría decirse- los supuestos en que puede apreciarse la concurrencia de alguna causa exculpatoria de la acción antijurídica cometida por algún sujeto, podríamos convenir en su plena traslación del ámbito penal al administrativo, por supuesto con las debidas cautelas que recomiendan -más bien, imponen- el TC y el TS». GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los Principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*, Madrid, Iustel, 2008. p. 169.

¹²⁰³ MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., pp. 314-315.

¹²⁰⁴ Amb detall sobre les causes previstes en aquest article, vid. CARBONELL MATEU, J. C., El sistema de la justificació en el artículo 20 CP/1995. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 121-142.

¹²⁰⁵ Decret 3096/1973, de 14 de setembre, pel qual es publica el Codi Penal, text refós d'acord amb la Llei 44/1971, de 15 de novembre.

¹²⁰⁶ Per tots, QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 487.

¹²⁰⁷ Així ho constata MESTRE DELGADO, qui afirma que «la doctrina española ha discriminado de igual manera [que la jurisprudencia] las diversas circunstancias que se contenían en aquel artículo 8.11 del Código que acaba de derogarse, ofreciendo numerosos y muy interesantes estudios sobre las circunstancias de cumplimiento de un deber o ejercicio de un cargo, que contrastan de forma llamativa con la ausencia absoluta en la ciencia española, en lo que yo conozco, de monografías que aborden específicamente la eficacia justificadora del ejercicio legítimo de un derecho». MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, Madrid, Edisofer, 2001, p. 16 i 17. Aquesta situació no ha variat en excés

Malgrat la poca atenció prestada per la major part dels penalistes a aquesta causa de justificació, en la nostra opinió, en un Estat de Dret en què, com hem vist, els drets i les llibertats fonamentals es configuren com a límits de l'actuació estatal, l'eficàcia justificant de l'exercici legítim d'un dret fonamental hauria de constituir una clàusula exonerativa de gran transcendència¹²⁰⁸; i, de fet, així ho consideren la major part d'autors administrativistes¹²⁰⁹. De manera que, en relació amb la causa de justificació d'exercici legítim d'un dret es dona un fet paradoxal: en l'àmbit del Dret penal, que és on existeix un marc normatiu que permet aplicar amb gran seguretat jurídica aquest eximent, la doctrina científica no admet la seva potencialitat en relació amb l'exercici dels drets i de les llibertats fonamentals; en canvi, el l'àmbit del Dret administratiu sancionador, on no hi ha un marc normatiu reconegut expressament aquesta causa de justificació ni -en la nostra opinió- hi ha una depuració dogmàtica suficient que permeti la seva exigència en el si del procediment administratiu sancionador, la doctrina científica reconeix la importància i transcendència d'aquesta causa de justificació en relació amb l'exercici dels drets i de les llibertats fonamentals. Tot seguit descriurem els motius que ens porten a afirmar l'existència d'aquesta paradoxa i les seves possibles causes, però primer mostrarem les divergències en l'estudi de l'extinció de la responsabilitat per l'exercici legítim d'un dret en la doctrina penalista i en l'administrativista.

3.1.1.- L'extinció de la responsabilitat per l'exercici legítim d'un dret en la doctrina penalista

Els continguts tradicionalment atribuïts a la causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret, prevista a l'art. 20.7º CP, per part de la literatura científica penalista no es troben vinculats a l'exercici dels drets i de les llibertats fonamentals reconegudes per la CE o pels tractats internacionals, sinó que s'hi inclou una heterogeneïtat de continguts que, majoritàriament, es poden agrupar en els supòsits que segueixen¹²¹⁰:

- Les vies de fet

des de que l'autor va escriure aquestes paraules i, actualment, les altres dues causes de justificació segueixen rebent una major atenció.

¹²⁰⁸ En el mateix sentit, *Ibíd.*, p. 13.

¹²⁰⁹ Vid. *infra* apartat 3.1.2.

¹²¹⁰ Inclouen els continguts que es descriuen en el text, entre d'altres: CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tom 40, núm. 2, 1987, pp. 273-300; MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pp. 346-349; QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., pp. 487-493, i MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pp. 499-508.

- El dret de correcció educativa
- La pràctica esportiva
- L'exercici d'activitats professionals (en especial, dels metges, advocats i periodistes)

Així, en el estudis que s'ocupen d'aquesta qüestió, només de manera excepcional algun autor inclou, en l'exercici legítim d'un dret, els conflictes entre l'exercici de drets reconeguts per la CE i determinats tipus penals. D'entre aquests autors, destaca QUINTERO OLIVARES, per a qui aquests supòsits «no deben ser tenidos por supuestos «normales» de ejercicio del derecho, puesto que ni siquiera deben ser «actos típicos» para el Derecho penal, y si lo son es porque en realidad han traspasado el ejercicio legítimo invadiendo el ámbito a otro derecho fundamental». L'autor afegeix que la major part d'aquests conflictes ja s'han resolt per l'acomodació del Dret penal positiu als mandats constitucionals mitjançant modificacions legislatives impulsades per sentències del Tribunal Constitucional¹²¹¹.

Les afirmacions realitzades per aquest autor ens aproximen a la qüestió de fons de la no inclusió dels conflictes entre l'exercici de drets reconeguts per la CE i determinats tipus penals en el contingut d'aquest eximent: una concepció estricta dels drets fonamentals que no permet admetre que una mateixa situació pugui subsumir-se *ahora* en un tipus penal i en el contingut de l'exerceixi legítim d'un dret fonamental. És a dir, segons aquesta forma d'entendre la relació entre dret punitiu i drets fonamentals o bé estem en el supòsit previst en la norma penal i la conducta no és exercici legítim d'un dret o bé estem en l'exercici legítim d'un dret i la norma penal s'ha extralimitat i, per tant, és inconstitucional i cal modificar-la (més endavant aprofundirem en aquesta qüestió). De manera que l'atenció sobre l'exercici legítim d'un dret fonamental es desplaça de l'antijuridicitat a l'atipicitat; és a dir, es posa el focus en la necessitat de depurar dogmàticament els tipus penals per tal d'excloure'n qualsevol manifestació d'exercici legítim dels drets fonamentals.

3.1.2.- L'extinció de la responsabilitat per l'exercici legítim d'un dret en la doctrina administrativista

En l'àmbit administratiu sancionador, com s'ha avançat, els autors que han analitzat l'extinció de la responsabilitat per l'exercici legítim d'un dret han inclòs en el contingut

¹²¹¹ QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 490.

d'aquest eximent, de forma majoritària, l'exercici dels drets i les llibertats fonamentals. Als sols efectes il·lustratius de la posició dels treballs que s'han ocupat de la qüestió de les causes de justificació aplicables al Dret administratiu sancionador, destaquem els autors que segueixen:

NIETO GARCIA reconeix, d'entre les causes de justificació aplicables al Dret administratiu sancionador, l'exercici legítim d'un dret o en compliment d'un deure, on inclou els drets i llibertats constitucionals¹²¹². En concret, aquest autor determina que «la jurisprudencia ha tenido abundantes ocasiones de anular sanciones impuestas por *inequívocas* infracciones administrativas pero que se referían a acciones justificadas por el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la constitución» (les cursives són nostres), amb cita a les SSTC 42/2000, de 14 de febrer, 124/2005, de 23 de maig, i STS 22 de febrer de 1993, de 14 de març de 1994¹²¹³.

En opinió de GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES, la regulació penal de les causes de justificació és plenament aplicable al Dret administratiu sancionador, amb referència expressa al compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec (art. 20.7º CP)¹²¹⁴. Per a aquests autors, l'exercici de drets constitucionals com la llibertat d'expressió i d'informació poden determinar l'exclusió de la rellevància típica de certes accions (amb cita a la STS de 26 de setembre de 1996, FJ 14¹²¹⁵). Encara més, afirmen que l'exercici legítim d'un dret -com la llibertat d'expressió o d'opinió- pot constituir-se en causa de justificació en relació amb determinades infraccions administratives¹²¹⁶, sent,

¹²¹² Les altres causes de justificació previstes per aquest autor son: (i) l'estat de necessitat; (ii) la força major i (iii) la confiança legítima, i la bona fe. NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª edició), Madrid, Tecnos, 2012 (reimpresió 2015), pp. 504-510.

¹²¹³ NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 505.

¹²¹⁴ GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES inclouen també en l'àmbit administratiu sancionador dues altres causes de justificació provinents del Dret penal: (i) legítima defensa (art. 20.4º CP) i (ii) estat de necessitat (art. 20.5º CP). GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 422-430.

¹²¹⁵ Cal tenir present que aquesta sentència acaba anul·lant el precepte del reglament que establia la tipificació de la infracció. En concret, en el FJ 14 el TS conclou que «en la medida en que el tipo aquí analizado adolece de la exhaustividad y carencia de matices, que se destacaron más atrás, es indudable que resultan incluidas en él conductas de lícito ejercicio del derecho de libertad de expresión, compatibles con los límites específicos derivados del especial rigor de los deberes de jerarquía y obediencia, y en tal sentido el tipo, tal y como está formulado, entra en colisión con el art. 20.1, a) CE, imponiéndose por ello el éxito del recurso en este punto, con la correspondiente anulación del precepto reglamentario impugnado, conforme a lo dispuesto en los arts. 83.2 y 84, a) de nuestra Ley Jurisdiccional».

¹²¹⁶ Els autors citen, com a exemple, l'art. 76.4 b) de la Llei 10/1990, de 15 d'octubre, de l'Esport, que estableix com a infraccions greus «los actos notorios y públicos que atenten a la dignidad o decoro deportivos», en relació amb el qual s'ha qüestionat si les declaracions públiques injurioses incideixen en l'àmbit de la llibertat d'expressió. Amb detall sobre la jurisprudència recaiguda

en qualsevol cas, aplicable la causa de justificació d'exercici legítim d'un dret en els mateixos termes en el Dret administratiu sancionador que en el marc del Dret penal¹²¹⁷.

CANO CAMPOS manifesta que una de les causes de justificació més habituals en Dret administratiu sancionador és l'exercici d'un dret i, en la seva opinió, l'exemple més clar és l'exercici del dret de manifestació (SSTS 22 de febrer de 1993, i de 14 de març de 1994), tot i que destaca que també s'ha admès com a causa de justificació la llibertat ideològica (STC 145/2015, de 25 de juny) i la llibertat d'expressió (SSTC 187/2015, de 21 de setembre i 38/2017, de 24 d'abril)¹²¹⁸.

Al seu torn, BUENO ARMIJO afirma que el major desenvolupament jurisprudencial de la causa de justificació d'actuació en compliment d'un deure o en el exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec, en l'àmbit del Dret administratiu sancionador, s'ha produït en relació amb l'exercici dels drets; en especial, dels drets fonamentals (amb un protagonisme destacat del Tribunal Constitucional). En paraules d'aquest autor, «en efecto, si el ejercicio de un derecho (o incluso de un oficio o cargo) puede constituir una causa de justificación que elimine la antijuricidad de las conductas típicas, en el caso de que el derecho ejercido sea una de los derechos reconocidos como fundamentales por nuestra Constitución esta exclusión se ve notablemente reforzada». L'autor analitza de forma detallada la jurisprudència del TC i la jurisprudència ordinària en relació amb diversos drets, d'entre els quals destaquen als efectes de la nostra investigació: (i) dret de manifestació (SSTC 42/2000, de 14 de febrer, i 110/2006, de 3 d'abril); (ii) dret a la llibertat d'informació (STS de 26 de juny de 2008) i (iii) dret a la llibertat d'expressió (STC 101/2003, de 2 de juny)¹²¹⁹.

MUÑOZ MACHADO destaca que el compliment d'un deure o l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec apareixen amb freqüència en la jurisprudència «para salvaguardar la eficacia de los derechos fundamentales». Segons l'esmentat autor, en termes generals la jurisprudència constitucional té establert que l'exercici d'un dret, dins dels seus propis límits, no pot ser mai objecte de sanció (STC 124/2005, de 23 de maig). De manera que «el ejercicio de los derechos fundamentales es utilizado reiteradamente como causa de justificación». Entre d'altres, posa com a exemples: (i) el dret de manifestació per

sobre aquesta qüestió, vid. GAMERO CASADO, E., *Las Sanciones deportivas: régimen disciplinario, violencia y espectáculo, dopaje*, Barcelona, Bosch, 2003, pp. 300-303.

¹²¹⁷ GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., pp. 426-427.

¹²¹⁸ CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo...* op. cit., p. 90.

¹²¹⁹ BUENO ARMIJO, A. M., *La antijuricidad como elemento...* op. cit., pp. 230-241.

justificar que no s'atenguin les ordres dels agents de l'autoritat per evitar la interrupció del tràfic rodat (SSTC 42/2000, de 14 de febrer, i 31/2007, de 12 de febrer), i (ii) les tensions entre la llibertat d'informació, com a causa de justificació, davant de sancions imposades per vulneració d'altres drets com la protecció de dades; els deures disciplinaris, el dret de defensa, etc. que, segons MUÑOZ MACHADO, són també de contínua ponderació per la jurisprudència del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional (SSTS de 26 de juny 2008 i de 4 d'octubre de 2002; SSTC 65/2004, de 19 d'abril, 22/2005, de 1 de febrer, 232/2005, de 26 de setembre, 24/2007, de 12 de febrer i 145/2007, de 18 de juny)¹²²⁰.

Per últim, LAZKANO BROTONS -en analitzar la remissió de l'art 6 de la Llei 2/1998, de 20 de febrer, de la potestat sancionadora de les Administracions Públiques de la Comunitat Autònoma del País Basc, a les causes d'exempció de la responsabilitat previstes al CP- conclou que la possibilitat d'al·legar la causa penal extintiva, d'obrar en compliment d'un deure o en el exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec, permet evitar la responsabilitat administrativa quan una actuació configurada com a infracció administrativa estigui emparada com a legítima en un altre sector de l'ordenament, el qual -al seu torn- configuri aquesta conducta com un dret o una obligació «incluyendo, claro está, las conductas amparadas por el ejercicio de derechos fundamentales (libertad de expresión, derecho de huelga, etc.)¹²²¹».

Les afirmacions realitzades per tots aquests autors -per bé que només són una mostra- ens permeten afirmar que, en la doctrina científica administrativista, s'admet que una mateixa situació de fet pot subsumir-se *ahora* en un tipus administratiu i en el contingut de l'exerceixi legítim d'un dret fonamental; és a dir, en els termes que venim utilitzant en el present treball, es pot afirmar que els autors citats segueixen una concepció àmplia dels drets fonamentals. A diferència dels autors penalistes, en aquests casos no es desplaça l'atenció de l'antijuridicitat a l'atipicitat; o sigui, no es reclama la inconstitucionalitat del precepte que descriu la infracció o la seva depuració dogmàtica, sinó que s'accepta que els tipus administratius puguin incloure, en determinats supòsits concrets, conductes que inequívocament siguin exercici legítim d'un dret fonamental¹²²².

En la nostra opinió, aquesta diferent percepció sobre la possibilitat que els tipus -penals i administratius- puguin envair l'àmbit propi de l'exercici legítim dels drets fonamentals es deu a les característiques pròpies d'una i altra manifestació del *ius*

¹²²⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo...* op. cit., pp. 313-314.

¹²²¹ LAZKANO BROTONS, I., *Causas de exención...* op. cit., p. 158.

¹²²² L'expressió "inequívocament" és utilitzada per NIETO GARCIA (veure *supra* en el text)

puniendi. En Dret penal, com és sabut, els tipus es troben majoritàriament codificats i són quantificables, la qual cosa possibilita la realització d'una anàlisi detallada per a cada delictes (en la qual es delimiten amb claredat els seus contorns, la seves modalitats, les causes de justificació que s'hi relacionen, etc.) que es concreta en l'anomenada part especial del Dret penal. Per contra, en Dret administratiu sancionador aquesta anàlisi individualitzada per a cada infracció no només no s'ha realitzat, sinó que és irrealitzable, atesa la quantitat d'infraccions disperses pels diversos àmbits normatius sectorials. Al seu torn, en aquest Dret, la formulació dels tipus és més oberta i imprecisa, cosa que comporta que sovint sigui possible subsumir algunes modalitats d'exercici legítim *en la literalitat* de les tipificacions de conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals; així, la posició adoptada pels autors administrativistes és una conseqüència necessària d'aquesta configuració de les tipificacions (és una conseqüència de l'amplitud dels tipus).

D'altra banda, en la major part dels treballs analitzats apareixen sentències coincidents per fonamentar la posició mantinguda pels diversos autors. És per això que creiem important analitzar el contingut de les sentències esmentades amb més freqüència (totes elles vinculades al dret de manifestació) i que apuntalen les argumentacions dels autors:

a) STC 42/2000, de 14 de febrer, Sala Segona, Rec. 602/1997: recurs d'empara contra una sanció administrativa (multa de 50.005 pessetes -això és, aproximadament 300,50 €) imposada per infraccions administratives tipificades en els arts. 23 m) y 26 h) i i) de la LOPSC 1992, per haver participat en una manifestació de treballadors -que havia estat prèviament comunicada a l'autoritat governativa- i haver estat «identificado como integrante del grupo que interrumpió el tráfico rodado durante 45 min; haciendo caso omiso de las reiteradas advertencias formuladas por los agentes de la Autoridad, y dando origen a desórdenes en la vía pública y a la consiguiente alteración de la seguridad colectiva» (FJ 1). Sobre la base d'aquests fets, el TC analitza el contingut del dret de manifestació previst a l'art. 21 CE, els seus límits i les conductes que poden ser considerades una extralimitació de l'exercici del dret (FJ 2 a FJ 4). Projectada aquesta anàlisi sobre el cas concret, l'Alt Tribunal estableix que:

«La aplicación de esta doctrina al caso que ahora enjuiciamos determina que la sanción impuesta al demandante de amparo no pueda considerarse conforme con el derecho que consagra el art. 21 CE. Dicha sanción se fundamenta en la alteración del orden público que, con ocasión de su participación en una manifestación debidamente autorizada, originó el grupo de manifestantes en el que se encontraba el recurrente al interrumpir el tráfico durante cuarenta y cinco minutos. Sin embargo, como queda dicho, la interrupción del tráfico en una parte del recorrido por el que discurre una manifestación no puede

considerarse, sin más, como una conducta contraria al límite que específicamente establece el art. 21 CE, pues, tal y como se ha indicado, los cortes de tráfico solo pueden considerarse comprendidos en dicho límite cuando como consecuencia de los mismos puedan ponerse en peligro personas o bienes.

En este supuesto, de los hechos declarados probados no puede deducirse que existan circunstancias especiales que puedan haber requerido la no paralización del tráfico como una exigencia de orden público que vinera motivada por la necesidad de evitar los señalados peligros para personas o bienes. (...) Por todo ello hay que concluir que la conducta del recurrente se encontraba amparada en el ejercicio de este derecho fundamental y por esta razón la sanción impuesta debe considerarse lesiva del mismo, ya que la Administración no ha acreditado --ni siquiera ha sido alegado-- que el recurrente en amparo haya originado una alteración del orden público que pusiera en peligro personas o bienes, ni que haya realizado un ejercicio abusivo de su derecho de manifestación que, por conllevar una restricción de otros valores constitucionales, suponga una extralimitación en su derecho constitucional de reunión que le deje al margen de la protección constitucional que este derecho fundamental dispensa» (FJ 5).

Per tant, en aquesta sentència, el TC considera que la conducta sancionada es trobava emparada en l'exercici legítim del dret de manifestació i de reunió, malgrat que es duguessin a terme actuacions que podien ser subsumides en algun dels tipus previstos en la LOPSC 1992. En concret, d'una banda, fer cas omís de les indicacions dels agents de l'autoritat era subsumible en l'art. 26 h) que tipificava com a infracció lleu «desobedecer los mandatos de la autoridad o de sus agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuando ello no constituya infracción penal»; i, de l'altra, la interrupció del trànsit era subsumible en l'art 26 i) que tipificava com a infracció lleu «alterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos».

b) STC 124/2005, de 23 de maig, Sala Primera, Rec. 623/2000: denegació d'un recurs d'emparament interposat contra la imposició d'una sanció administrativa de multa (en la sentència no costa l'import de la sanció) per infracció de l'art. 154 de el Reglament General de Circulació per estacionar un vehicle en una zona peatonal, sense respectar un senyal de prohibició. La interposició del recurs es fonamenta en una vulneració del dret de manifestació previst a l'art. 21 CE, sobre la base que el “mal” estacionament del vehicle es troba justificat per tractar-se d'un vehicle que, portant la megafonia, les octavetes i els comunicats públics a distribuir entre la població, formava part d'una manifestació en la via pública degudament comunicada. El TC, després d'analitzar les circumstàncies concretes del cas, conclou que en el moment de realitzar la denúncia en el vehicle no hi havia ningú, «no observándose tampoco ningún megáfono ni nada parecido» i, a més, «no cabía apreciar que la sanción por dicho hecho hubiera tenido ninguna

incidencia restrictiva en su derecho de reunión o manifestación, ya que el vehículo estaba estacionado y, por tanto, no participaba en dicha manifestación» (FJ 5). Deixant al marge les circumstàncies del cas concret, el que els autors analitzats posen de relleu és que en aquesta sentència el TC determina que:

«este Tribunal ha venido reiterando desde muy temprana jurisprudencia que «la utilización de un derecho constitucional no puede nunca ser objeto de sanción» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22), lo que se ha predicado tanto en relación con la imposición de sanciones de carácter laboral (por todas, STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 8), administrativo (por todas, STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 5, precisamente en relación con el derecho de reunión), como penal (por todas, STC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 5; o 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6, esta última también en relación con el derecho de reunión). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. Por ello, si el poder público prescinde de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción (por todas, STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5).» (FJ 3).

Tal com es desprèn del precepte transcrit, l'Alt tribunal reconeix que no hi ha diferències en l'efecte justificador de l'exercici dels drets fonamentals en relació amb les sancions imposades en qualsevol dels diversos àmbits de l'ordenament jurídic (laboral, administratiu o penal). A més, admet la possibilitat que els tipus punitius siguin parcialment coincidents amb l'àmbit objectiu dels drets. Aquests supòsits -per bé que no desitjables- han de ser resolts a favor dels drets exercits, atesa la dimensió objectiva dels drets fonamentals, la qual imposa als poders públics l'obligació de respectar el seu contingut constitucional i impedeix restriccions innecessàries o desproporcionades.

c) STC 110/2006, de 3 d'abril, Sala Segona, Rec. 6350/2004: recurs d'emparament contra una sanció administrativa (multa de 301 €) imposada per infraccions tipificades a l'art. 23, apartats n) i h) LOPSC 1992, per haver instigat els participants en una manifestació sindical -que havia estat prèviament comunicada a l'autoritat governativa- a ocupar la calçada del carrer, la qual cosa efectivament van dur a terme durant 40 minuts, amb el consegüent tall de la circulació dels vehicles en els dos sentits de la via. El TC analitza el contingut del dret de manifestació previst a l'art. 21 CE, els seus límits i les conductes que poden ser considerades una extralimitació de l'exercici del dret i conclou

que «en el presente supuesto se vulneró el derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE), pues la sanción se impuso por una conducta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional acabada de citar, no traspasó los límites impuestos por el art. 21.2 CE al ejercicio del derecho de manifestación» (FJ 5)¹²²³. Al seu torn, el TC reitera la doctrina sobre la dimensió objectiva dels drets fonamentals que hem transcrit en la sentència anterior (FJ 4).

Per tant, en aquesta sentència, el TC considera que la conducta sancionada es trobava emparada en l'exercici legítim del dret de manifestació, malgrat que instigar a ocupar la calçada era una conducta subsumible en la literalitat de l'art. 23 h) LOPSC 1992, que preveia com a infracció greu «la provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana».

d) SSTs de 22 de febrer de 1993 (Sala 3^a del Contenciós-Administratiu, Secció 6^a); de 14 de març de 1994 (Sala 3^a del Contenciós-Administratiu, Secció 6^a), i de 22 de març de 1994 (Sala 3^a del Contenciós-Administratiu, Secció 6^a). Les tres sentències versen sobre els mateixos fets: imposició d'una multa de de 10.000 pessetes -aproximadament, 60,10€ per estacionar vehicles en emplaçaments prohibits en el transcurs d'una manifestació, i les tres es resolen en el mateix sentit: confirmant la sentència que anul·lava les sancions imposades.

Centrant-nos en la primera d'elles (que marca la línia de les dues posteriors), la STS de 22 de febrer de 1993, confirma la STJ de Castella-la Manxa, de 24 de gener de 1990, que estimava el recurs interposat contra una sanció imposada per una infracció en matèria de trànsit. Els fets sancionats consistien en «dejar el vehículo estacionado durante varias horas en la vía pública, con fines ajenos a los derivados de la normal circulación, obstaculizando gravemente el tráfico». Tal com han destacat diversos autors, es tractava d'una conducta la tipificació de la qual, en el Codi de Circulació, era evident¹²²⁴. No

¹²²³ En concret, el TC conclou que «ni las resoluciones administrativas ni la judicial (...) contienen referencia alguna que permita afirmar que, más allá del puro y simple corte de circulación durante un periodo de unos 45 minutos, la concentración de las personas en la calzada se produjera en un lugar distinto al designado en la comunicación previa que de la manifestación se realizó (lo que por imprevisible hubiera resultado un exceso en el ejercicio del derecho), ni que se diera lugar a una alteración del orden público que implicase un peligro para personas o bienes (circunstancia contemplada en el art. 21.2 CE como límite al ejercicio del derecho) ni, finalmente, que se pusiera en peligro ninguno otro bien constitucionalmente relevante que exigiese el sacrificio del derecho de reunión para su preservación» (FJ 5).

¹²²⁴ Ho destaquen, per exemple, NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador...* 2012, op. cit., p. 506, i PEMÁN GAVÍN, I., *El Sistema sancionador español: Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Barcelona, Cedecs, 2000, p. 259.

obstant, aquests fets eren conseqüència que «en aquella fecha se desarrollaron en gran parte del territorio nacional (...) múltiples manifestaciones o concentraciones de agricultores que, en reivindicación de sus intereses profesionales, y convocados por diversos Sindicatos, colocaron como medida de protesta sus vehículos agrícolas en las carreteras» (FJ 4). En conseqüència, el TS entén que les sancions es van imposar a «hechos que constituían expresión del derecho de manifestación» (FJ 5) i, per tant, anul·la la sanció. Convé destacar que l'argumentació d'aquesta sentència es basa en dos aspectes:

(i') La utilització de les potestats administratives per a finalitats diferents a les atribuïdes per l'Ordenament jurídic. En concret, segons el TS «el Derecho administrativo sancionador (...) es de interpretación restrictiva, por lo que se distorsiona cuando no existe una directa relación entre el hecho cometido y la norma sancionadora que al mismo se aplica. En el presente supuesto no se produce esa directa relación, (...) ya que se han sancionado como contrarios al Código de la Circulación (...), hechos en los que, en su caso, existiría una infracción a los preceptos reguladores del derecho de manifestación, que serían sancionables, si resultaba procedente, según la legislación de orden público. La Administración ha utilizado la potestad sancionadora de que le inviste el Código de la Circulación para fines ajenos a los que dicho texto protege, imponiendo las multas recurridas a unos hechos que constituían expresión del derecho de manifestación» (FJ 5).

(ii') La col·lisió de dos béns jurídics (la protecció del trànsit i el dret de manifestació), amb opció clara pel dret de manifestació: des del punt de vista de les normes de circulació, la conducta era típica però no pot considerar-se antijurídica per haver-se realitzat en exercici legítim d'un dret (FJ 5). Ara bé, aquesta argumentació s'utilitza de forma secundària i l'òrgan jurisdiccional atribueix major pes al primer dels arguments¹²²⁵.

En relació amb aquesta doble línia argumental, PEMÁN GAVÍN posa de relleu que el Tribunal Suprem alterna tècniques administratives (anàlisi de si les potestats administratives han estat utilitzades per a finalitats diferents a les previstes en l'ordenament jurídic) i tècniques penals (aplicació de les causes de justificació previstes en el CP) per resoldre els conflictes que se li plantegen. En paraules d'aquest autor, «la realidad administrativa permite encontrar eventuales supuestos de aplicación de esta causa de justificación [ejercicio de un derecho], si bien el tribunal Supremo prefiere inscribir los concretos problemas de Derecho Sancionador dentro de los principios generales del Derecho Administrativo». Ara bé, com destaca l'autor, «la conclusión, pues,

¹²²⁵ En el mateix sentit, PEMÁN GAVÍN, I., *El Sistema sancionador español...* op. cit., p. 259.

resulta la misma con independencia del camino elegido»¹²²⁶. En la nostra opinió, malgrat que el resultat de les diverses tècniques sigui el mateix, i al marge del cas concret de les tres sentències citades, la resolució d'aquests supòsits a través de l'existència d'una causa de justificació aporta una major dosi de claredat i coherència en el casos en què entra en joc l'exercici legítim d'un dret o una llibertat fonamental.

Per tant, de les sentències analitzades es constata no només l'admissió jurisprudencial de l'aplicació de la causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret fonamental en el Dret administratiu sancionador sinó, també, la possibilitat que la literalitat dels tipus administratius incloguin conductes que suposin l'exerceixi legítim d'un dret fonamental (supòsits en què els òrgans jurisdiccionals es no plantegen la inconstitucionalitat dels tipus).

3.2.- La dogmàtica de la causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret

És necessari analitzar la dogmàtica de la causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret (fonamental), construïda principalment des dels Drets penal i constitucional, per determinar l'aplicabilitat d'aquesta causa de justificació al Dret administratiu sancionador; més concretament, al procediment administratiu sancionador.

3.2.1.- El fonament de l'exoneració que articula aquest eximent

En opinió unànime de la doctrina penalista¹²²⁷, l'eximent de l'exercici legítim té naturalesa de causa de justificació; això significa que, qui actua en exercici d'un dret, realitza una conducta lícita (per conformitat amb l'ordenament jurídic), malgrat que infringeixi formalment un tipus penal i lesioni materialment un bé jurídic protegit¹²²⁸. En aquests mateixos termes es pronuncia la jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem.

¹²²⁶ *Ibíd.*, p. 260.

¹²²⁷ CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar... op. cit., pp. 274; MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 316; QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 482; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 489; MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., p. 146.

¹²²⁸ En el mateix sentit, MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., p. 146.

Així, per exemple, el TC en la sentència 104/1986, de 17 de juliol, Sala Primera, Rec. 909/1985, ha afirmat que «es claro que cuando el acusado en un proceso alega como causa de justificación de su conducta el haber obrado «en el ejercicio legítimo de un derecho» (art. 8.11 CP) lo que trata de justificar es la lesión de otro bien jurídico» (FJ 6). Al seu torn, el TS segueix aquest mateix criteri, entre d'altres, en la STS de 16 de març de 1990 (Sala 2º del Penal), on declara que «el ejercicio de un derecho es per se una causa de justificación, basada como tal en el principio del interés preponderante» (FJ 4); de forma més categòrica, en la STS de 10 de juny de 1992 (Sala 2º del Penal), es reconeix que «la eximente del ejercicio legítimo de un derecho surte sus efectos exculpatórios cuando nos encontramos ante un supuesto típico pero no antijurídico por concurrir una causa que justifica la acción del que se ampara en un derecho para actuar de una determinada manera. Este derecho legitima la acción y desvanece el reproche antijurídico, convirtiendo la acción típica en penalmente impune» (FJ 2.2); o en la STS 8 de setembre de 1998 (Sala 2º del Penal), que conclou que «en la eximente de ejercicio de derecho se amparan aquellas conductas por las que el acusado ejercita un derecho subjetivo cuya efectividad es impedida u obstruida por la aplicación de una norma penal» (FJ 4).

Com han posat de relleu diversos autors, la raó de l'eficàcia eximent de l'exercici d'un dret radica, en última instància, en el principi lògic de la no contradicció interna d'un mateix ordenament jurídic, que es deriva dels principis d'unitat i coherència del mateix¹²²⁹. MESTRE DELGADO expressa aquesta idea amb una gran claredat a l'afirmar que «sería evidentemente ilógico (y generador de una execrable inseguridad jurídica) que un mismo ordenamiento jurídico concediese a sus ciudadanos, mediante una norma específica, derechos subjetivos, o poderes jurídicos concretos de actuación, y al mismo tiempo, en sus normas penales, sancionase en todo caso su ejercicio»¹²³⁰. De manera que el fonament immediat d'aquest eximent es troba en el principi de l'interès preponderant. Això significa que, en tot conflicte normatiu, hi ha una tensió entre interessos protegits que s'ha de resoldre de manera casuística, a través de la ponderació (amb criteris normativo-valoratius) entre els interessos confrontats¹²³¹.

¹²²⁹ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante de los derechos: análisis de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (20.7º CP) desde una perspectiva constitucional*, València, Tirant lo Blanch, 2003, p. 173; MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., p. 149; MIR PUIG, qui considera, no obstant, que el fonament d'aquesta causa de justificació no és només la unitat de l'ordenament, sinó també la funció d'última ratio del Dret penal. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pp. 491-492.

¹²³⁰ MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...*, p. 150.

¹²³¹ *Ibíd.*, p. 151.

Així, si el fonament teleològic de les causes de justificació radica en la necessitat d'establir criteris normatius per resoldre conflictes individuals o socials, l'exercici *legítim* d'un dret exterioritza suficientment la prevalença que l'ordenament jurídic concedeix a aquets drets enfront de la tutela d'altres béns jurídics. En conseqüència, en la majoria de casos, la ponderació dels béns i interessos en conflicte està prèviament resolta pel constituent o pel legislador, que solament han condicionat l'aplicabilitat dels efectes de l'eximent, en el cas concret, a la constatació (pel Jutge) de la legitimitat del seu exercici (el qual, en determinades ocasions, pot necessitar realitzar una nova ponderació, com succeeix quan col·lisionen diferents drets fonamentals)¹²³².

Des d'aquesta perspectiva -seguint MESTRE DELGADO-, la circumstància d'exercici legítim d'un dret compleix una inexcusable funció integradora de l'ordenament jurídic, que s'exterioritza a través de dues manifestacions essencials: d'una banda, com a garant de la seva unitat i coherència i, de l'altra, com a tècnica de resolució de conflictes intranormatius¹²³³.

3.2.2.- Els elements de l'eximent de l'exercici legítim d'un dret

Totes les causes de justificació -inclosa l'exercici legítim d'un dret- per ser operatives han de complir amb dues classes d'elements: els elements objectius i els elements subjectius¹²³⁴⁻¹²³⁵. En l'eximent que nosaltres analitzem, l'element objectiu (la situació objectiva de justificació) és l'exercici legítim d'un dret, mentre que l'element subjectiu de la justificació és el coneixement, per part de la persona que exerceix el dret, de la situació objectiva de justificació¹²³⁶.

¹²³² *Ibíd.*, p. 151.

¹²³³ *Ibíd.*, p. 157.

¹²³⁴ Vid. SANZ MORÁN, Á. J., Los elementos subjetivos de justificación. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 723-746; CUELLO CONTRERAS, J., Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 147-160.

¹²³⁵ Tal com destaca QUINTERO OLIVARES, el comportament humà té sempre una dimensió objectiva i una altra subjectiva, i el Dret no pot despreciar aquesta realitat. QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 286.

¹²³⁶ En el mateix sentit, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La eximente de «ejercicio... op. cit.

a) L'element objectiu

Centrant-nos en l'element objectiu, de la literalitat de l'art. 20.7º CP es desprèn la necessitat que concorrin tres requisits perquè operi aquesta causa de justificació: (i) que existeixi un *exercici penalment típic*; (ii) que la conducta constitueixi *exercici d'un dret*, i (iii) que aquest exercici *sigui legítim*.

Abans d'entrar en l'anàlisi de cada un d'aquests requisits, convé destacar una de les qüestions més rellevants de l'art. 20.7º CP: es tracta d'una disposició pràcticament mancada de contingut normatiu autònom. És a dir, és una disposició continent -sense gairebé cap contingut material propi- que, per ser aplicada, necessita sempre de la integració d'altres normes: la norma que configura el dret i la norma que limita penalment el seu exercici. A més, per bé que el propi precepte imposa que per operar la causa de justificació l'exercici ha de ser legítim, tampoc ofereix les condicions en base a les quals es pot considerar aquesta legitimitat i, per tant, cal recórrer de nou als criteris establerts per altres normes. En altres paraules, aquest precepte no dona legitimitat a la conducta, sinó que atorga justificació a aquell exercici valorat -jurisdiccionalment- com a legítim¹²³⁷.

(i) Exercici penalment típic

El primer requisit fa referència a la necessitat que hi hagi una conducta penalment típica; és a dir, que existeixi quelcom a justificar o eximir de responsabilitat. A més, és necessari que aquesta conducta s'hagi realitzat en l'exercici d'un dret, la qual cosa significa que la conducta en qüestió ha de subsumir-se simultàniament en el supòsit de fet de dues normes jurídiques: la que descriu el tipus penal (i que prohibeix penalment aquest concret exercici) i la que atribueix el dret.

Això és així ja que, d'una banda, si la conducta no és subsumible en un tipus penal, no hi ha res a justificar perquè la conducta és atípica (per exemple, en la realització d'una manifestació pacífica i comunicada); i, de l'altra, si la conducta és subsumible en un tipus penal però no ho és en el supòsit de fet de la norma que atribueix el dret ens trobarem davant d'una situació de no existència de dret (per exemple, en una manifestació en què es portin armes no es pot al·legar l'exercici del dret de manifestació, ja que la CE ha delimitat el contingut d'aquest dret fonamental exclouent les manifestacions amb armes). Per tant, en ambdós casos descrits l'eximent no pot ser aplicat, doncs el supòsit de fet de

¹²³⁷ *Ibíd.*

l'eximent es troba conformat per la concurrència *simultània* de les dues normes: la que configura el dret que s'exerceix i la norma penal que prohibeix la conducta. Ara bé, com ha observat UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, l'admissió d'aquesta simultaneïtat està directament relacionada amb la teoria del contingut dels drets fonamentals per la qual s'opti (teories internes o teories externes) i, per tant, amb la delimitació i la restricció dels drets fonamentals¹²³⁸.

En concret, compartim amb aquest autor que l'estructura normativa de la qual participa l'eximent d'exercici legítim d'un dret és una estructura que només és concebible des dels postulats que defensen el contingut ampli dels drets fonamentals¹²³⁹ que, com sabem, són els postulats defensats per la major part dels autors constitucionalistes i pel propi Tribunal Constitucional. Aquesta compatibilitat amb les teories àmplies es dona pel fet que, tal com ja em detallat, en aquestes teories, el concepte de límit d'un dret comporta la presència de dues realitats: el dret en sí, sense límits (més enllà dels propis establerts per la norma que el reconeix o configura) i el que queda d'aquest dret quan li són aplicats aquests límits (que en aquest context són configurats com a límits externs). Aquesta concepció teòrica és la que permet concebre la possibilitat que existeixi una conducta en exercici d'un dret que, alhora, es trobi reprovada per la norma que limita algunes de les seves modalitats de gaudi¹²⁴⁰.

Convé destacar que, en aquest context, cada una de les normes compleix una funció diferent: la norma que atribueix el dret serveix per determinar si existeix o no exercici del mateix, mentre que la norma punitiva (norma limitadora) serveix per constatar si aquest exercici és o no penalment típic, però no per saber si existeix o no el dret. En paraules de UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, «la mera transgresión de un límite penal, esto es, comprobar que la conducta cumple el supuesto de hecho de una norma penal, no debe interferir en la constatación de si existe o no ejercicio de un derecho. Esta última constatación solo depende del contenido con el que se delimita el derecho en la norma que lo atribuye»¹²⁴¹.

Per contra, per qui segueixi les teories estrictes del contingut dels drets fonamentals, l'estructura normativa de l'eximent que examinem esdevindrà inconcebible, doncs a l'entendre els límits dels drets fonamentals com a quelcom inherent a la delimitació inicial del seu contingut, és a dir, a l'entendre els límits com a quelcom que contribueix a definir

¹²³⁸ *Ibíd.*

¹²³⁹ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La eximente de «ejercicio... op. cit..

¹²⁴⁰ *Ibíd.*

¹²⁴¹ *Ibíd.*

el propi contingut del dret, tot allò que queda fora del límit -en el nostre cas, fora del límit imposat per la norma punitiva- no pot ser mai entès com a exercici del dret en qüestió. Aquesta és la concepció que segueix, per exemple, QUINTERO OLIVARES qui, en relació amb la causa de justificació d'exercici legítim, estableix que «conviene dejar clara una idea que, a fuer de simple, se olvida: *en ningún caso el ejercicio de un derecho constitucional puede ser “típico” en el sentido penal*. A lo sumo podrá rozar con los hechos recogidos en los tipos penales, pero nada más. Por tanto, lo que puede haber en un tipo penal nunca se puede corresponder con el ejercicio de las libertades fundamentales, y eso significa que el planteamiento de una “manifestación delictiva o no” nunca puede depender de que concurra la causa de justificación de ejercicio legítimo del derecho» (les cursives són originals)¹²⁴².

De manera que, perquè sigui operatiu l'eximent que analitzem, cal partir de la concepció àmplia dels drets fonamentals¹²⁴³. És a dir, cal partir del fet que la norma punitiva limitadora no és la referència adequada per saber si existeix exercici d'un dret, sinó que aquesta norma serveix per saber si aquest exercici ha transgredit un límit o no. Així, en els casos en què s'hagi transgredit el límit punitiu, la determinació de si l'exercici extralimitat del dret és antijurídic o, per contra, es troba justificat dependrà de si, en el cas concret, l'exercici es pot qualificar de *legítim*.

Com destaca MESTRE DELGADO, la naturalesa de la causa de justificació de l'eximent de l'exercici legítim d'un dret pressuposa que, qui actua en exercici legítim d'un dret, realitza una conducta lícita encara que infringeixi formalment un tipus penal i lesioni materialment un bé jurídic protegit. En conseqüència, *l'exercici d'un dret reconegut i el fet formalment tipificat com a delicte no poden plantejar-se com a categories ontològicament incompatibles*¹²⁴⁴. Segons aquest autor, és possible la comissió del pressupòsit fàctic d'un concret tipus delictiu a través de l'exercici d'un dret fonamental, una llibertat pública o de qualsevol altre dret de configuració legal no condicionat o restringit. En aquests supòsits, la conducta realitzada en exercici del dret s'integraria en l'àmbit de punició d'un tipus formal de delicte, ja que l'existència d'un dret subjacent en l'actuació no desvirtua l'efectiva lesió del bé jurídic protegit, ni la realització formal del tipus delictiu. No obstant, aquesta incriminació formal pot no

¹²⁴² QUINTERO OLIVARES, G., Derecho de manifestación y desórdenes... op. cit., p. 145.

¹²⁴³ Per una anàlisi de l'art. 20.7 CP des de la concepció àmplia dels drets fonamentals, vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Caso “Aturem el Parlament”: una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 185.

¹²⁴⁴ MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo*... op. cit., p. 216.

desplegar efectes en l'àmbit de la punibilitat, no concretant-se així el caràcter indiciari de l'antijuridicitat propi de la tipicitat, ja que l'Estat -ponderant els interessos concurrents- pot haver atorgat legitimitat plena a l'exercici del dret, com a forma de reconeixement de la seva prevalença jurídica. I, a la inversa, poden exercitar-se els drets de manera antisocial i quedar privats de tot suport jurídic i ser possible, en conseqüència, la seva repressió penal¹²⁴⁵.

(ii) Exercici d'un dret

El segon requisit obliga a analitzar quins són els drets l'exercici dels quals, malgrat trobar-se punitivament tipificats, pot ser justificat. Aquesta qüestió es planteja pel fet que, com ja hem indicat, l'eximent previst en l'art. 20.7º CP no assenyalava expressament a quins drets es refereix, sinó que realitza una obertura o un reenviament a l'ordenament jurídic extrapenal; és a dir, a les normes de l'ordenament jurídic que atribueixin un dret per tal de fonamentar l'aplicació de l'eximent.

D'entre les diverses categories o tipus de normes configuradores de drets (per exemple, normes constitucionals, normes autonòmiques, normes comunitàries, etc.) el contingut de les quals podria integrar l'eximent, la qüestió a resoldre per nosaltres és si els drets i les llibertats fonamentals formen part dels drets previstos en l'art. 20.7º CP¹²⁴⁶. La resposta a aquesta qüestió no planteja dubtes, ja que s'accepta unànimement que els drets fonamentals i les llibertats públiques en sentit estricte -els reconeguts en la Secció primera del Capítol segon del Títol I de la CE- es troben entre els drets previstos en el precepte transcrit¹²⁴⁷.

¹²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 149.

¹²⁴⁶ Per tant, no entrarem en qüestions controvertides que no afecten a l'àmbit del nostre estudi com, per exemple, la capacitat dels drets reconeguts per lleis autonòmiques o comunitàries d'integrar aquest eximent, ni la necessitat que les normes que reconeguin aquests drets hagin de complir amb la reserva llei. Per a un estudi sobre aquestes qüestions, vid. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La eximente de «ejercicio... op. cit.; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante...* op. cit., pp. 32-125; i MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., pp. 170-180.

Sobre la possibilitat d'incloure en l'àmbit de l'art. 20.7º CP els principis generals del dret o el costum, vid. QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 471-472.

¹²⁴⁷ Amb detall sobre aquesta acceptació MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., pp. 164-170.

(iii) Exercici legítim

El tercer requisit obliga a analitzar el significat de l'expressió «exercici legítim». En efecte, perquè l'eximent sigui operatiu s'haurà de concloure que l'exercici d'un dret, malgrat ser penalment típic, és reputat com a legítim. Doncs, a l'existir una conducta tipificada com a infracció penal, és evident que per deduir la seva antijuridicitat no és suficient la simple comprovació que la conducta en qüestió ha estat realitzada en exercici d'un dret, com si es tractés d'un exercici que no infringeix cap límit penal. Ben al contrari, com s'ha destacat, el fet de tractar-se d'una conducta penalment típica està assenyalant que s'està en presència d'una conducta provisionalment o indiciàriament antijurídica¹²⁴⁸. En conseqüència, la legitimitat de la conducta només podrà ser verificada cas per cas, en virtut de la constatació que l'exercici del dret era un bé jurídicament prevalent al bé protegit pel tipus o al límit penal transgredit¹²⁴⁹.

La interpretació de quines són les condicions que, en cada cas concret, determinen la legitimitat de l'exercici d'un dret, en principi i tal com destaquen MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN, és senzilla: «lógicamente el ejercicio del derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a Derecho»¹²⁵⁰; de manera que, si el dret s'exerceix de manera il·legítima, queda al marge de la circumstància eximent. Per tant, seguint a MESTRE DELGADO, la solució només pot aconseguir-se valorant jurídicament, cas per cas, el dret que s'exerceix i ponderant els límits normatius que, en cada supòsit, permeten configurar l'àmbit admissible del seu exercici. Així, aquest autor argumenta, sobre la base de la jurisprudència del Tribunal Constitucional, que per determinar l'exercici legítim d'un dret han d'efectuar-se dues valoracions successives¹²⁵¹:

a) D'una banda, una de caràcter intrínsec, que permet situar el dret exercit en els seus propis límits, configurats des de la seva font de reconeixement (en el nostre cas, la CE) i la seva caracterització objectiva (incloent-t'hi els límits derivats de la pròpia naturalesa de cada dret -que constitueixen la seva essència-; els derivats de la bona fe com a principi general del dret -positivitzat a aquests efectes en l'art. 7 CC-, i els imposats per la funció social de cada dret).

b) De l'altra, una de caràcter extrínsec, que fa referència als eventuais límits que puguin generar-se de les col·lisions normatives entre els drets i les llibertats de la mateixa

¹²⁴⁸ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La eximente de «ejercicio... op. cit.

¹²⁴⁹ *Ibíd.*

¹²⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 343.

¹²⁵¹ MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., p. 183.

jerarquia constitucional o legal, o d'altres interessos generals. Des d'aquesta perspectiva, la resolució dels conflictes es concreta en *la determinació de l'interès preponderant* (o de l'interès prevalent).

En aquest mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal Suprem, per exemple, en la STS de 3 d'octubre de 1996 (Sala 2^a, del Penal, Rec. 847/1995, FJ 5):

« (...) El ejercicio legítimo de un derecho requiere inexcusablemente, entre otros particulares, la preexistencia indudable de ese derecho, de tal manera que la cuestión a discutir será la de si al realizar la acción que se reputa delictiva se obró o no en el ejercicio del derecho o por otros motivos, y si tal ejercicio era o no legítimo. De otro lado parece elemental, para la vivencia jurídica de tal eximente: a) que la conducta enjuiciada sea la necesaria para cumplir ese derecho; b) que no existan abusos o extralimitaciones en su ejercicio, y c) que también concorra una adecuada proporcionalidad entre el derecho ejercido y el resultado lesivo originado en el bien jurídico protegido»

Així, de l'examen del primer nivell de valoració, ja en pot resultar la inexistència del dret (situació de «no dret»), si no es respecten els límits derivats de la seva pròpia naturalesa; o pot deduir-se'n el seu abús¹²⁵², si no s'exercita conforme a les regles de la bona fe o d'acord amb la seva funció social o econòmica.

Aquest primer nivell coincideix amb la primera fase d'examen del contingut ampli dels drets fonamentals, ja que es fixa amb el seu contingut establert en la norma de reconeixement (la CE), i de forma prèvia a les limitacions establertes per la norma punitiva; és a dir, es fixa en la delimitació del dret fonamental (des d'aquesta perspectiva no estaríem examinant la «legitimitat» de l'exercici del dret, sinó simplement la seva existència; és a dir, verificant que no ens trobem en una situació de «no dret»). No obstant, tal com s'ha advertit, s'afegeixen com a condicionants de l'exercici legítim del dret els derivats de la bona fe, els imposats per la funció social de cada dret i l'absència d'abusos en el seu exercici¹²⁵³. En aquest sentit, seguint la jurisprudència del TS, el concepte d'abús de dret es troba integrat pels següents elements essencials: «a) uso de un derecho, objetiva y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva

¹²⁵² Convé destacar que no és pacífic el fet de si una conducta qualificable «d'abús de dret» ha de ser considerada com «exercici» d'un dret (sent una qüestió ulterior si el dret a aquest exercici és valorat com a il·legítim) o si aquesta conducta ha de ser qualificada directament com una situació de «no dret». Sobre els diversos posicionaments, vid. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante...* op. cit., pp. 162-169; sobre la jurisprudència del TC al respecte, vid. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...* op. cit., pp. 79-86.

¹²⁵³ Deixem de banda la controvèrsia sobre si l'abús de dret és una situació de «no dret» o de «exercici il·legítim». Sobre aquesta qüestió, vid. nota anterior.

(cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)» (STS de 14 de febrer de 1944, Sala Civil, Secció 1^a, considerant tercer)¹²⁵⁴.

Un exemple d'aquesta anàlisi per part del TC, en l'aplicació de la causa de justificació d'exercici legítim, el trobem en la sentència abans examinada STC 42/2000, de 14 febrer (relativa a l'emparament per imposició d'una sanció administrativa per haver-se ocupat la calçada durant una manifestació). En concret, el TC raona (FJ 5):

«(...) hay que concluir que la conducta del recurrente se encontraba amparada en el ejercicio de este derecho fundamental y por esta razón la sanción impuesta debe considerarse lesiva del mismo, ya que la Administración no ha acreditado --ni siquiera ha sido alegado-- que el recurrente en amparo haya originado una alteración del orden público que pusiera en peligro personas o bienes, ni que haya realizado un ejercicio abusivo de su derecho de manifestación que, por conllevar una restricción de otros valores constitucionales, suponga una extralimitación en su derecho constitucional de reunión que le deje al margen de la protección constitucional que este derecho fundamental dispensa».

En relació amb el segon nivell de valoració, la determinació de l'interès preponderant (l'exercici del dret o el bé jurídic o l'interès protegit per la norma punitiva) es pot afrontar de maneres diverses, les quals ofereixen diferents solucions.

En opinió de MESTRE DELGADO, les possibles solucions són: d'una banda, l'establiment, per cada ordenament jurídic, d'una jerarquitzaació entre els diversos drets (per la seva naturalesa, causa, antiguitat o qualsevol altre motiu rellevant per al legislador), de manera que, en cas de col·lisió, el de rang superior s'imposi al de menor reconeixement; i, de l'altra, en cas d'indiferència jeràrquica, es proposen dos criteris alternatius: o el sacrifici parcial de tots els drets concurrents, o establir una preferència per la diligència en el seu exercici¹²⁵⁵.

Al seu torn, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA opina que la correcta comprensió de la naturalesa de l'eximent exigeix assumir la distinció doctrinal entre dues tipologies de

¹²⁵⁴ Per a una anàlisi amb detall sobre l'abús de dret, vid. GÓMEZ TORRES, C. J., *El abuso de los derechos fundamentales*. A: PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.) *Los Derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pp. 301-332.

¹²⁵⁵ MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., p. 186 i 187.

conflictes o contradiccions jurídiques, per a la resolució de les quals s'utilitzen tècniques jurídiques diferents: les antinòmies en abstracte i les antinòmies en concret¹²⁵⁶⁻¹²⁵⁷.

Les antinòmies en abstracte es donen en els casos en què el conflicte entre les dues normes es produeix a nivell conceptual; això és, a nivell de previsió abstracte, generant una incompatibilitat irreductible, deduïble de la simple existència de les dues normes. Aquest conflicte només es pot resoldre aplicant una de les dues normes i inaplicant, anul·lant o derogant l'altra norma en funció dels casos. És a dir, la solució es troba recurrent als criteris hermenèutics clàssics de resolució d'antinòmies: jeràrquic, cronològic i d'especialitat¹²⁵⁸.

Les antinòmies en concret es produeixen sempre en el moment de l'aplicació, quan dues normes compatibles entre sí estableixen a un mateix supòsit de fet conseqüències jurídiques incompatibles, essent el conflicte purament ocasional i puntual, però mai conceptual. L'exemple prototípic d'aquesta tipologia d'antinòmies són les normes que regulen les llibertats d'expressió i informació i les normes que regulen els delictes contra l'honor, normes que generalment conviuen de forma compatible, la qual cosa no impedeix que existeixin conflictes puntuals en la seva aplicació a casos concrets. La tècnica per resoldre les antinòmies en concret és la ponderació dels interessos en conflicte en el cas concret en atenció al principi de proporcionalitat. Aquesta tècnica parteix de l'aplicació simultània de les dues normes i possibilita una solució graduada o proporcional al conflicte concret, evitant així el desplaçament total o el sacrifici d'un dels béns o interessos en presència¹²⁵⁹.

De manera que la cerca de l'interès que ha de prevaldre es pot resoldre de les següents maneres:

i') Si s'afronta com una *antinòmia en abstracte* (i des de la concepció estricta dels drets fonamentals), la resolució del conflicte s'haurà de realitzar mitjançant els criteris clàssics de resolució de conflictes abans descrits (jeràrquic, cronològic i d'especialitat), mitjançant l'*aplicació d'una sola de les normes* en conflicte. Així, si en aplicació d'aquests criteris el concurs entre les dues normes s'ha de solucionar a favor de la norma

¹²⁵⁶ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La exigencia de «ejercicio... op. cit.

¹²⁵⁷ Una anàlisi amb detall sobre les antinòmies la trobem a PRIETO SANCHÍS, L., «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 11, 2000, pp. 9-30.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, p 10.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, p 19.

atributiva del dret, el bé que ha de prevaldre és el gaudi o exercici del dret i, en conseqüència, aquest exercici serà legítim. En canvi, quan el conflicte de solucioni a favor de la norma penal, el bé que preval és el protegit per aquesta norma i, en conseqüència, la conducta penalment típica -no considerable legítima- haurà de reputar-se antijurídica¹²⁶⁰. No obstant, aquesta solució es troba al marge de l'eximent, perquè finalment la legitimitat de la conducta evidencia la seva atipicitat penal, no la seva justificació¹²⁶¹.

ii') Si s'afronta com una *antinòmia en concret* (i des de la concepció àmplia dels drets fonamentals), la tècnica per determinar quin interès ha de prevaldre i en quin grau és la *ponderació d'interessos en conflicte en atenció al principi de proporcionalitat*. En concret, si preval el gaudi del dret aquest haurà de ser valorat com a legítim i l'interès protegit per la norma punitiva limitant haurà de ser proporcionalment sacrificat (una proporció que pot concretar-se, com apunten diversos autors, a través de la tècnica indemnitzadora). En canvi, si preval l'interès protegit per la norma penal, l'exercici del dret haurà de ser reputat com il·legítim i, per tant, com antijurídic, la qual cosa no significa que hagi de ser totalment sacrificat, sinó proporcionalment, en una proporció que pot concretar-se, per exemple, mitjançant la mitigació de la sanció sobre la base de l'atenuant previst a l'art 21.1 CP¹²⁶².

Seguint UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA i PRIETO SANCHÍS, l'estructura de l'eximent d'exercici legítim d'un dret pressuposa l'aplicació *simultània* de dues normes que connecten conseqüències jurídiques incompatibles per a un mateix supòsit de fet, de manera que només pot ser concebuda assumint el conflicte com una antinòmia en concret i amb el recurs de la tècnica de la ponderació d'interessos per determinar la seva correcta resolució¹²⁶³. Com destaquen aquests autors, aquesta és la perspectiva utilitzada per la jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem. Així es desprèn de l'anàlisi dels supòsits més paradigmàtics, els quals es donen en relació amb les llibertats d'expressió i informació en conflicte amb una sèrie de límits al seu exercici, que s'han establert per protegir altres béns constitucionalment reconeguts¹²⁶⁴.

¹²⁶⁰ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante...* op. cit., p. 176.

¹²⁶¹ *Ibíd.*, p. 205.

¹²⁶² En el mateix sentit, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La eximente de «ejercicio... op. cit.

¹²⁶³ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La eximente de «ejercicio... op. cit. i PRIETO SANCHÍS, L., «Observaciones sobre las antinomias... op. cit. 19.

¹²⁶⁴ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, SA, 1991; PLAZA PENADES, J., *El derecho al honor y a la libertad de expresión*, València, Tirant lo Blanc, 1996.

En efecte, la indefinició dels tipus penals (com l'escàndol públic, calúmnies i injúries, ultratges a la bandera, etc.) -que poden limitar (penalment) una sèrie de conductes que estarien en el supòsit de fet delimitat per la norma que reconeix la llibertat d'expressió o d'informació- fan ineludible atendre el cas concret per determinar si l'aplicació d'aquests límits resulta o no una limitació proporcionada (justificada) del dret fonamental a la llibertat d'expressió o d'informació (exemples en què el TC analitza si la limitació al cas concret es considera proporcionada els trobem, entre d'altres, a les SSTC 104/1986, de 17 de juliol, 159/1986, de 12 de desembre, 107/1988, de 8 de juny, 51/1989, de 22 de febrer, i 65/1991, de 22 de març). El mateix es pot dir respecte de la justificació dels límits del dret de reunió i de manifestació en relació amb motius limitadors com, per exemple, els desordres públics (exemples en què el TS analitza si el sacrifici del bé jurídic ha estat desproporcionat SSTS de 2 de juliol de 1993 i de 14 de gener de 1994)¹²⁶⁵. Així, si del resultat de la ponderació es determina que la conducta, malgrat infringir el límit penal establert en el tipus, és legítima (prevalença del gaudi del dret sobre l'interès protegit per la norma penal), es fa evident la seva manca d'antijuridicitat -això és, la seva justificació- i el límit penal en aquest cas concret no desplegarà la seva eficàcia punitiva¹²⁶⁶. En canvi, si es conclou que els interessos constitucionals afectats resulten desproporcionadament danyats o que la seva lesió és innecessària, l'exercici del dret resultarà il·legítim i el límit penal desplegarà la seva eficàcia¹²⁶⁷.

Ara bé, com recorda CUERDA ARNAU, el jutge ordinari haurà de respectar la delimitació del dret afectat que ha realitzat el màxim intèrpret del text constitucional, de manera que aquell no pot emparar-se en la ponderació per desatendre els canons de constitucionalitat conforme als quals ha de determinar-se si la conducta es pot estimar exercici legítim del dret o de la llibertat en qüestió¹²⁶⁸.

¹²⁶⁵ Per una anàlisi de detall sobre la causa de justificació d'exercici legítim d'un dret en aquests supòsits, vid. TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *Los Delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid, Marcial Pons, 2001 pp. 269-278 i la jurisprudència que se cita.

¹²⁶⁶ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante...* op. cit., p. 204.

¹²⁶⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *Los Delitos de desórdenes...* op. cit., pp. 269, amb cita a la STS de 2 de juny de 1993.

¹²⁶⁸ En opinió d'aquesta autora, «lo único que el juez ordinario puede hacer es constatar si concurre la causa de justificación, pero no le corresponde a él ser quien decida, al margen de la definición constitucional del derecho, el contenido y alcance de la justificación». CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, p. 17.

b) L'element subjectiu

Com s'ha dit, totes les causes de justificació -inclosa l'exercici legítim d'un dret- tenen elements objectius i elements subjectius. Per poder justificar una acció típica no és suficient que es doni objectivament la situació justificadora, sinó que és necessari, a més, que l'autor conegui aquest fet; és a dir, per justificar una acció no és suficient que l'autor aconseguixi un resultat objectivament lícit, sinó que també cal que hagi actuat amb la voluntat d'aconseguir aquest resultat. Seguint a MIR PUIG, perquè es puguin estimar plenament les diverses causes de justificació, el CP exigeix que els pressupòsits objectius d'aquestes causes de justificació siguin coneguts i volguts per l'autor (element subjectiu de la justificació)¹²⁶⁹.

No obstant, convé destacar que l'element subjectiu de la justificació no exigeix que les motivacions del qui actua justificadament siguin valuoses, sinó simplement que l'autor sàpiga i tingui la voluntat d'actuar d'una manera autoritzada o permesa jurídicament¹²⁷⁰. En paraules de MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN, «no se trata aquí en absoluto de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar, simplemente, que conoce la situación objetiva justificante y que actúa voluntariamente dentro de los límites autorizados»¹²⁷¹.

En el cas concret de l'eximent d'exercici legítim d'un dret, l'exigència de l'element subjectiu resulta d'una doble consideració: d'una banda, de la redacció literal de l'art. 20.7º CP, ja que aquest precepte justifica la conducta de qui actua «en el ejercicio legítimo de un derecho», expressió que s'interpreta de forma majoritària com a sinònim de l'expressió «para ejercer el derecho»; de l'altra, en la insuficiència de la mera situació objectiva de justificació perquè procedeixi l'extinció de la responsabilitat penal, sent

¹²⁶⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 436.

¹²⁷⁰ Així, per exemple, no actua en legítima defensa qui mata a un altre per venjança, sense conèixer que la víctima l'estava esperant precisament també per matar-lo. Però, com destaquen MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN, l'exclusió de la legítima defensa en aquest cas no es deu a què es mati per venjança, sinó a què l'autor no sabia subjectivament que estava defensant-se, al seu torn, de l'agressió de la víctima. MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 317. En el mateix sentit, MIR PUIG opina que perquè operi la legítima defensa és necessari no només defensar-se objectivament sinó saber alhora que s'està repel·lint una agressió il·legítima. Però no cal un ànim especial de defensa legítima, sinó que també es pot actuar per odi o amb alguna altre mòbil. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 436.

¹²⁷¹ Per il·lustrar aquesta afirmació, els autors citats proposen l'exemple d'un funcionari de presons que exerceix la seva professió perquè és un sàdic, no obstant, en la mesura en què actua dins dels límits permesos jurídicament i sàpiga i vulgui actuar dins d'aquests límits, actua de forma justificada. MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 317.

precís constatar, a més, un valor positiu de l'acció que contraresti el desvalor del fet. Així, s'estableix com element subjectiu de la causa de justificació d'exercici legítim d'un dret, precisament *l'ànim d'exercir aquest dret*; per exemple, en relació amb la llibertat d'informació s'identifica habitualment la concurrència d'aquesta circumstància amb l'ànim de difondre la veritat¹²⁷².

Sobre la base d'aquest plantejament comú, en la doctrina penalista es poden identificar desenvolupats tres posicionaments divergents: (i) una concepció estima que l'element subjectiu de la justificació resulta essencial, de manera que, si no es dona, no procedirà aplicar l'eximent (ni ple ni incomplet) ni tampoc cap atenuació de la pena¹²⁷³; (ii) una altra concepció considera que l'absència de l'element subjectiu, tot i que impedeix l'aplicació de l'eximent en termes estrictes, permet un menor retret de la conducta objectivament justificada¹²⁷⁴ i proposa aplicar l'eximent incomplet¹²⁷⁵ o, des d'una altra perspectiva, aplicar la pena assenyalada per a la temptativa del delictes que el subjecte creia que cometia, però no del delictes consumat¹²⁷⁶, i (iii) finalment, una darrera concepció considera suficient per aplicar aquesta causa de justificació (i excepte exigència expressa de la llei penal en contra) que l'autor es representi la situació justificant (amb el que ja s'exclou el desvalor de l'acció) sense que sigui necessari, a més, acreditar una tendència de l'acció de l'autor dirigida a la justificació¹²⁷⁷.

3.2.3.- La justificació incompleta i l'atenuació de la pena

Tal com s'ha detallat en l'apartat anterior, les causes d'exclusió de l'antijuridicitat només són plenament operatives quan es donen complets tots els seus elements, objectius

¹²⁷² MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., pp. 200-201.

¹²⁷³ Aquest posicionament es seguit, per exemple, per CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar... op. cit., p. 285.

¹²⁷⁴ Aquest plantejament es sosté sobre la base que l'absència de l'element subjectiu de la justificació en una situació objectivament justificada manté el desvalor de l'acció, però no del resultat; és a dir, el fet no està justificat perquè concorre el desvalor de l'acció propi de la seva perillositat (perill d'una situació objectivament indesitjable), però la pena haurà d'atenuar-se perquè falta el desvalor global del resultat. MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 317; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 437.

¹²⁷⁵ Defensa aquest posicionament, per exemple, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 437.

¹²⁷⁶ En aquest sentit, MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 317.

¹²⁷⁷ Aquest corrent és seguit, per exemple, per MESTRE DELGADO argumentant que «quien produce un resultado valioso realiza una conducta no antijurídica, a la que tiene derecho, aun cuando ignore tal circunstancia. Exigir un conocimiento y voluntad de ejercer un derecho para su propio reconocimiento, resulta incongruente». MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., pp. 204.

i subjectius; de manera que la falta de qualsevol d'aquests elements determina que l'acció segueixi sent antijurídica. Així doncs, l'antijuridicitat de l'acció pot donar-se tant per la manca de l'element subjectiu (l'autor no vol actuar conforme a Dret, però l'acció causa un resultat objectivament lícit), com per la falta de l'element objectiu (el subjecte vol actuar conforme a Dret, però l'acció realitzada no està objectivament autoritzada pel Dret). L'absència d'algun d'aquests elements -o l'excés en l'exercici de la causa de justificació- pot incidir *atenuant el judici global del mereixement de la pena* del fet, bé perquè disminueix el *desvalor de l'acció* (manca de l'element objectiu), bé perquè disminueix el *desvalor del resultat* (manca de l'element subjectiu)¹²⁷⁸.

Per comprendre aquesta afirmació, cal partir del fet que l'*antijuridicitat penal* (típica) exigeix la concurrència de dos elements: en primer lloc, una lesió o posada en perill d'un bé jurídic (desvalor del resultat) i, en segon lloc, aquest resultat ha de ser imputable a una conducta desaprovada per l'Ordenament jurídic per la seva perillositat (desvalor de l'acció)¹²⁷⁹⁻¹²⁸⁰. Seguint MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN, ambdós conceptes *-desvalor de l'acció i desvalor del resultat-*, són igualment importants en la configuració de l'antijuridicitat, ja que estan perfectament entrelaçats i són inimaginables separats: el valor o desvalor d'una conducta comporta sempre el valor o desvalor d'un resultat. Així, per exemple, la prohibició de matar és conseqüència del valor i la protecció que es dona a la vida. En aquest exemple, el desvalor de l'acció (matar) es deriva del desvalor del resultat (la destrucció de la vida)¹²⁸¹. De manera que es pot afirmar que no existeix una jerarquia entre el desvalor de l'acció i el desvalor del resultat i, en conseqüència, entre la norma de determinació i la norma de valoració; ambdós es troben al mateix nivell i contribueixen a constituir l'antijuridicitat d'un comportament¹²⁸². En conseqüència, com

¹²⁷⁸ MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., pp. 317-318 i 322.

¹²⁷⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p.171.

¹²⁸⁰ Aquesta afirmació es basa en les anomenades teories eclèctiques o dualistes que, actualment, són les seguides majoritàriament pels penalistes i que es contraposen a les anomenades teories monistes (que, per determinar l'antijuridicitat penal, només es fixen o en el desvalor de l'acció o en el desvalor del resultat). Per a una anàlisi amb detall sobre aquestes teories, vid. QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., pp. 286-293.

¹²⁸¹ Lògicament el manament de «no matar» només té sentit si prèviament es reconeix el valor que el fonamenta: la vida; no obstant, la protecció d'aquest valor, per mitjà de la norma penal, només pot aconseguir-se prohibint o sancionant les conductes humanes que puguin lesionar-lo. Des d'aquesta perspectiva, es destaca que el Dret penal no protegeix la vida enfront de conductes no humanes (com per exemple, un terratrèmol). MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., pp. 308-309.

¹²⁸² No obstant, el legislador, en configurar els tipus delictius, pot destacar o fer recaure l'accent més en un o altre desvalor. Així, el Dret penal tradicional, feia recaure el centre de gravetat en el desvalor del resultat, especialment en la lesió del bé jurídic, per exemple, castigant més greument el delictes consumat que la temptativa; mentre que el Dret penal modern tendeix a donar major importància al desvalor de l'acció, posant l'accent en la perillositat de l'acció en sí mateixa

s'ha dit, la disminució d'algun dels elements de l'antijuridicitat (desvalor de l'acció o desvalor del resultat) atenua el judici global del mereixement de la pena.

Aquesta atenuació del mereixement de la pena es canalitza mitjançant dues figures: la causa de justificació incompleta (art. 21.1ª CP) i l'error en les causes de justificació (art. 14 CP).

(i) La causa de justificació incompleta

Tal com determina MESTRE DELGADO, l'admissió d'una forma incompleta de concurrència ha de valorar-se, en termes generals, en la perspectiva del mateix judici d'antijuridicitat. De manera que, una causa de justificació incompleta *disminueix el desvalor de l'injust típic*, perquè en ella concorren criteris que l'ordenament jurídic té en consideració per convertir en lícita la conducta típica, tot i que no amb l'extensió o la intensitat que es requereix per produir efectes justificants plens¹²⁸³.

El CP, en l'art. 21.1ª, preveu la causa de justificació incompleta per a tots els eximents a l'establir que «las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos»¹²⁸⁴. De la literalitat del precepte transcrit es desprèn que la causa de justificació incompleta és aplicable tant als casos en que manqui l'element subjectiu com l'element objectiu.

L'absència de l'element subjectiu de la justificació en una situació objectivament justificada manté el desvalor de l'acció, però no del resultat; és a dir, el fet no està justificat perquè concorre el desvalor propi de la seva perillositat de l'acció (perill d'una situació objectivament indesitjable), però haurà d'atenuar-se la pena, aplicant l'eximent incomplet, per falta del desvalor global de resultat¹²⁸⁵. No obstant, tal com s'ha explicat,

considerada, pel simple fet d'infringir determinades normes o reglaments de caràcter extrapenal, sancionant la simple desobediència a la norma sense requerir cap perill concret per al bé jurídic protegit (d'aquí la proliferació dels delictes de perill abstracte). *Ibíd.*, pp. 309-310.

¹²⁸³ MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo...* op. cit., pp. 205.

¹²⁸⁴ Com destaca MIR PUIG, de la literalitat de l'article transcrit es desprèn que no poden faltar tots els requisits de l'eximent, sinó que l'eximent ha de concórrer de forma parcial. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 635

¹²⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 317, i MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., p. 437.

en relació amb l'eximent d'exercici legítim no hi ha unanimitat doctrinal sobre el tractament de la falta de l'element subjectiu.

L'absència única de l'element objectiu de la justificació fa reduir el desvalor de l'acció però no del resultat. En aquest sentit es pronuncia PAREDES CASTAÑÓN qui afirma que l'exercici d'un dret fonamental, encara que excessiu (absència de l'element objectiu), ha de tenir rellevància en la determinació de la responsabilitat penal, ja que redueix el desvalor de l'acció (pel fet que la conducta és menys distant al modus de conducta degut) si es compara amb la mateixa acció (també lesiva) realitzada, però, al marge de l'exercici dels drets fonamentals¹²⁸⁶. Sobre les conseqüències de l'excés en l'exercici dels drets fonamentals, hi tornarem més endavant.

En qualsevol cas, com destaquen MUÑOZ CONDE i GARCÍA ARÁN, la incidència pràctica de l'apreciació d'una causa de justificació incompleta es reflecteix en la determinació de la pena; en concret, amb la previsió realitzada en l'art. 68 CP *d'aplicació de la pena inferior en un o dos graus a l'assenyada per la llei*¹²⁸⁷.

(ii) L'error sobre les causes de justificació

L'error sobre les causes de justificació es dona en els supòsits que l'autor sap que actua típicament, però creu que està legitimat per fer-ho¹²⁸⁸. Aquest error es pot referir a

¹²⁸⁶ En paraules d'aquest autor, en relació amb el Cas «Aturem el Parlament,» «[si se hubiese logrado argumentar que la conducta era típica] debería tomarse en consideración -ahora sí- el efecto justificante del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación reconocido por el art. 21 CE sobre la conducta en principio subsumible al tipo penal. Y es que, (...) el hecho de que una conducta constituya un ejercicio, aun excesivo, de un derecho fundamental debe cobrar alguna relevancia, a la hora de determinar la responsabilidad penal de su autor por la conducta típica que pueda haber realizado. En concreto, dicho efecto es reducir el desvalor de la acción, en comparación con el de aquellas que no constituyen ejercicio de derechos: a igual grado de lesión del bien jurídico protegido, el ejercicio excesivo -y penalmente típico- de un derecho fundamental es menos negligente (menos distante del modo de conducta debida) que la misma acción, también lesiva, cuando es realizada fuera de dicho contexto. Esta relevancia del ejercicio del derecho fundamental para el grado de antijuridicidad de la acción penalmente típica, en el caso del Derecho español, puede y debe ser hecha valer a través del concreto mecanismo legal de las eximentes (causas de justificación) incompletas: es decir, a través de una atenuante del art. 21.1 CP, en relación con el art. 20.7 CP, con el consiguiente efecto de rebaja de la pena». PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Caso "Aturem el Parlament"... op. cit., p. 185. En un sentit semblant, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Mes 2, 1990, pp. 653-655.

¹²⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 323.

¹²⁸⁸ QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 433.

diferents elements de la causa de justificació; en concret: (i') error sobre els pressupòsits objectius de la causa de justificació, i (ii') error sobre els límits i la pròpia existència d'una causa de justificació. Tant en un cas com en l'altre, ens trobem davant d'un error que, malgrat no afectar l'antijuridicitat, pot tenir repercussions en una altre categoria del delictes (la culpabilitat) o en la determinació de la pena¹²⁸⁹.

(i') La suposició errònia que concorren els pressupòsits objectius d'una causa de justificació (també anomenat error sobre els fonaments fàctics) fa referència als casos que subjecte creia en l'existència d'un fet, que d'haver-se produït realment, hagués justificat la seva actuació. Per exemple, l'autor que dispara perquè creia erròniament que la víctima anava a disparar-li¹²⁹⁰. Aquest error és tractat de forma diversa en funció de la teoria del tipus que se segueixi: per als seguidors de la teoria dels elements negatius del tipus, és un *error de tipus* i, per als autors que no s'adhereixen a aquesta teoria, és un *error de prohibició*¹²⁹¹.

Seguint a QUINTERO OLIVARES, l'error de tipus es refereix als elements que formen part del mateix, que poden ser fàctics, valoratius i, fins i tot, normatius. Al seu torn, l'error de prohibició es refereix a la valoració de la conducta en front de l'ordenament jurídic en la seva totalitat, comprèn tant l'error de la significació antijurídica general del fet com l'error sobre la legitimació personal de l'autor per realitzar-lo¹²⁹². Des d'aquesta perspectiva els autors que no segueixen la teoria dels elements negatius del tipus inclouen l'error sobre les causes de justificació en l'error de prohibició. En canvi, la teoria dels elements negatius del tipus defensa que la declaració definitiva de tipicitat o atipicitat d'una conducta no pot fer-se fins a la constatació que concorren tots els seus elements positius (el tipus) i que falten els elements negatius (aquells que es basarien en una causa de justificació). Per tant, segons aquesta teoria, si els elements fàctics en què es basa una causa de justificació han de ser tinguts com elements del tipus (negatius), l'error sobre aquests s'haurà de tractar com un error de tipus i no de prohibició¹²⁹³. Deixant de banda

¹²⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F., i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., pp. 317-318.

¹²⁹⁰ L'exemple és d'Ibíd., pp. 318.

¹²⁹¹ Aquesta terminologia substitueix a la tradicional denominació d'*error de fet* i *error de dret* (sens perjudici que aquesta se segueixi utilitzant en Dret privat). El canvi de terminologia es deu a què aquests conceptes i els utilitzats en el text expressen continguts diferents. En concret, error de fet i error de dret distingeixen entre allò fàctic i allò jurídic i, per contra, com es detalla en el text, l'error de tipus es refereix als elements que formen part del mateix i l'error de prohibició realitza una valoració de la conducta en front de l'ordenament jurídic en la seva totalitat. En aquest sentit, QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 427.

¹²⁹² Ibíd., p. 427.

¹²⁹³ Amb detall sobre aquesta qüestió, Ibíd., p. 441-442 i 467.

aquesta controvèrsia, les conseqüències jurídiques seran diferents si es considera error de tipus o error de prohibició.

L'error de tipus es troba regulat en l'art. 14.1 CP i té diferents conseqüències en funció de *si és invencible* (aquell que no s'hagués pogut evitar ni tant sols aplicant la diligència o la cura deguda) que *exclou la responsabilitat penal*; o *si és vencible* (aquell que es podia evitar si s'hagés observat la cura deguda) que *exclou el dol però no la imprudència*; per això, l'acció serà punible, excepte si el tipus només admet la forma dolosa¹²⁹⁴. L'error de prohibició es troba regulat en l'art. 14.3 CP i, igual que l'anterior, té diferents conseqüències en funció de *si és invencible* que *exclou de responsabilitat penal*, o *si és vencible* que *atenua la pena en un o dos graus*.

(ii') L'error sobre els límits i sobre la pròpia existència d'una causa de justificació és un error de prohibició. Per exemple, el subjecte que creu erròniament que la seva actuació està autoritzada: el policia creu que pot disparar contra tothom qui passi un semàfor (error sobre el límits) o el qui creu que pot defensar l'Estat creant un grup paramilitar per neutralitzar el terrorisme (error sobre la pròpia existència d'una causa de justificació)¹²⁹⁵. En cap dels dos casos d'error es donen l'element objectiu de la causa de justificació i el fet és antijurídic. No obstant, com s'ha indicat, aquest error pot afectar la culpabilitat bé excloent-la totalment, si l'error era invencible (art. 14.3 CP), bé atenuant-la, si era vencible (s'aplicarà la pena inferior en un o dos graus, art. 14.3 CP), o bé pot ser totalment irrellevant per ser una valoració subjectiva absolutament arbitrària i sense el menor suport en les normes jurídiques objectives¹²⁹⁶.

En suma, l'error, per la seva naturalesa, és una situació personal en la qual es troba qui la pateix; és a dir, és quelcom subjectiu. No obstant, que l'error sigui en sí mateix quelcom subjectiu, no condiciona la manera en què el Dret penal i, en concret, el jutgador hauran d'apreciar i admetre la seva existència, sinó que, per fer aquesta apreciació, s'hauran de valorar les circumstàncies del subjecte (facultats intel·lectuals i perceptives), i les circumstàncies concurrents en el fet. Amb ambdós elements es realitzarà finalment un judici de referència que permetrà establir el grau de vencibilitat de l'error¹²⁹⁷, el qual, al seu torn, permetrà establir la resposta jurídica que mereix la conducta enjudiciada.

¹²⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...* op. cit., p. 321.

¹²⁹⁵ Els exemples són d'Ibíd., p. 321.

¹²⁹⁶ Ibíd., p. 321.

¹²⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal...* op. cit., p. 431.

3.3.- L'eficàcia justificant de l'eximent d'exercici legítim d'un dret en el procediment administratiu sancionador

En aquest punt, cal preguntar-se si l'exercici legítim d'un dret és operativa *en el si del procediment administratiu sancionador*. Aquesta qüestió aparentment podria semblar ja resolta amb l'argumentació d'alguns dels aspectes analitzats fins aquí, en concret:

- L'admissió jurisprudencial de l'aplicació de la causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret fonamental en el Dret administratiu sancionador.
- La importància que atribueixen a aquest eximent els autors administrativistes analitzats *supra* i que nosaltres compartim, atesa la quantitat d'infraccions tipificades en els diferents àmbits legislatius sectorials (quantitat molt destacable si es compara amb el nombre de delictes normats), i l'amplitud amb què sovint són configurats els seus tipus (per exemple, en les sancions establertes per ordenances locals, vid. *supra* Capítol 2).
- La funció integradora de l'ordenament jurídic d'aquest eximent com a garant de la seva unitat i coherència i, al seu torn, com a tècnica de resolució de conflictes intranormatius.

No obstant, hi ha un fet molt rellevant que també hem posat de manifest: no hi ha cap norma que estableixi expressament l'aplicabilitat de l'eximent de l'exercici legítim d'un dret al dret administratiu, que pugui ser aplicada per l'òrgan administratiu encarregat de la resolució del procediment administratiu sancionador. A aquest fet cal afegir l'opacitat dels procediments i de les sancions administratives, que impedeix acreditar si les posicions jurisprudencials i doctrinals que emparen la seva aplicació han transcendit o no a la plural, extensíssima, dispersa i heterogènia realitat de l'exercici de la potestat sancionadora de les Administracions Públiques.

La no transcendència a la realitat sancionadora ha estat reconeguda indirectament per una part de la doctrina, la qual ha posat de manifest la manca de seguretat sobre l'aplicabilitat -o l'efectiva aplicació- de l'eximent d'exercici legítim en el si del procediment administratiu sancionador, quant ha l'analitzat el darrer procés de despenalització dut a terme mitjançant les modificacions legislatives de l'any 2015 (modificació del CP i aprovació de la LOPSC). Tal com ha constatat ALARCÓN SOTOMAYOR, una part de les crítiques a les infraccions contingudes en la LOPSC,

realitzades per part dels constitucionalistes es centren en què algunes infraccions administratives, que provenen d'antigues faltes penals o d'antics delictes -en especial, contra l'ordre públic o de resistència o desobediència a l'autoritat-, han estat tipificades com a infraccions administratives precisament perquè, quan formaven part del règim penal, els acusats resultaven absolts pels jutges i tribunals per considerar que les actuacions enjudiciades havien estat realitzades en exercici legítim d'un dret fonamental -en especial, del dret de manifestació o de la llibertat d'expressió- i, en conseqüència, no eren punibles¹²⁹⁸. De manera que l'administrativització d'aquestes conductes serviria per poder sancionar aquestes formes de protesta (i d'exercici de drets fonamentals)¹²⁹⁹.

En la nostra opinió, el canvi de sistema punitiu -del penal a l'administratiu- no pot modificar el *contingut essencial* dels drets fonamentals¹³⁰⁰ i, per tant, si una conducta formava part d'aquest nucli indisponible d'exercici legítim d'un dret quan entrava en conflicte amb una tipificació penal, en seguirà formant part quan entri en conflicte amb una tipificació administrativa, per més que sigui subsumible en la literalitat del tipus. És a dir, el canvi de sistema punitiu no pot servir per desatendre els canons de constitucionalitat conforme als quals s'ha de determinar si la conducta pot estimar-se exercici legítim del dret o de la llibertat en qüestió. Una qüestió diferent és que la manca de regulació expressa de l'eximent d'exercici legítim en Dret administratiu sancionador -

¹²⁹⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «El nuevo régimen de la seguridad ciudadana... op. cit.

¹²⁹⁹ En paraules de BILBAO UBILLOS, «esta reforma (...) se hace para huir del control judicial. Se pretende sustraer esa competencia a los tribunales ordinarios porque al Gobierno no le gusta cómo están resolviendo estos asuntos los jueces penales, le parecen demasiado garantistas, demasiado «blandos». Prueba de ello es que en la mayoría de las ocasiones en las que se ha llevado ante los tribunales a manifestantes o activistas acusados de desacato, de desobediencia, de atentado, o de desórdenes públicos, los jueces los han absuelto. BILBAO UBILLOS, J. M., «La llamada ley mordaza...», pp. 242-243.

En idèntics termes es pronuncia MASSÓ GARROTE qui, després de constatar que els jutges i tribunals han considerat en nombroses ocasions que no existia infracció penal en determinades manifestacions o reunions davant d'edificis oficials, ni tampoc en els anomenats «escraches» -quan s'han desenvolupat pacíficament-, ni en diverses actuacions de protesta contra desallotjaments, afirma que «la reforma del derecho administrativo sancionador, se inspira en una clara desconfianza en la actuación del poder judicial, por no haber satisfecho las exigencias punitivas del poder político». MASSÓ GARROTE, M. F., «El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana LO 4/2015 de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, núm. 2, 2016, p. 124.

En el mateix sentit però centrant-se sobretot en les infraccions vinculades als anomenats «escraches», ALONSO RIMO, A., «El nuevo anteproyecto de ley orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, p. 12.

¹³⁰⁰ La qual cosa no significa que la intervenció legislativa per la que s'estableixen nous tipus administratius no pugui restringir l'abast del dret fonamental. Com sabem, el legislador punitiu podrà realitzar aquestes restriccions -mitjançant tipus penals o administratius- sempre que compleixi amb els límits establerts (en especial, principi de proporcionalitat i respecte del contingut essencial).

sumada a altres característiques pròpies d'aquest Dret, com la manca d'independència de l'òrgan sancionador, la manca d'assistència lletrada preceptiva, etc.- dificulti l'apreciació de l'antijuridicitat de la conducta en qüestió. Des d'aquest punt de vista, les crítiques a l'administrativització de determinades conductes adquireixen plena vigència¹³⁰¹.

El segon raonament, que permet posar en dubte l'aplicabilitat -dubtar de la transcendència a la realitat- i en definitiva ens obliga a realitzar presumpcions sobre la seva no aplicabilitat a partir de les consideracions doctrinals assenyalades, *és el desconeixement*, com a conseqüència de l'opacitat que caracteritza una part molt substantiva del Dret administratiu sancionador; en especial, d'aquells àmbits en els quals l'aplicació de l'eximent és més rellevant per protegir l'exercici dels drets fonamentals vinculats amb la participació política. Ens referim a què l'acreditació de l'eficàcia justificant de l'exercici legítim dels drets fonamentals en el Dret administratiu sancionador s'ha de realitzar en base a l'existència dels *pronunciaments jurisdiccionals* explicats *supra* i eventualment, a través dels fets reconeguts en d'altres pronunciaments jurisdiccionals. Això, perquè la -reiteradament denunciada- manca de publicitat de les resolucions sancionadores impedeix conèixer l'abast *real* d'aquesta causa de justificació en els procediments administratius sancionadors instruïts i resolts per les diverses administracions públiques. En altres paraules, no és possible conèixer si *efectivament* és aplicada per les diverses administracions públiques en els casos en què és al·legada per part dels infractors.

A l'anterior consideració, cal afegir l'escàs import de les sancions anul·lades en les sentències abans analitzades: STC 42/2000, de 14 de febrer, multa de 50.005 pessetes -això és, aproximadament 300,50 €; STC 110/2006, de 3 d'abril, multa de 301 € i SSTS 22 de febrer de 1993, de 14 de març de 1994 i de 22 de març de 1994, imposició d'una multa de de 10.000 pessetes -aproximadament, 60,10 € Aquests imports demostren la importància que té que l'eximent de l'exercici legítim d'un dret fonamental sigui apreciada en el propi procediment administratiu sancionador, ja que, en aquests casos, el cost -en un sentit ampli de l'expressió- del recurs jurisdiccional pot superar sovint l'import de la sanció. Aquest fet posa de manifest un altre de conegut: són molt poques les sancions, en comparació amb les que s'imposen, que són finalment objecte de recursos contenciosos administratius, especialment les de baixa i mitjana quantia i totes les que veuen rebaixada la seva quantia si són pagades amb renúncia a recórrer-les (en relació amb les tècniques de reconeixement de la responsabilitat i de pagament voluntari, vid.

¹³⁰¹ En sentit contrari a l'opinió que aquí es sosté, es pronuncia ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «El nuevo régimen de la seguridad ciudadana... op. cit.

supra Capítol 2). Per tant, és possible afirmar que, en un nombre molt significatiu de casos, si no es vehicula l'eximent en el procediment administratiu sancionador corresponent, el cost del recurs -en un sentit omnicomprensiu de totes les dificultats que comporta interposar-lo- provoca que conductes, que són manifestació de l'exercici legítim d'un dret fonamental, siguin declarades antijurídiques i, conseqüentment, sancionades.

De manera que, si es conclou que la seva manca de regulació expressa dificulta, a la pràctica, l'exigència o l'apreciació de l'eximent en el propi procediment administratiu sancionador, aquest és un element que el legislador hauria de tenir en compte en el moment d'escollir l'àmbit punitiu en el qual tipifica determinades infraccions. En la nostra opinió, si bé és cert que el reconeixement doctrinal i jurisprudencial de l'aplicabilitat supletòria de l'art. 20. 7 CP al Dret administratiu sancionador permet articular l'eficàcia justificant del l'exercici legítim dels drets fonamentals en front de les infraccions administratives, també és cert que *la manca d'una norma administrativa general que reconegui aquest eximent dificulta l'exigibilitat de la seva aplicació per part del ciutadà*¹³⁰². És a dir, el fet que s'hagi d'acudir -en via administrativa- al supraconcepte d'infracció per argumentar la manca d'antijuridicitat d'exercir legítimament un dret fonamental deixa en mans de la multiplicitat d'òrgans administratius l'apreciació de l'efectiva aplicabilitat de l'art. 20.7 CP. En altres paraules, la manca de norma expressa produeix un augment del marge d'apreciació de l'òrgan administratiu sobre l'aplicabilitat de l'eximent en aquest Dret; augment que esdevé exponencial per la quantitat d'òrgans administratius amb competència sancionadora i per la seva diversitat (administracions independents, òrgans de naturalesa política -alcaldes-, òrgans burocràtics inserits en estructures jerarquizades, etc.).

Aquesta qüestió s'agreuja en els supòsits en què concorre una causa de justificació incompleta; és a dir, en els casos en què no es pugui apreciar la plena aplicació de l'eximent de l'exercici legítim. Com hem vist, el CP preveu l'atenuació de la sanció mitjançant l'aplicació d'unes regles de mesurament de la pena, les quals no poden ser extrapolades al Dret administratiu sancionador. En aquest casos, probablement la via per articular la reducció de la sanció, sempre que una llei administrativa sancionadora no

¹³⁰² Com sabem, la jurisprudència ordinària ha declarat que en els procediments punitius -siguin penals o administratius- la càrrega de la prova del fet justificatiu -en el nostre cas, l'exercici legítim d'un dret fonamental- recau sobre l'imputat que l'al·legui. Doncs no es pot exigir que sigui l'Administració la que acrediti en tots i cada un dels expedients sancionadors oberts qualsevol de les potencials causes de justificació previstes en l'ordenament. Per tots, GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 430.

prevegi un mecanisme específic, sigui acudir al principi de proporcionalitat. En aquest sentit, tal com destaquen GÓMEZ TOMILLO i SANZ RUBIALES, algunes lleis administratives especials possibiliten moderar la sanció o, fins i tot, transitar d'una qualificació a una altra (per exemple, de greu a lleu) en atenció a circumstàncies molt variades, pel que en alguns casos podria arribar a apreciar-se l'exercici incomplet d'un dret¹³⁰³. Si bé, en l'opinió que aquí es defensa, per l'especial transcendència dels drets fonamentals en el nostre ordenament, aquesta qüestió no es troba degudament resolta.

En definitiva, l'aplicabilitat de l'eximent complet i incomplet de l'exercici legítim dels drets fonamentals en el si del procediment administratiu sancionador no ha de deixar-se oberta ni a cada legislador sectorial ni a l'apreciació de cada operador jurídic: bé s'ha d'articular una resposta normativa d'abast general per a tot el Dret administratiu sancionador, bé s'ha de reservar al Dret penal les infraccions en relació amb les quals és més rellevant l'aplicació d'aquest eximent per a la protecció dels drets fonamentals.

4.- LA POTESTAT SANCIONADORA DE L'ADMINISTRACIÓ I L'EXCÉS EN L'EXERCICI DELS DRETS I LES LLIBERTATS FONAMENTALS

El que s'ha analitzat fins aquest moment és la resposta de l'ordenament jurídic a les situacions en què l'actuació punitiva es produeix en l'exercici *legítim* dels drets fonamentals. No obstant, com s'ha indicat *supra*, la rellevància d'aquests drets en un sistema democràtic és tal que el seu exercici, fins i tot quan no és legítim o es produeix en excés, no pot ser reprimat de manera desproporcionada. Si bé, la prohibició de desproporció (prohibició d'excés) es dona en tot el sistema punitiu (és un criteri per determinar la validesa de la norma punitiva atenent el seu contingut aflictiu) com tot seguit veurem, en les conductes properes a l'exercici -en aquest cas, il·legítim- de drets fonamentals aquesta prohibició es troba reforçada i té característiques pròpies.

De manera que primer analitzarem aquestes característiques projectades sobre l'anomenat efecte desànim i, posteriorment, examinarem si, atesa l'actual configuració de la potestat sancionadora, els òrgans de l'Administració són idonis per controlar els excessos en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació, i el dret de reunió i manifestació.

¹³⁰³ En el mateix sentit, *Ibíd.*, p. 430.

4.1.- L'efecte desànim o «chilling effect»

La doctrina de l'efecte desànim¹³⁰⁴ de l'exercici dels drets fonamentals s'ha desenvolupat, en la jurisprudència del TC, com un límit a la llibertat del legislador en la configuració de la resposta punitiva de *conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals*, molt especialment, a la llibertat d'expressió i informació. No obstant, aquest efecte desànim no és una construcció innovadora de la nostra jurisprudència constitucional, sinó que és importada a Europa (on és especialment acollida pel TEDH)¹³⁰⁵ des de la jurisprudència del Tribunal Suprem dels Estats Units, on es coneix com a «chilling effect». Un dels àmbits en què aquesta doctrina ha estat especialment desenvolupada és en relació amb la primera esmena, relativa a la llibertat d'expressió, tot i que és extensiva a tota limitació de drets i llibertats¹³⁰⁶.

Segons el «chilling effect», quan les conductes prohibides es fixen en la norma de forma imprecisa i els límits a la lliure actuació o exercici d'un dret no són rigorosament clars o taxatius, el dret o la llibertat no pot desenvolupar-se degudament i el seu exercici es veu desanimat pel fet que el ciutadà no té la certesa necessària sobre quins supòsits d'exercici estan clarament protegits i quins, per contra, constitueixen pretensions alienes al dret i mereixedores de restricció. Aquesta imprecisió normativa pot derivar-se de la seva excessiva amplitud (*overbreadt*) o per la vaguetat (*vagueness*) amb què apareix definit l'abast de la norma punitiva. De manera que, en opinió del Tribunal Suprem

¹³⁰⁴ S'utilitza l'expressió «efecte desànim» com a traducció de l'expressió «efecto desaliento».

¹³⁰⁵ Entre d'altres, assumpte *Tolstoy Miloslavsky contra Gran Bretanya* (STEDH 13 de juliol de 1995, § 51); assumpte *Nilsen i Johnsen contra Noruega* (STEDH 25 de novembre de 1999, § 53); assumpte *Fuentes Bobo contra Espanya* (STEDH de 29 febrer de 2000, §§ 49-50); assumpte *Cumpana i Mazare contra Romania* (STEDH de 17 de desembre de 2004, §§ 118-121); assumpte *Stoll contra Suïssa* (STEDH de 10 de desembre de 2007, §§ 157-161); assumpte *Belpietro contra Italia* (STEDH de 24 de setembre de 2013, §§ 59-63), i assumpte *Amorim Giestas i Jesus Costa Bordalo contra Portugal* (STEDH 3 d'abril de 2014, §§ 33-37).

¹³⁰⁶ Entre altres, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254 (1964), que va considerar lícita la crítica realitzada sobre la «conducta pública» d'un càrrec públic. En concret, aquesta sentència manifesta la necessitat d'acceptar un debat públic «desinhibit, vigorós y completament obert», que reafirmi la vigència de la llibertat d'expressió, malgrat els seus excessos i abusos, com a pressupòsit de tot sistema democràtic. Sobre aquesta sentència i la jurisprudència en aquest sentit als Estats Units, vid. BORRELL MESTRE, J., «Algunas reflexiones sobre la posible influencia del constitucionalismo estadounidense en el español en materia de libertad de expresión», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 3, 2008, pp. 1–14; ESCOBAR ROCA, G., «Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 361–374; DíEZ BUESO, L., «La relevancia pública en el derecho a la información: algunas consideraciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 213–238, i BASTRESS, R. M., «El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 239-254.

nortamericà, aquestes circumstàncies incrementen el desànim que per sí mateix genera qualsevol prohibició i, en conseqüència, obliguen a respectar l'ampli espai (*breathing space*) que precisa la llibertat d'expressió i a buscar una alternativa menys restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*)¹³⁰⁷⁻¹³⁰⁸.

Seguint aquesta doctrina, el TC ha establert la prohibició de reaccionar desproporcionadament en front de conductes que suposen un exercici *abusiu o extralimitat* d'un dret fonamental, ja que «una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito (...) puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada» (STC 136/1999, de 20 de juliol, Ple, Rec. 5459/1997, FJ 20). Aquesta reacció desproporcionada ha de ser evitada tant pel «Juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla» (STC 104/2011, de 20 juny, Sala Segona, Rec. 4249/2007, FJ 6).

Per tant, el TC ha integrat l'efecte desànim com a part de judici de proporcionalitat en sentit ampli, la qual cosa, com detalla CUERDA ARNAU, «no persigue -sería absurdo- privar a las normas penales de su eficacia intimidatoria. Lo que prohíbe es que dicha eficacia intimidatoria se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión o que sancione éstas con desproporción manifiesta, ya que, de hacerse así, ello podría desanimar a los ciudadanos de ejercer su derecho constitucional»¹³⁰⁹. Així doncs, seguint a CUERDA RIEZU, la pena produeix els seus característics efectes de prevenció general i prevenció especial, però respecte de futurs *delictes*, ja que són aquests els que es pretenen evitar (sent, per tant, una conseqüència jurídica desitjada per l'ordenament). Per contra, la desproporció de la pena produeix un efecte dissuasiu o de desànim respecte del futur *exercici de drets fonamentals*

¹³⁰⁷ CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., p. 19.

¹³⁰⁸ La doctrina de l'alternativa menys restrictiva forma part dels estàndards de control de constitucionalitat o tests desenvolupats pel Tribunal Suprem nortamericà. Concretament, aquest test posa l'accent en la necessitat que els interessos de l'Estat que impulsen una mesura legislativa tinguin algun grau d'importància i, ahora, indaga sobre si existeix una mesura alternativa per aconseguir aquests interessos que sigui menys lesiva per als valors constitucionals que han provocat el control de constitucionalitat. En paraules de BASTRESS, l'ús d'aquest test té «un claro elemento activista», ja que «en realidad, el principio de la alternativa menos restrictiva supone un control judicial de la elección del legislador sobre los medios y medidas que éste va a emplear para alcanzar un objetivo determinado». BASTRESS, R. M., «El principio de «la alternativa... op. cit., pp. 240-241.

¹³⁰⁹ CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., p. 22.

(conseqüència que no és desitjada ni per la Constitució ni per la resta de l'ordenament)¹³¹⁰.

De manera que els dubtes sobre la proporcionalitat de la punició de conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals no es projecten únicament als efectes que pot produir la imposició del càstig sobre el subjecte sancionat, sinó que s'estén a l'exacerbació de l'efecte intimidatori que aquest càstig podria tenir, dissuadint la ciutadania en el exercici dels drets fonamentals i de les llibertats públiques¹³¹¹⁻¹³¹². Així, segons el TC, una sanció penal pot ser desproporcionada per sí mateixa, és a dir, per no guardar la deguda relació amb el retret que mereix la conducta que es pretén evitar; però també pot ser desproporcionada per desanimar la realització d'altres conductes que no mereixen retret¹³¹³. En síntesi, l'efecte desànim és el *resultat dissuasiu indirecte* que sobre l'exercici d'un dret fonamental produeix la sanció d'una conducta il·lícita propera a les conductes que resulten emparades pel dret en qüestió; de manera que la sanció de la conducta il·lícita pot desanimar que es duguin a terme altres conductes que són absolutament legítimes¹³¹⁴.

En conseqüència, la doctrina de l'efecte desànim es dirigeix al legislador i, en la mesura en què li correspon, a l'interpret de la norma, i li imposa que: (i) fixi amb nitidesa la frontera de l'exercici del dret fonamental (manament de taxativitat), i (ii) sigui prudent en la sanció del seu excés (manament de proporcionalitat). Perquè, tal com afirma

¹³¹⁰ CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna. A: Díez Ripollés, J. L. (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 253.

¹³¹¹ CORRECHER MIRA, J., ¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad. A: ALONSO RIMO, A. (dir.) i COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2019, p. 488.

¹³¹² Com molt gràficament descriu LASCURAÍN SÁNCHEZ, «si el dueño de una hermosa finca invita a sus amigos a que pasen el día en la misma, para que paseen libremente por ella, en bien de su salud y de su sosiego, pero les avisa que hay algunas zonas con arenas movedizas que les podrán tragar para siempre y les avisa además de que esas zonas no están claramente señalizadas, lo que harán sus invitados es no pasear. Lo que harán los ciudadanos es no ejercitar sus derechos fundamentales para no sufrir una pena». LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 36, 2017, p. 127.

¹³¹³ En aquest sentit, DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, p. 148.

¹³¹⁴ CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología. A: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (dir.) i RUSCONI, M. A. (dir.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2014, p. 175.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «la dureza de la pena y su incertidumbre lo que conseguirán es el desproporcionado e inconstitucional efecto de disuadir del ejercicio de los derechos fundamentales»¹³¹⁵.

Convé destacar que, segons el TC, la doctrina de l'efecte desànim constitueix una manifestació més de la dimensió objectiva dels drets fonamentals (entre d'altres, STC 88/2003, de 19 de maig, Sala Primera, Rec. 5040/1998, FJ 8)¹³¹⁶. Doncs, si aquests drets fossin concebuts exclusivament com a drets subjectius -que atorguen als seus titulars un conjunt de facultats, l'exercici de les quals ha de ser respectat pels tercers-, els poders públics només haurien d'assegurar que els ciutadans puguin exercir legítimament els drets fonamentals sense ser molestats o sancionats per fer-ho. Per contra, la seva consideració addicional com a elements essencials de l'ordenament jurídic -com a «fonament de l'ordre polític i de la pau social» (art. 10.1 *in fine* CE)- explica l'obligació dels poders públics de remoure aquells obstacles que desincentiven els ciutadans a exercir legítimament els seus drets fonamentals. I, com s'ha detallat, una sanció excessiva per castigar una conducta propera a l'exercici legítim d'un dret fonamental pot dissuadir els ciutadans d'exercir en el futur aquest dret -o, almenys, d'exercir-lo en plenitud¹³¹⁷.

Al seu torn, la funció institucional dels drets fonamentals -en el que aquí importa, dels drets a la llibertat d'expressió i d'informació, i de reunió i de manifestació- és el que explica que comportaments típics que no s'ajusten plenament a les «condiciones y límites» del dret fonamental, però que «se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional», no puguin ser tractats com qualsevol acte il·lícit (STC 104/2011, de 20 de juny, Sala Segona, Rec. 4249/2007, FJ 6)¹³¹⁸. En aquests casos, l'òrgan -administratiu o jurisdiccional- encarregat d'aplicar el

¹³¹⁵ En paraules de LASCURAÍN SÁNCHEZ, «si no está muy claro cuándo expresivamente cometo un delito, y si sucede que si lo cometo me envían a la cárcel, lo que haré, por si las moscas, será no expresarme, no ejercitar mi derecho fundamental». LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez... op. cit., p. 127.

¹³¹⁶ En aquesta sentència, es detalla que «la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras» de la protecció constitucional del dret, «sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir «por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada»» (FJ 8).

¹³¹⁷ COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 102.

¹³¹⁸ En aquesta sentència, el TC estableix que: «nuestra doctrina (...) cuestiona asimismo la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlo. Con ello no nos referimos (...) a aquellos casos en los que, a pesar de que el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del

tipus ha de tenir present la connexió de la conducta amb el dret fonamental, ja que, de no fer-ho, es corre el risc de desanimar un futur exercici legítim -ara sí, ajustat a les condicions i límits- d'aquest dret¹³¹⁹. Tal com ha destacat DE DOMINGO PÉREZ, els drets fonamentals no admeten una interpretació mecànica, sinó que la seva dimensió institucional requereix als poders públics un esforç per aconseguir la seva vigència real en tots els àmbits de l'ordenament. Com a conseqüència, és possible elaborar una argumentació altament creativa com la del desànim en l'exercici dels drets fonamentals per tal d'aconseguir-ho¹³²⁰.

En resum, la doctrina de l'efecte desànim posa de relleu la dimensió institucional dels drets fonamentals; molt especialment, de la llibertat d'expressió i informació (àmbit en el qual aquesta doctrina va ser primàriament desenvolupada), i del dret de reunió i manifestació. En concret, les infraccions contra l'ordre públic constitueixen un dels àmbits més propicis per aplicar la doctrina de l'efecte desànim, pel fet de vincular-se amb la protecció de l'ús legítim dels espais públics¹³²¹. Així, la doble funció que exerceixen els espais públics com a «àmbits de circulació» i «espais de participació»¹³²² explica que en molts supòsits de pertorbació de l'ordre públic s'invoqui estar exercint els drets de participació democràtica (la llibertat d'expressió i el dret de manifestació)¹³²³.

De manera que, en la mesura que les llibertats d'expressió i informació i els drets de reunió i manifestació contribueixen a formar una opinió pública i afavoreixen el pluralisme polític, el seu exercici ha de ser promocionat pels poders públics i, conseqüentment, s'han d'evitar totes aquelles mesures -legislatives, administratives o

derecho fundamental, se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional. En este último escenario, (...), la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8)» (FJ 6).

¹³¹⁹ Vid. COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 103.

¹³²⁰ DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica... op. cit., pp. 141–166.

¹³²¹ Vid. assumepte *Taranenko contra Rússia* (STEDH 15 de maig de 2014, §§ 93-96)

¹³²² El TC ha manifestat expressament que «en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un ámbito de participación», entre d'altres, STC 301/2006, de 23 d'octubre Tribunal, Sala Primera, Rec. 1109/2003 (FJ 2). Aquesta línia jurisprudencial ha estat vinculada amb l'anomenada «doctrina del fòrum públic» elaborada per la jurisprudència nortamericana. Aquesta doctrina es basa en la idea que els espais públics han de ser considerats com a àgors; és a dir, com a llocs privilegiats del debat públic i democràtic. Sobre aquesta doctrina, vid. BAUCCELLS LLADÓS, J., «El nuevo "derecho sancionador... op. cit., p. 15.

¹³²³ COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 106.

judicials- que situïn el ciutadà davant del dilema d'exercir o no un dret fonamental com si es tractés d'una activitat de risc¹³²⁴.

4.1.1.- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre l'efecte desànim

El recurs a la doctrina de l'efecte desànim és utilitzat pel Tribunal Constitucional per tutelar els drets fonamentals en front de les ingerències del *ius puniendi* incompatibles amb les exigències materials d'aquests drets¹³²⁵. De l'abundant jurisprudència constitucional¹³²⁶ centrarem la nostra anàlisi exclusivament en: (i) les primeres en què s'apunta la doctrina de l'efecte desànim; (ii) la sentència relativa als membres de la Mesa Nacional d'Herri Batasuna (que significa la consolidació d'aquesta doctrina), i (iii) les sentències sobre l'efecte desànim del Dret administratiu sancionador.

a) Primeres sentències en què s'apunta la doctrina de l'efecte desànim

El TC es va fer ressò de la doctrina del «chilling effect» ben aviat en diverses sentències (d'entre les quals destaquen: SSTC 199/1987, 190/1996 i 37/1998), per bé que en aquestes resolucions s'utilitzen diversos termes per referir-s'hi i es projecta sobre conductes que constitueixen un exercici *legítim* del dret fonamental i no encara sobre conductes que impliquin un excés en l'exercici de tals drets.

La STC 199/1987, de 16 de desembre, Ple, Rec. 285/1985 (ponent Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) va declarar que la mesura prevista en la Llei Orgànica 9/1984, de 26 de desembre, contra l'actuació de bandes armades i elements terroristes i del desenvolupament de l'article 55.2 de la Constitució (coneguda com a *Llei antiterrorista*),

¹³²⁴ En aquest mateix sentit, CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento... op. cit., p. 253.; COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 113.

¹³²⁵ En el mateix sentit, CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., p. 179.

¹³²⁶ Entre d'altres, SSTC 110/2000, de 5 de maig, Sala Segona, Rec. 2560/1996 (FJ 5); 88/2003, de 19 de maig, Sala Primera, Rec. 5040/1998 (FJ 8); 185/2003, de 27 d'octubre, Sala Primera, Rec. 4628/1998 (FJ 5); 110/2006, de 3 d'abril, Sala Segona, Rec. 6350/2004 (FJ 4); 108/2008, de 22 de setembre, Sala Segona, Rec. 1571/2005 (FJ 3); 104/2011, de 20 de juny, Sala Segona, Rec. 4249/2007 (FJ 6); 65/2015, de 13 d'abril, Sala Primera, Rec. 1485/2013 (vot particular discrepant formulat pel magistrat Xiol Ríos); 177/2015, de 22 de juliol, Ple, Rec. 956/2009 (FJ 5 i vots particulars discrepants formulats per la magistrada Asua Batarrita, al qual s'adhereix el magistrat Valdés Dal-Re, i pel magistrat Xiol Ríos); 187/2015, de 21 de setembre, Sala Primera, Rec. 1388/2013 (FJ 3); 112/2016, de 20 de juny, Sala Primera, Rec. 2514/2012 (FJ 2); 12/2018, de 8 de febrer, Ple, Rec. 4464/2014 (FJ 4), i 62/2019, de 7 de maig, Ple, Rec. 4699/2018 (FJ 7).

de clausurar mitjans de comunicació com a conseqüència de la simple admissió d'una querella criminal contra el mitjà (art. 21.1 Llei 9/1984)¹³²⁷ era inconstitucional -entre d'altres motius- pels possibles «efectos indirectos negativos de «autocensura» en el ejercicio de la libertad de expresión» (FJ 12). A més, l'Alt tribunal estableix que aquesta disposició legal pot operar com una «coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho» (FJ 12).

La STC 190/1996, de 25 novembre, Sala Segona, Rec. 2822/1994 (ponent Viver Pi-Sunyer), al desestimar un recurs d'empara promogut per «Televisión Española, S. A» contra una condemna per intromissió il·legítima en el dret a l'honor (la condemna es basava en la difusió de la Sentència condemnatòria i el pagament de 3.000.000 de pessetes com a indemnització per danys morals), argumenta que «la mencionada trascendencia política y social de la fluidez de las vías de información comporta tanto la cobertura constitucional de la comunicación de información diligentemente comprobada aunque potencialmente falsa, como la radical *proscripción del desaliento* de la, según el canon indicado, recta actividad informativa. De ahí que el límite constitucional esencial que impone el art. 20 C.E. a la actividad legislativa y judicial sea el de *la no disuasión* de la legítima -diligente- transmisión de información» (FJ 3) (les cursives són nostres).

La STC 37/1998, de 17 febrer, Sala Segona, Rec. 3694/1994 (ponent Viver Pi-Sunyer) atorga l'emparament al Sindicato Langile Abertzaleen Batzordeak (L.A.B.) per les filmacions i fotografies realitzades per l'Ertzaintza durant un piquet informatiu. Aquesta sentència entén que, ateses les circumstàncies concretes del cas (manca de desordres públics i activitat pacífica d'extensió i publicitat de la vaga), la mesura duta a terme per la policia era desproporcionada i va lesionar els drets fonamentals de llibertat sindical i de vaga (art. 28.1 i 2 CE) del Sindicat recurrent. En el que aquí interessa, l'Alt tribunal raona que «se constata la desproporción de la medida si se tiene en cuenta su *especial incidencia disuasora* y, en consecuencia, limitadora del derecho de huelga» (FJ 8 *in fine*) (les cursives són nostres).

¹³²⁷ L'esmentat article preveia: «Admitida la querella presentada por el Ministerio Fiscal por delitos comprendidos en esta Ley cometidos por medio de la imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento. A los solos efectos de este artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48 del Código Penal se entenderán, en todo caso, instrumentos del delito las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubieren realizado las actividades tipificadas anteriormente referidas y aquellos que hubieren servido para preparar o confeccionar los comunicados» (BOE núm. 3, de 3 de gener de 1985).

Ara bé, la primera vegada que s'utilitza de forma expressa l'«efecto desaliento», en els termes que aquí s'estudien -això és, projectat sobre l'exercici no legítim d'un dret-, és en els tres vots particulars del magistrat Vives Antón a les SSTC 78/1995, de 22 de maig, Sala Segona Rec. 3694/1993; 79/1995, de 22 maig, Sala Segona, Rec. 3696/1993, i 46/1998 de 2 març, Sala Segona, Rec. 2612/1993. En ells, es parteix de l'admissió que determinades declaracions poden sobrepassar els límits de la llibertat d'expressió; no obstant, s'afirma que això no legitima automàticament a castigar penalment tals excessos, ja que «si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (...) puede producir sobre ésta un «efecto de desaliento» que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones» (STC 78/1995).

b) Sentència relativa als membres de la Mesa Nacional d'Herri Batasuna: STC 136/1999, de 20 de juliol

La doctrina de l'efecte desànim dels drets fonamentals és formulada pel TC per primera vegada en la controvertida sentència 136/1999, de 20 de juliol, Ple, Rec. 5459/1997 (ponent Viver Pi-Sunyer)¹³²⁸. En aquesta sentència l'Alt tribunal coneix un recurs d'empara presentat pels membres de la Mesa Nacional d'Herri Batasuna –partit en aquell moment legal- contra una sanció de set anys de presó, multa de 500.000 pessetes i

¹³²⁸ Sobre aquesta STC vid. CORRAL ALAEZ, B., «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999)», *Repertorio Aranzandi del Tribunal Constitucional*, núm. 15, 1999, pp. 15-41; BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: El tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 277-342; OLIVEIRA ROCHA, L. O., «El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la mesa de Herri Batasuna», *Cuadernos de política criminal*, núm. 70, 2000, pp. 219-244; MARTINEZ-PUJALTE, A. L., «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad» *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, pp. 75-96; ALVAREZ GARCÍA, J. J., «Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna», *Diario La Ley*, núm. 5, 1999, pp. 2053-2059; CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento... op. cit., pp. 237-256; DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica... op. cit., pp. 141-166; CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., pp. 36-43; CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., pp. 151-201; MIR PUIG, S., El principio de proporcionalidad como fundamento... op. cit., pp. 1377-1378; MIR PUIG, S., Principio de proporcionalidad y fines del derecho... op. cit., pp. 358-362; LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad... op. cit., pp. 50-55*, i LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal... op. cit., pp. 565-568*.

altres d'accessòries, imposada per un delict de col·laboració amb banda armada -tipificat en el CP de 1973 en l'art. 174 bis a)¹³²⁹-, pel fet d'haver cedit els seus espais de propaganda electoral per a l'emissió d'un missatge d'ETA, missatge que mai va arribar a emetre's.

Basant-se en la doctrina de l'efecte desànim, el Tribunal considera que la norma penal que va servir de fonament a la condemna és inconstitucional perquè la pena mínima (6 anys i un dia de presó i multa de 500.000 pessetes) resultava massa severa per moltes de les conductes que podien ser qualificades com a formes de col·laboració amb banda armada, entre les quals es troba la que va originar la condemna als membres d'Herri Batasuna, tenint en compte que aquesta conducta consistia en l'exposició d'idees i informacions per part dels dirigents d'una associació política legal en el curs d'una campanya electoral. Aquesta conducta, en opinió del TC, per bé que excedia del marc de l'exercici legítim de la llibertat d'expressió i informació, no devia ser sancionada amb una pena tant elevada per l'efecte desànim que aquesta pena pot produir respecte de l'exercici *lícit* d'aquests drets (FJ 29)¹³³⁰.

Per tant, el TC, en el raonament de la sentència, no discuteix que la conducta integri un cas de col·laboració amb banda armada en grau de consumació, ni tampoc discuteix la constitucionalitat del tipus penal de referència –malgrat manifesta manca de taxativitat o certesa de l'expressió «cualquier acto de colaboración» denunciada per diversos autors¹³³¹. El retret de l'Alt tribunal es dirigeix a la desproporció de la pena en el cas concretament enjudiciat; desproporció que tampoc s'atribueix a una incorrecte aplicació del Dret per part del jutge penal –no es retreu que aquest no hagi modulat la sanció d'acord amb les circumstàncies del cas-, sinó que el que es posa de manifest és una incoherència normativa entre una tipificació de la conducta en termes extremadament amplis i una pena notablement rígida¹³³². És a dir, la norma penal no supera el judici de proporcionalitat perquè la rigidesa del marc penal no permet al jutge temperar la sanció en aquells actes de col·laboració amb banda armada l'escassa entitat dels quals no guardi relació amb la

¹³²⁹ Article introduït per la Llei Orgànica 3/1988, de 25 de maig, de reforma de el Codi Penal (BOE núm. 126, de 26 de maig de 1988).

¹³³⁰ En el mateix sentit, LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal...* op. cit., p. 566.

¹³³¹ D'entre els quals destaquen, Ibíd., p. 567; i LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 50.

¹³³² LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 50.

pena mínima aplicable (la incorrecció de la llei és que no permet que s'imposi una pena inferior a la de presó major en el seu grau mínim)¹³³³.

Així, tal com han destacat diversos autors, la inconstitucionalitat per desproporció, en aquest cas, ve donada per la rigidesa de la pena: per no haver-se previst una extensió de la pena tant àmplia com resulten ser les variades conductes subsumibles en el tipus¹³³⁴. De manera que, segons el TC, la indeterminació de la conducta típica «sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables» (STC 136/1999, FJ 30)¹³³⁵. Sobre la base d'aquest raonament, el TC atribueix al legislador penal la infracció del principi de proporcionalitat¹³³⁶.

Des d'aquesta perspectiva, aquesta resolució del TC ha avivat el debat sobre si el principi de proporcionalitat alberga el perill que els jutges constitucionals envaeixin funcions legislatives¹³³⁷. Tanmateix, convé destacar que, amb anterioritat a la sentència de Herri Batasuna, el TC ja havia reconegut la seva capacitat de control sobre les normes penals des de la perspectiva de la proporcionalitat; és a dir, ja havia reconegut la seva capacitat de control de l'activitat legislativa. Concretament, havia declarat que a aquest

¹³³³ CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento... op. cit., p. 239; LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal...* op. cit., p. 567.

¹³³⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2ª edició), Madrid, Trotta, 2009, p. 291; LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 50.

¹³³⁵ No obstant, com descriu LAMARCA PÉREZ, «este reproche por parte del Tribunal no deja de ser discutible des de la perspectiva de la certeza de las leyes penales, pues supone reclamar que a la falta de taxatividad del tipo se sume una mayor indeterminación de la pena». LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 50, nota al peu 65. En el mateix sentit, LOPERA MESA, qui conclou que el defecte del tipus penal -la redacció en termes excessivament amplis- no resulta subsanable simplement a través d'una major obertura del marc penal, tal com suggereix el TC, «pues tal remedio sólo viene a sumar a la indeterminación del tipo una mayor indeterminación y discrecionalidad en la asignación de la pena». LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal...* op. cit., p. 567, nota al peu 40. Compartim aquestes crítiques.

¹³³⁶ Amb detall sobre aquesta atribució, *vid.* CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento... op. cit., p. 248.

¹³³⁷ Aquesta és justament la major crítica a l'ús del principi de proporcionalitat que el TC realitza en aquesta sentència. Per tots, *vid.* BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio... op. cit., p. 341.

Tribunal «tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento» (STC 55/1996, de 28 març, Rec. 961/1994, FJ 6 *in fine*). No obstant, fins a la STC 136/1999, tots els pronunciaments en què s'havia formulat aquest judici de proporcionalitat d'una norma penal havien estat desestimatis. De manera que la sentència d'Herri Batasuna és la primera en què el TC admet la vulneració del principi de proporcionalitat per la determinació abstracta de la pena fixada pel legislador per a un fet punible; doncs, fins al moment, només s'havien estimat recursos d'emparament per considerar desproporcionada la pena concreta aplicada per l'òrgan judicial o bé per la qualificació dels fets efectuada pel jutjador.

No obstant, tal com s'ha posat de relleu en diversos estudis¹³³⁸, la STC 136/1999 no pot ser considerada com un viratge jurisprudencial del TC en relació amb el control dels actes del legislador penal; control que, com sabem, és summament cautelós i deferent amb l'elecció legislativa atesa la legitimitat democràtica del legislador¹³³⁹. Aquesta deferència cap al legislador en relació amb les normes punitives es veu clarament en diversos pronunciaments del TC, d'entre els que destaquen: la STC 65/1986, de 22 de maig, Sala Segona, Rec. 858/1983, en què el TC no va considerar desproporcionada la pena de setze anys, quatre mesos i un dia de reclusió menor i inhabilitació absoluta per un delictes de malversació de cabdals públics, imposada a una persona acusada d'apropiar-se de carn de boví congelada que era propietat de l'administració; la STC 53/1994, de 24 de febrer, Ple, Rec. 358/1989, en què no es va considerar desproporcionada una pena superior a dos anys de presó per a qui pesqués crancs en temps de veda de manera reincident; la STC 55/1996, de 28 de març, Ple, Rec. 961/1994, que considera constitucional la pena d'entre dos anys, quatre mesos i un dia a sis anys de presó prevista pel delictes de negativa a complir la prestació social substitutòria, i la STC 161/1997, de 2 d'octubre, Ple, Rec. 4198/1996, en la qual l'Alt tribunal tampoc aprecia desproporció en la pena de sis mesos a un any de privació de llibertat per sancionar la negativa a la pràctica de la prova d'alcoholèmia (malgrat que aquesta pena resultés superior a la prevista pel fet de conduir sota la influència de begudes alcohòliques, extrem denunciat en el vot particular que formula el Magistrat García Manzano, al que s'adhereix el Magistrat Gimeno Sendra)¹³⁴⁰.

¹³³⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...* op. cit., p. 293; LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal...* op. cit., p. 568.

¹³³⁹ És especialment crítica amb aquesta cautela o autocontenció del TC amb el legislador, LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal...* op. cit., p. 569.

¹³⁴⁰ Sobre aquestes STC, vid., per tots, PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...* op. cit., pp. 286-294. Sobre l'evolució de la doctrina del TC en relació amb el principi de proporcionalitat, vid., GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El Principio de Proporcionalidad...* op. cit., *passim*; i, més

Ara bé, tal com conclou PRIETO SANCHÍS, més enllà de les circumstàncies concretes del cas d'Herri Batasuna -que han estat utilitzades per explicar el canvi de posicionament del TC en aquest cas concret¹³⁴¹-, sí que hi ha un aspecte d'aquesta doctrina que s'aparta de l'anterior; això és, la relació que s'estableix entre la sanció penal d'una conducta i l'exercici dels drets fonamentals. Així, en aquesta sentència hi ha una nova comprensió del principi de proporcionalitat, entès no ja com un principi autònom que hagin de respectar les lleis penals, sinó com un principi instrumental connectat a la protecció dels drets fonamentals¹³⁴². Des d'aquesta perspectiva, la sentència s'analitza de manera diferent en funció de la teoria sobre els drets fonamentals que se segueixi.

a) Per qui segueix la teoria àmplia¹³⁴³, la sentència estableix que la desproporció de la pena no es fonamenta en un simple excés de la sanció a la vista del contingut d'injust de la conducta, sinó que respon principalment a què la conducta en qüestió constituïa l'exercici -abusiu, però exercici- d'un dret fonamental. En paraules del propi TC, «la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas (STC 136/1999, FJ 29)». I aquest és el motiu del retret: que la pena prevista en el tipus representa una limitació desmesurada d'un dret fonamental. De manera que, com s'ha destacat, no és la pena abstracta prevista per al delictes de col·laboració la que

recentment, sobre el control de constitucionalitat de les lleis penals, vid. HUERTA TOCILDO, S., Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal. A: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER i CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española, Tomo I*, Madrid, Fundació Wolters Kluwer, Butlletí Oficial de l'Estat, Tribunal Constitucional i Ministeri de Justícia, 2018, pp. 906-909.

¹³⁴¹ En diversos estudis es conclou que, per comprendre la decisió del TC en aquest cas concret, s'ha de tenir en compte que la STC 136/1999 es formula en un context polític marcat per la treva indefinida declarada per ETA, la qual propiciava un clima a favor de l'excarceració dels membres de Herri Batasuna, i que contrastava amb la situació de violència existent en l'època en que es va dictar la sentència del Tribunal Suprem recorreguda en empara. A més, s'ha destacat que el TC va procurar evitar un enfrontament directe amb el TS, raó per la qual, en lloc d'atribuir la violació de drets fonamentals a la decisió del Suprem, es busqués atribuir la responsabilitat al legislador, carregant la culpa a una norma que en el moment en què el TC va dictar la sentència ja estava derogada. Així, no seria el jutge penal (el Tribunal Suprem) qui hauria incorregut en una errònia qualificació o en un vici de desproporció o desmesura de la pena, sinó que aquest vici resultaria directament imputable a la llei. Amb detall sobre aquestes circumstàncies: CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento... op. cit., pp. 238-239; LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal...* op. cit., p. 568 nota al peu 43; LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 51, nota 67.

¹³⁴² PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...* op. cit., p. 293. En el mateix, sentit, LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., pp. 50-51.

¹³⁴³ Entre els autors que segueixen aquesta teoria, trobem LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., *passim*.

resulta excessiva, sinó aquella pena en la mesura que sanciona una concreta conducta en la qual es reconeix també la concurrència d'un dret¹³⁴⁴.

De fet, en opinió diversos autors, aquesta sentència segueix la concepció àmplia dels drets fonamentals¹³⁴⁵, ja que l'Alt tribunal comença reconeixent que la cessió d'espais de propaganda electoral és subsumible en el tipus penal de col·laboració amb banda armada. No obstant, d'aquí no es dedueix que tal conducta es trobi fora de l'àmbit protegit pel dret i, per tant, de l'àmbit del principi de proporcionalitat. Així, segons LAMARCA PÉREZ «reconocer que la pena es desmesurada porque desalienta el ejercicio de un derecho equivale a decir que una acción tipificada como delito no deja de formar parte de la esfera del derecho: esa acción puede ser sin duda castigada, pues en otro caso resultaría inconstitucional su tipificación, pero castigada sólo proporcionalmente, teniendo en cuenta la presencia de un derecho que viene a modular la intensidad de la reacción penal»¹³⁴⁶.

Cal destacar que la coexistència en el si d'una mateixa conducta de l'exercici d'un dret i la comissió d'un delictes només té caràcter *prima facie* ja que, de manera definitiva, només podrà prosperar una o l'altra posició. Però aquest resultat definitiu sorgirà precisament del resultat del judici de ponderació o proporcionalitat, judici que és exigible per la concurrència d'un dret fonamental. Des de l'estricta posició constitucional, és a dir, en abstracte o abans de l'argumentació, no es pot conèixer la frontera entre el dret de participació política (llibertat d'expressió) i el bé jurídic protegit pel tipus de col·laboració (d'igual manera que en els supòsits habituals de col·lisió entre el dret a la llibertat d'expressió i el dret a l'honor). És per això que, *prima facie*, la conducta enjudiciada podia ser adscrita o subsumida tant en l'esfera del dret com en la del delictes, per bé que, de forma definitiva, després de l'argumentació, només pot ser una cosa o l'altra. Així, l'efecte desànim, pel seu propi caràcter de futur, no té relació amb la desproporció entre la pena amb el delictes comès, sinó amb la limitació desproporcionada d'un dret

¹³⁴⁴ Tal com s'ha explicat al llarg del treball, aquest posicionament comporta assumir que un mateix comportament representa *alhora* la comissió d'un delictes i l'exercici d'un dret. En concret, que un mateix comportament pot ser, *prima facie*, subsumit tant en l'esfera de la disposició penal com en la de la disposició iusfonamental. Doncs, en paraules de LAMARCA PÉREZ, «si no se reconoce este segundo aspecto carecería de sentido hablar de «efecto desaliento» sobre el ejercicio de derechos, así como también resultaría inviable la operatividad de un principio de proporcionalidad que ha sido diseñado justamente para controlar los límites sobre los derechos fundamentales». *Ibíd.*, pp. 51-52.

¹³⁴⁵ Així ho consideren, entre d'altres, PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...* op. cit., p. 293; BRAGE CAMAZANO, J., *Los Límites a los derechos...* op. cit., p. 257-158; LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 52.

¹³⁴⁶ LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 53.

fonamental que, en conseqüència, ha de suposar-se implicat d'alguna manera en la conducta examinada i l'exercici del qual no es vol desanimar en el futur¹³⁴⁷.

b) Per qui segueix la teoria estricta¹³⁴⁸, els drets fonamentals són delimitats *a priori* o en abstracte, de manera que el seu conflicte resulta impossible i el principi de proporcionalitat inútil als efectes de resoldre tal conflicte. Des d'aquesta perspectiva, el judici de proporcionalitat resulta inaplicable des del moment en què es reconeix que la conducta en qüestió no constitueix exercici de cap dret, la qual cosa comporta la legitimitat de la intervenció legal, que pot arribar fins a les fronteres mateixes del contingut del dret. En resum, per als seguidors de la teoria estricta o es comet un delictes o s'exerceix un dret, però no les dues coses alhora; i, si es comet un delictes, no es pot dir que es desanima l'exercici d'un dret per excés de pena¹³⁴⁹. És per això que els autors que assumeixen aquesta concepció dels drets, a l'analitzar l'efecte desànim, no parlen de conductes que són exercici d'un dret, sinó de *conductes limítrofes*¹³⁵⁰.

c) Sentències sobre l'efecte desànim del Dret administratiu sancionador

Com es desprèn del que s'ha explicat fins ara, la duresa de la resposta punitiva és un dels elements que poden causar desànim en l'exercici dels drets fonamentals. Des d'aquest punt de vista, i sobre la base de l'*ultima ratio* del Dret penal -i del dogma de la seva major gravetat en relació amb el Dret administratiu sancionador-, es planteja la qüestió de si l'elecció per part del legislador de l'àmbit administratiu -teòricament menys punitiu- impossibilita parlar de l'efecte desànim. En altres paraules, es planteja si la teoria del desànim dels drets fonamentals només es pot predicar del Dret penal atesa la major duresa de les penes privatives de llibertat o, altrament, és aplicable també al Dret administratiu sancionador¹³⁵¹.

La resposta a aquesta qüestió l'hem de buscar en la jurisprudència del TC, el qual ha admès que la restricció del contingut dels drets fonamentals via administrativa pot

¹³⁴⁷ *Ibíd.*, p. 55.

¹³⁴⁸ Segueix aquesta teoria, per exemple, CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., pp. 1-43.

¹³⁴⁹ LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad...* op. cit., p. 52.

¹³⁵⁰ Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., pp. 22.

¹³⁵¹ Alguns autors que han analitzat aquesta qüestió semblen inclinar-se per aquest darrer criteri. Per exemple, COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 105. En sentit contrari, CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., p. 24.

arribar a tenir un efecte dissuasiu de l'exercici d'aquests drets. Així, per exemple, s'ha admès el possible efecte desànim en relació amb la imposició de sancions concretes en les sentències analitzades *supra*: STC 124/2005, de 23 de maig, (recurs d'emparament contra la imposició d'una sanció administrativa de multa per infracció del Reglament General de Circulació en el decurs d'una manifestació), i STC 110/2006, de 3 d'abril (recurs d'emparament contra la imposició d'una sanció administrativa de multa per infraccions tipificades en la LOPSC 1992, per haver instigat als participants d'una manifestació sindical a ocupar la calçada del carrer). En aquestes sentències s'afirma que:

«La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio» STC 124/2005 (FJ 3) i STC 11/2006 (FJ 4).

En d'altres casos, l'efecte desànim es vincula al dret a la legalitat sancionadora (art. 25.1 CE). Per exemple, la STC 12/2018, de 8 febrer, Ple, Rec. 4464/2014, que atorga l'empara al recurs presentat per la sanció disciplinària imposada a un professor de primària per explicar als alumnes a classe les seves raons per secundar una vaga i lliurar-los una nota informativa adreçada als pares. En aquesta sentència, el Tribunal recorda que la interpretació del contingut dels tipus sancionadors i el control del procés de subsumció dels fets provats en els preceptes aplicats és una qüestió aliena al contingut propi de la jurisdicció constitucional al ser una funció que, d'acord amb el que estableix l'art. 117.3 CE, correspon en exclusiva als jutges i tribunals ordinaris. Tot seguit, detalla que la funció del TC és «la de verificar que la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo, administrativo o penal, (o lo que es lo mismo, que la concreta aplicación de la norma sancionadora), respeta las exigencias del derecho a la legalidad penal». Després de recordar la seva doctrina sobre la legalitat penal, el TC conclou que «al haber sido sancionado el recurrente en amparo por una conducta, que según los hechos acreditados, no constituye un incumplimiento de sus deberes como funcionario, debe estimarse la vulneración del art. 25.1 CE, evitándose así el “efecto desaliento” en el ejercicio de los derechos fundamentales» (FJ 4).

Per últim, recentment, el TC ha anul·lat una previsió establerta en una norma administrativa sobre la base de la doctrina de l'efecte desànim. Ens referim a la STC 86/2017, de 4 de juliol, en què es qüestiona -entre d'altres aspectes- la constitucionalitat d'algun dels principis bàsics de la regulació dels continguts audiovisuals de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la Comunicació Audiovisual de Catalunya. En concret,

en el que aquí interessa, es qüestiona la constitucionalitat del principi previst a l'art. 86 f) que exigeix la separació clara entre informacions i opinions en la difusió de la informació¹³⁵², en relació amb el quadre de sancions previst en els arts. 132 i 136 de l'esmentada Llei que preveuen el cessament provisional o definitiu de la prestació de serveis audiovisuals per l'incompliment dels principis bàsics de la regulació dels continguts audiovisuals.

L'Alt tribunal declara la inconstitucionalitat del «primer inciso del art. 80.f) LCAC que exige la separación clara entre informaciones y opiniones pues, en este caso, *incluso la sanción administrativa se muestra como excesiva o desalentadora del ejercicio del derecho fundamental*» (FJ 5, les cursives són nostres). Segons el TC, és difícil acceptar que:

«(...) una diferenciación cuya operatividad radica en la determinación de las conductas que se encuentran amparadas por una u otra libertad fundamental (expresión o información) encuentre su reflejo en una ley que, al prever esa “separación clara”, lo único que hace es establecer una obligación formal de programación cuyo incumplimiento (difícil, como acabamos de señalar) puede conllevar la sanción de suspensión de actividad por un tiempo de tres meses. *El efecto desalentador del ejercicio del derecho que se deriva de esta previsión se percibe solo con tomar como ejemplo el caso de los debates o tertulias políticas en las que, de forma evidente, se mezclan ambas facetas, siendo desproporcionado exigir que en ese tipo de intervenciones se esté alertando en cada momento de cuándo se está ejerciendo la libertad de opinión y cuándo la libertad de información*» (FJ 5, les cursives són nostres).

Per tant, el TC admet expressament tant la possibilitat que la sanció administrativa efectivament imposada desanimi l'exercici de drets fonamentals (prohibició de desànim en l'aplicació del tipus), com que l'establiment per part del legislador d'una sanció administrativa en conductes properes a l'exercici de drets i llibertats fonamentals desanimi el seu exercici legítim (prohibició de desànim al legislador). De manera que la doctrina de l'efecte desànim, com a criteri inserit en el principi de proporcionalitat, no pot servir només per descartar el Dret penal com a factor de desànim, sinó que s'ha de projectar sobre tot el *ius puniendi*¹³⁵³. Convé destacar que aquesta posició ha estat

¹³⁵² L'article 86 f) establia que, en el marc de l'exercici legítim dels drets fonamentals de llibertat d'expressió i d'informació, la realització d'activitats de comunicació audiovisual se sotmet als límits següents: «*Fer una separació clara entre informacions i opinions, i respectar el principi de veracitat en la difusió de la informació. S'entén per informació veraç la que és el resultat d'una comprovació diligent dels fets*» (la redacció marcada en cursives va ser declarada inconstitucional per la STC que s'analitza en el text).

¹³⁵³ En sentit contrari al que es proposa en el text es posiciona CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., p. 181.

sostinguda també pel TEDH, qui ha reconegut que una sanció administrativa pot causar l'anomenat «chilling effect». Encara més, en opinió d'aquest Tribunal per mínima que hagi estat la sanció imposada, ha de ser examinada, atès el seu possible efecte desànim sobre l'exercici dels drets i les llibertats (entre d'altres, assumpte *Kula contra Turquia*, STEDH, de 19 de juny de 2018, § 39)¹³⁵⁴.

En la nostra opinió, *el reconeixement jurisprudencial exprés, per part del TC i del TEDH, del potencial desànim a l'exercici dels drets fonamentals del Dret administratiu sancionador habilita a analitzar les conseqüències d'aquesta doctrina sobre el legislador i l'aplicador de les normes punitives de forma conjunta per a la totalitat del ius puniendi*. És a dir, en l'opinió que aquí es defensa, les conseqüències derivades de la doctrina de l'efecte desànim s'han de projectar sobre les dues manifestacions del *ius puniendi* -Dret penal i Dret administratiu sancionador-, malgrat que hagin estat essencialment desenvolupades per la doctrina penalista¹³⁵⁵.

4.1.2.- La prohibició de desànim al legislador: els manaments de taxativitat i proporcionalitat

La prohibició de desànim al legislador punitiu es projecta sobre dos àmbits diferents: (i) el manament de taxativitat dels tipus i (ii) el manament de proporcionalitat de les penes¹³⁵⁶.

(i) El manament de taxativitat imposa que la formulació dels tipus punitius ha de ser prou clara i precisa com perquè els ciutadans puguin programar els seus comportaments «sin temor a verse sorprendidos por sanciones que en modo alguno

¹³⁵⁴ En concret, en aquesta sentència s'afirma que «The Court thus considers that, however minimal the sanction (a reprimand) imposed on the applicant for taking part in a television programme outside his city of residence without the authorisation of his supervisors, it was liable to have an impact on the exercise of his freedom of expression and even to have a chilling effect in that regard» (§ 39).

¹³⁵⁵ Diversos administrativistes admeten expressament l'aplicació de la doctrina de l'efecte desànim al Dret administratiu sancionador. Per tots, REBOLLO PUIG, M., *Las potestades conferidas en la LOPSC...* op. cit. 160-161.

¹³⁵⁶ Convé destacar que diversos autors sostenen una posició divergent a la utilitzada en el text i afirmen que el desànim és sempre una qüestió de legalitat i mai de proporcionalitat. Per tots, LOPERA MESA que opina que l'efecte desànim «se produce antes que por la desproporción de la sanción, como consecuencia de la incertidumbre generada por la excesiva amplitud e indeterminación del tipo penal». LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal...* op. cit., p. 568 nota al peu 40.

podieron prever»¹³⁵⁷. Així, tal com ha destacat algun autor¹³⁵⁸, la prohibició d'indeterminació dels tipus no necessita recolzar-se en l'efecte desànim per ser exigible, ja que es desprèn directament de la CE (vid. *supra* Capítol 2). Per tant, com exposa CUERDA ARNAU, la doctrina de l'efecte desànim opera com una *exigència adicional* enfront dels tipus que, malgrat la seva relativa indeterminació, superen el filtre de legalitat¹³⁵⁹. És a dir, en els casos en què una norma tipifica conductes properes a l'exercici de drets fonamentals augmenten les exigències de justificació i la garantia constitucional de taxativitat apareix reforçada. En conseqüència, tot i que el legislador pot sancionar conductes que suposin un exercici abusiu dels drets fonamentals -o es trobin extramurs d'aquest exercici-, està obligat a justificar el desànim que tota sanció comporta i, a més, ha d'extremar les precaucions en la indeterminació de la redacció dels tipus¹³⁶⁰.

Aquesta obligació podria xocar amb algunes de les formes de flexibilització de la tipificació de les infraccions admeses en Dret administratiu sancionador; ens referim a l'admissió de les tipificacions indirectes genèriques. Tal com s'ha analitzat en el Capítol 2, mentre que en Dret penal l'estructura punitiva és molt senzilla (tant la tipificació de la infracció com l'atribució de la sanció es realitzen -llevat excepcions- de forma directa i individualitzada), en Dret administratiu sancionador el mecanisme és molt més complex, ja que normalment la tipificació no és directa sinó per remissió i l'atribució de la sanció no és individualitzada sinó genèrica; les fórmules de tipificació per remissió més habituals són les tipificacions remissives expresses i les tipificacions remissives residuals. Com sabem, la jurisprudència constitucional admet aquestes tècniques de tipificació indirecta i les considera compatibles amb el manament de taxativitat, especialment quan les remissions es realitzen a normes amb rang de llei (supòsits en què l'Alt tribunal admet remissions molt àmplies i genèriques).

La qüestió que ens plantejem aquí és si l'exigència adicional imposada per la doctrina de l'efecte desànim és compatible amb la tipificació per remissió genèrica i, especialment, amb la tipificació residual, que qualifica com a infracció administrativa -i commina amb sanció- la contravenció de tota la norma. En aquests casos, el nucli de la conducta sancionada no es troba en el catàleg d'infraccions de la llei, la qual cosa obliga els ciutadans a haver d'analitzar totes les obligacions previstes en la norma per tal

¹³⁵⁷ HUERTA TOCILDO, S., Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal... op. cit., p. 903; COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 105.

¹³⁵⁸ CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., p. 183.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 183.

¹³⁶⁰ CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., p. 30.

d'adequar-hi les seves conductes. Aquesta qüestió esdevé més conflictiva quan les obligacions o els mandats continguts a la norma -i que residualment són qualificats d'infracció- no són concrets, clars i intel·ligibles, i es troben estretament vinculats amb l'exercici d'un dret o una llibertat fonamental.

Per exemplificar aquesta conflictivitat en relació, en concret, amb la llibertat d'expressió podem acudir a la Llei 7/2010, de 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual, que preveu com a infracció lleu a l'art. 59.2 «el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves». Aquesta previsió ha servit de base per sancionar les conductes contràries a l'art. 4.2 de l'esmentada Llei que estableix: «la comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres»¹³⁶¹. Com han denunciat diversos autors, el precepte transcrit té un caràcter obertament programàtic del qual difícilment es poden despendre obligacions concretes -no es desprèn de forma clara quina tipologia de discursos podran ser sancionats¹³⁶². No obstant això, la tipificació residual habilita la imposició -als prestadors del servei de comunicació electrònica i als prestadors de servei de catàleg de programes- d'una sanció lleu que, d'acord amb el quadre de sancions de l'art. 60.3 de la Llei, pot ser de multa de fins a 100.000 euros per als serveis de comunicació televisiva i de fins a 50.000 per als radiofònics.

Per tant, si la doctrina de l'efecte desànim enforteix el manament de legalitat en el vessant de taxativitat, obligant al legislador fixar amb nitidesa la frontera de l'exercici del dret fonamental- per tal que els ciutadans no se sentin dissuadits d'exercir els seus drets fonamentals per la manca de certesa sobre quins supòsits d'exercici estan clarament protegits i quins, per contra, constitueixen pretensions alienes al dret-, podria resultar inadequat -per poc congruent- amb el manament de protecció dels drets fonamentals el recurs a les tipificacions remissives genèriques i residuals -realitzades habitualment i com «a clàusula d'estil» en l'àmbit del Dret administratiu sancionador- per tipificar conductes properes a l'exercici d'un dret fonamental.

¹³⁶¹ Vid. resolucions sancionadores de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència 32/2018, de 31 de maig (exp. SNC/DTSA/032/18/REVELATION) i 87/2018, de 13 de setembre (exp. SNC/DTSA/087/18/ESRADIO).

¹³⁶² En aquest sentit, MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Policía administrativa, discurso del odio y explosiones en cervecerías alemanas. A propósito de la Resolución Sancionadora 87/2018 de la CNMC, en la que se multa a Libertad Digital por incitar al odio contra los ciudadanos alemanes», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, 2019, p. 9.

(ii) Des de la perspectiva del manament de proporcionalitat, la doctrina de l'efecte desànim imposa al legislador l'obligació de contenir la sanció dels excessos en l'exercici dels drets i les llibertats¹³⁶³ i l'obligació de proporcionar a l'aplicador del Dret - Administració o Poder judicial- mecanismes legals que permetin adequar la pena al grau de desvalor de la conducta corresponent¹³⁶⁴ (STC 136/1999, FJ 30).

En relació amb la necessitat de contenció de la sanció, diversos autors apunten a què l'efecte desànim hauria de portar a excloure la reacció penal en els supòsits en què la conducta tipificada no es trobi revestida de gravetat (manca de lesivitat) i, a més, la sanció es projecti sobre conductes massa properes al que constitueix l'exercici legítim dels drets fonamentals¹³⁶⁵. Així, per exemple, s'ha qüestionat la tipificació penal de les injúries lleus, sobretot quan l'excés de la llibertat d'expressió es produeix en el marc de la crítica a personatges públics¹³⁶⁶. Compartim plenament aquest posicionament; malgrat això, en l'opinió que aquí es defensa, l'alternativa en aquests casos no pot ser recórrer al Dret administratiu sancionador¹³⁶⁷. Aquesta afirmació es basa, d'una banda, en què -com s'ha detallat en el Capítol 3- el principi de proporcionalitat, en el seu vessant de *prohibició d'excés*, només permet establir si la sanció imposada és coherent amb la gravetat de la infracció, però no si la infracció i la sanció han de formar part d'un àmbit punitiu o altre. La qual cosa és plenament coherent amb el reconeixement per part dels Tribunals del potencial efecte desànim del Dret administratiu sancionador. I, de l'altra, també es fonamenta en la manca d'idoneïtat del Dret administratiu sancionador per sancionar l'excés en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació i en el dret de reunió i manifestació (veure *infra* apartat 4.2).

En relació amb la necessitat de proporcionar mecanismes a l'aplicador del dret per adequar la pena al desvalor de la sanció, en el Dret penal s'ha proposat la rebaixa del llindar mínim, la previsió de penes alternatives o l'articulació d'un sistema flexible de

¹³⁶³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez... op. cit., p. 128.

¹³⁶⁴ En el mateix sentit, CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., p. 186-187.

¹³⁶⁵ CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., p. 28; COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 105.

¹³⁶⁶ En la jurisprudència, vid. els vots particulars del magistrat Vives Antón a les SSTC 78/1995, de 22 de maig, Sala Segona Rec. 3694/1993 i 46/1998 de 2 març, Sala Segona, Rec. 2612/1993. En la doctrina, vid. CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., p. 28.

¹³⁶⁷ En el mateix sentit, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez... op. cit., 129.

substituts penals¹³⁶⁸. En el Dret administratiu sancionador, en canvi, no s'han realitzat propostes concretes al respecte; no obstant, el fet que normalment en aquest àmbit punitiu l'atribució de la sanció no sigui individualitzada sinó genèrica mitjançant forquilles pot facilitar la tasca d'adequació de la sanció.

Ara bé, el principi de proporcionalitat en l'aplicació de les sancions ha estat positivitat, de forma general, seguint criteris diferents als que requeriria la doctrina de l'efecte desànim (tal com es desprèn del criteris per graduar les sancions establerts en l'art. 29.3 LRJSP o de l'art. 33.2 LOPSC). Aquesta qüestió ha estat denunciada, per exemple, en relació amb la regulació de la proporcionalitat en la LOPSC. En concret, s'ha destacat el potencial desànim de preveure la reincidència com a criteri de graduació de les sancions (supòsit en què procedeix interposar el grau mig), pel fet que en aquesta norma es tipifiquen amb un elevat nivell d'indeterminació diverses infraccions estretament vinculades amb els drets de participació política (especialment, llibertat d'expressió i dret de manifestació)¹³⁶⁹.

4.1.3.- La prohibició de desànim en l'aplicació del tipus: el paper del Poder judicial i de l'Administració

En aquest punt, el primer que convé recordar és que la doctrina de l'efecte desànim en l'aplicació dels tipus no és predicable en els supòsits en què concorre la causa de justificació d'exercici legítim (art. 20.7.º CP), ja que l'efecte desànim es projecta sobre conductes il·lícites -i per tant, contràries a l'ordenament jurídic-, tot i que pròximes a l'exercici d'un dret fonamental. Aquesta proximitat al dret fonamental és justament la que justifica que el comportament antijurídic connectat amb el dret fonamental rebi un tracte més benigne que el que correspondria a la realització d'un fet similar completament al marge del contingut d'aquest dret¹³⁷⁰.

En conseqüència, el jutge ordinari -o l'òrgan administratiu competent- quan s'enfronta a l'aplicació d'un tipus que es relaciona amb un dret fonamental, com a qüestió prèvia a la verificació del delictes -o de la infracció-, ha d'examinar si els fets declarats provats han d'enquadrar-se en els drets reconeguts constitucionalment (ja que, si s'arriba

¹³⁶⁸ CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., p. 187.

¹³⁶⁹ Amb detall sobre aquesta qüestió, BAUCCELLS LLADÓS, J., «El nuevo "derecho sancionador... op. cit., pp. 29-30.

¹³⁷⁰ COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 104.

a aquesta conclusió, l'acció punitiva no pot prosperar). És a dir, primerament, s'ha de descartar que la conducta es correspongui amb l'exercici legítim d'un dret fonamental¹³⁷¹ i, per fer-ho, es valdrà de l'eximent d'exercici legítim de l'art. 20.7º CP. Només un cop quedi exclosa aquesta possibilitat, haurà d'aplicar la norma punitiva d'acord amb les exigències que es deriven de la prohibició d'excés. Seguint a CUERDA ARNAU, es tracta de dues passes successives i no superposades: primer cal enjudiciar si la conducta és l'exercici legítim d'un dret constitucional (és a dir, si concorre l'eximent) i, només en cas de no ser-ho, procedeix apel·lar a la prohibició d'excés com a principi que garanteix la proporcionalitat davant de l'acte il·lícit¹³⁷².

Per tant, l'efecte desànim no pot desplegar efectes en seu de justificació, sinó que, com s'ha dit, se centra en les conductes que no representen un exercici legítim del dret fonamental en qüestió¹³⁷³. Així, seguint la doctrina del desànim, no és suficient respectar

¹³⁷¹ Des d'aquesta perspectiva, alguns autors han remarcat algunes sentències en les quals es recorre a l'efecte desànim i, alhora, es reconeix l'exercici legítim d'un dret. Per exemple, la STC 108/2008, de 22 de setembre, Sala Segona, Rec. 1571/2005 (FJ 6), que recorre a l'efecte desànim per reconèixer que el sol·licitant d'empara va actuar en l'exercici legítim de la llibertat d'expressió o la SAN 31/2014, de 7 de juliol, Sala Penal, Rec. 6/2013 que, després d'aplicar la doctrina de l'efecte desànim, entén que la conducta dels acusats en el cas «Aturem el Parlament» està justificada per l'exercici del dret de manifestació (FJ 2.1.3). Posa l'atenció en aquestes sentències, *Ibíd.*, p. 104, nota al peu 34. En aquest mateix sentit, RIDAO MARTÍ també es mostra molt crític amb la projecció de l'efecte desànim de la SAN relativa al cas «Aturem el Parlament» en diversos treballs: RIDAO MARTÍN, J., *La libertad de expresión y sus conflictos en el espacio público. Manifestaciones, escraches y símbolos políticos*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 70-71; RIDAO MARTÍN, J., «Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 207-208, i RUIZ-RICO RUIZ, C., i RIDAO MARTÍN, J., «La participación en el espacio público y su problemática constitucional: breves consideraciones en torno a los 'escraches' y a las sentencias sobre el denominado 'asedio al Parlamento de Cataluña'», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 91, 2014, pp. 74-75.

En sentit contrari, PAREDES CASTAÑÓN, veure nota núm. 1373.

¹³⁷² CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., pp. 12 i 14.

¹³⁷³ En sentit contrari es pronuncia PAREDES CASTAÑÓN, qui sí que projecta el desànim en seu de justificació. Segons aquest autor, el fet que les conductes enjudiciades siguin accions realitzades en el decurs de l'exercici d'un dret fonamental obliga a ser especialment curosos a l'hora de determinar quines, d'entre elles, constitueixen ja un excés en l'exercici del dret. Per exemple, en el context d'una manifestació s'hauria de ser especialment curós a l'hora de determinar quines conductes són realment violentes o intimidatòries. De manera que, seguint aquest autor, «sólo aquellas acciones que resultasen *inequívocamente* violentas, o intimidatorias, *aun dentro de marco de comportamiento propio de una manifestación* (que conduce a los manifestantes a hacer cosas que, en otro contexto, serían consideradas como acciones violentas, y no permitidas), podrán ser consideradas típicas». L'autor exemplifica aquesta afirmació de la següent manera: «si yo y mis amigos, caprichosamente, nos ponemos en medio de la calzada y cortamos el tráfico durante un largo período de tiempo, ello constituye, sin duda alguna, una conducta subsumible (al menos, desde el punto de vista objetivo) en el tipo penal de las coacciones. Y, sin embargo, esta misma conducta, en el trascurso de una manifestación, no debería ser considerada como tal,

el contingut constitucional legítim del dret, sinó que la lesió dels drets i les llibertats fonamentals també pot produir-se quan es sancionen desproporcionadament conductes il·lícites relacionades directament amb l'exercici d'aquests drets. De manera que a l'interpret de la norma punitiva li està constitucionalment prohibit reaccionar desproporcionadament contra l'exercici d'un dret, encara que aquest exercici sigui il·lícit¹³⁷⁴.

En aquest sentit, l'efecte desànim desplega la seva funció dogmàtica en dos àmbits: (i) en la tipicitat, orientant la subsumpció jurídica i (ii) en la penalitat, guiant la determinació de la sanció. En concret, imposa la necessitat d'interpretar el tipus de la manera més favorable a l'efectivitat del dret fonamental, així com aprofitar totes les possibilitats que ofereix la norma d'ajustar la reacció a la gravetat de l'ofensa¹³⁷⁵.

(i) L'efecte desànim projectat sobre la subsumpció jurídica enforteix els imperatius del principi de legalitat; és a dir, la doctrina del desànim passa a formar part de l'anàlisi global que ha de precedir a la decisió relativa a la incardinació de la conducta enjudiciada en el tipus. En paraules del Tribunal Constitucional, Sentència 110/2000, de 5 de maig, Sala Segona, Rec. 2560/1996 (FJ 5):

«(...) cuando un órgano judicial aplica una norma penal como la analizada, que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental (en nuestro caso, del reconocido por el art. 20.1 CE), ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquellos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada.»

sino como una forma normal de ejercicio del derecho». PAREDES CASTAÑÓN conclou que la interpretació restrictiva dels conceptes violència i intimidació en el cas d'actes duts a terme en el context de manifestacions sembla obligada pels següents motius: primer, perquè, en aquest context, no s'observen com a violentes les mateixes conductes que sí que s'hi consideren en altres contextos diferents; i, a més, perquè la interpretació restrictiva resulta obligada per raons valoratives, per preservar el màxim l'espai de llibertat d'acció que el dret de manifestació requereix. Des d'aquesta perspectiva, l'efecte desànim s'erigeix com a paràmetre interpretatiu dels tipus. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Caso "Aturem el Parlament"... op. cit., pp. 186-187.

¹³⁷⁴ CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., pp. 17-18.

¹³⁷⁵ *Ibíd.*, p. 30. CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., p. 188.

En conseqüència, no és suficient amb què l'aplicador s'ajusti al tenor literal de la llei i, per tant, elimini de l'òrbita del tipus les conductes que clarament estan fora de la zona indubtable d'exclusió. Sinó que, a més, és necessari que la seva interpretació no sigui incompatible amb el reconeixement constitucional del dret, l'exercici legítim del qual no pot resultar desanimat per una interpretació del tipus aliena a les exigències de la proporcionalitat¹³⁷⁶. En suma, tal com afirma CUERDA ARNAU la interpretació dels tipus que permetin sancionar conductes relacionades amb la llibertat d'expressió i informació o amb els drets de reunió i manifestació ha de partir del tenor literal però, alhora, ha de ser suficientment restrictiva per evitar incloure en el seu àmbit conductes que, malgrat quedar més enllà de l'exercici legítim, siguin tan properes a aquest que la seva sanció pugui produir un efecte desànim incompatible amb el reconeixement constitucional del dret¹³⁷⁷.

Al seu torn, atesa la impossibilitat d'arribar a una precisió absoluta en la formulació de les normes punitives -en la mesura que aquestes han de poder adaptar-se a la realitat canviant-, l'aplicador del Dret ha d'interpretar els termes vagues o ambigus que, en el seu cas, incloguin els tipus d'una manera que no resulti descoratjadora per a l'exercici dels drets fonamentals¹³⁷⁸.

Ara bé, tant els òrgans judicials ordinaris com els òrgans administratius es troben sotmesos a la Llei i, només dins del marc que aquesta permeti, han de guardar observança al principi de proporcionalitat. En aquest sentit, és especialment il·lustrativa la STC 65/1986, de 22 de maig, Sala Segona, Rec. 858/1983 quan afirma que: «en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia solo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del art. 117 de la Constitución» (FJ 3). De manera que, si l'òrgan encarregat d'aplicar la norma punitiva considera que la conducta no hauria d'estar tipificada o que hauria d'estar-ho amb una sanció inferior, no pot desconèixer el sentit de la Llei¹³⁷⁹. En altres paraules, no pot

¹³⁷⁶ CUERDA ARNAU, M. L., Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto... op. cit., p. 188.

¹³⁷⁷ CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función... op. cit., p. 31, nota al peu 61.

¹³⁷⁸ En un sentit similar, COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 105.

¹³⁷⁹ CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento... op. cit., p. 247.

esgrimir la manca de proporcionalitat -això és, l'efecte desànim de la resposta punitiva- contra la Llei. En aquesta situació les possibilitats de l'òrgan jurisdiccional i les de l'òrgan administratiu són completament divergents, tal com es veurà tot seguit.

En el cas que sigui l'òrgan judicial ordinari qui discrepi amb el contingut de la norma penal, l'ordenament jurídic possibilita la realització de les següents actuacions: formular una petició d'indult al Govern, relativa al cas concret (art. 4.3 CP); sol·licitar al Govern que la norma penal sigui derogada o modificada, amb caràcter general però per al futur (art. 4.3 CP), o plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat (art. 163 CE i art. 35 i següents LOTC). Deixant de banda el diferent moment temporal del procés penal en què han de dirigir-se les propostes al Govern i la qüestió al TC -aquelles han de suscitar-se després d'haver dictat Sentència (art. 4.3 CP) i aquesta darrera abans de que la Sentència sigui dictada (art. 35.2 LOTC)-, diversos autors afirmen que la via de la qüestió d'inconstitucionalitat adquireix preferència quan es tracta d'un dubte d'abast constitucional¹³⁸⁰. De manera que, en el supòsit descrit, el jutge hauria de plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat al TC.

En el cas que sigui l'òrgan administratiu qui discrepa amb el contingut de la norma sancionadora administrativa, les possibilitats són molt menys clares, doncs l'ordenament jurídic no ha articulat una resposta concreta a aquesta situació (no existeix cap via administrativa assimilable a la possibilitat de plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat). Al seu torn, no sembla que la via del principi d'oportunitat hagi de ser explorada amb aquestes finalitats.

(ii) L'efecte desànim projectat sobre la determinació de la sanció imposa a l'aplicador de la norma punitiva aprofitar totes les possibilitats que ofereix la norma per ajustar la reacció a la gravetat de l'ofensa. Per exemple, imposar la sanció prevista en el mínim legal, aplicar l'eximent incomplet o aplicar -si existeix aquesta opció- una sanció o pena alternativa menys greu.

Des d'aquest punt de vista, cal insistir en què, en cap cas, l'efecte desànim determina que la conducta sancionada perdi la seva naturalesa antijurídica. Tal com ha destacat COLOMER BEA, el que es deriva d'aquest efecte és un deure especial de proporcionalitat per part de l'aplicador de la norma punitiva, que consisteix en imposar una pena inferior a la que s'aplicaria si es tractés d'una conducta que no tingués cap

¹³⁸⁰ *Ibíd.*, p. 247, nota al peu 36.

relació amb el contingut dels drets fonamentals¹³⁸¹. La necessitat d'establir un tracte proporcional en aquestes conductes ha estat advertida pel Tribunal Constitucional, entre d'altres, en la Sentència 110/2000, de 5 de maig, Sala Segona, Rec. 2560/1996 (FJ 5):

«(...) tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir «por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada».»

En altres paraules, l'aplicador del dret ha d'evitar que a aquestes conductes se'ls imposi, sense més, la conseqüència jurídica prevista a la norma (com si no es tractés de conductes properes a l'exercici d'un dret fonamental). En aquest sentit, des de la perspectiva del Dret penal, diversos autors proposen que als supòsits d'efecte desànim se'ls apliqui l'eximent incomplet d'exercici d'un dret (art. 21.1.^a CP), que, com sabem, redueix el marc penal del corresponent delictes en un o dos graus (art. 68 CP)¹³⁸². Aquesta solució seria extensible al Dret administratiu sancionador per la via del principi de proporcionalitat¹³⁸³, amb les dificultats apuntades *supra* en relació amb la seva exigibilitat i control.

4.2.- La idoneïtat de l'Administració pública per controlar els excessos en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació, i el dret de reunió i manifestació

Tal com s'ha constatat a l'estudiar la doctrina de l'efecte desànim, la proximitat d'una conducta a un dret fonamental no és indiferent per a l'ordenament jurídic; ben al contrari, tant al legislador, en tipificar aquestes conductes, com a l'aplicador del dret, en concretar la sanció, els és exigible un *plus* de garanties per tal de no desanimar l'exercici

¹³⁸¹ COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento... op. cit., p. 105.

¹³⁸² Ho proposa, per exemple, Mir Puig, S., Principio de proporcionalidad y fines del derecho... op. cit., p. 365.

¹³⁸³ En aquesta línia, REBOLLO PUIG, posa l'accent en el fet que en els supòsits en què es produïssin efectes desproporcionats l'art. 29.4 LRJSP permet sancionar amb un grau inferior al previst per tal d'adequar la sanció a la real lesivitat del fet i ateses les circumstàncies concurrents. REBOLLO PUIG, M., Las potestades conferidas en la LOPSC... op. cit. 161.

legítim dels drets fonamentals propers a la conducta en qüestió. El que ara ens plantejem és si l'Administració pública és idònia per reprimir les *conductes properes* a l'exercici de la llibertat d'expressió i informació, i el dret de reunió i manifestació, atesa la transcendència atorgada a aquestes conductes; és a dir, si l'Administració pública és idònia per controlar *els excessos* en l'exercici d'aquests drets.

La singularitat de les sancions que representen un límit d'un dret fonamental és una qüestió que va ser apuntada ben aviat per TORNOS MAS qui, l'any 1975, en valorar l'augment de la potestat sancionadora de l'Administració en detriment dels jutges penals, proposava establir una «escala de control» en què, el paper dels jutges «se acrecentaría en sanciones sobre libertades fundamentales (prensa, reunión, asociación, etc.), y se limitaría allá donde existiera una relación especial de sujeción (sanciones disciplinarias, funcionamiento de los servicios) o donde se tratará de garantizar el intervencionismo económico de la Administración». Si bé l'autor es circumscriu a valorar la necessitat d'un control judicial de la sanció, deixa clarament apuntat que, per a la millor i més imparcial valoració del problema, així com pel contingut material del dret sobre el que incideix la sanció, en principi, les sancions que suposen un límit d'un dret fonamental exigeixen una major protecció judicial¹³⁸⁴.

Tanmateix, aquesta qüestió ha estat analitzada darrerament amb major intensitat, arran de l'aprovació -de forma cada cop més nombrosa- de diverses lleis en què el legislador ha atorgat a l'Administració poders per controlar i sancionar els excessos en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació i del dret de reunió i manifestació¹³⁸⁵;

¹³⁸⁴ TORNOS MAS, J., «Infracción y sanción administrativa el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 7, 1975, p. 608.

¹³⁸⁵ Sobre aquesta qüestió, vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez... op. cit., 119–134; MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Policía administrativa, discurso del odio... op. cit.; MUÑOZ MACHADO, S., La regulación del sector audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales. A: MUÑOZ MACHADO, S. (director); RODRÍGUEZ VALDERAS, M., (coordinador), *Derecho de la regulación económica. V Audiovisual*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 108-118; MUÑOZ MACHADO CAÑAS, J., Comunicación audiovisual y derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y propia imagen: un estudio de jurisprudencia. A: MUÑOZ MACHADO, S. (director); RODRÍGUEZ VALDERAS, M., (coordinador), *Derecho de la regulación económica. V Audiovisual*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 573-602; HUERGO LORA, A., El régimen sancionador en la Ley General de la Comunicación Audiovisual A: MUÑOZ MACHADO, S. (director); RODRÍGUEZ VALDERAS, M., (coordinador), *Derecho de la regulación económica. V Audiovisual*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 603-619; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones?», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 34, 2007, pp. 31-82 i BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55-112.

d'entre aquestes lleis destaquen: la LOPSC (arts. 36.2, 36.23 i 37.4)¹³⁸⁶, la Llei 8/2017, de 28 de desembre, per garantir els drets, la igualtat de tracte i no discriminació de les persones LGTBI i els seus familiars a Andalusia (art. 62); la Llei 3/2016, de 22 de juliol, de protecció integral contra LGTBIfobia i la discriminació per raó d'orientació i identitat sexual a la Comunitat de Madrid (art. 70); la Llei 11/2014, del 10 d'octubre, per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per a erradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia de Catalunya (art. 34.4); la Llei 7/2010, de 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual (art. 57.1), i la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la Comunicació Audiovisual de Catalunya (art. 132. f). A aquestes normes s'han de sumar les ordenances de convivència ciutadana aprovades pels diversos municipis que, freqüentment, també tenen incidència sobre aquets drets i llibertats (i que, com hem detallat *supra*, no han rebut la mateixa atenció per part de la doctrina).

Cal fer notar que, de forma majoritària, els autors que han analitzat críticament aquestes tipificacions en via administrativa s'han centrat en les normes que sancionen l'excés en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació en conductes vinculades a la comunicació (és a dir, els excessos en l'exercici dels drets comunicatius)¹³⁸⁷. En aquest àmbit, a diferència del que s'estudia en el present treball (exercici del drets de participació política a la via pública), la potestat administrativa sancionadora és exercida per Autoritats Administratives independents i, per tant, la presa de decisions i el procediment administratiu sancionador es troben revestits de majors garanties. Des d'aquest punt de

¹³⁸⁶ Convé destacar que, en moment de tancar la present investigació, el TC ha emès sentència sobre la constitucionalitat d'algun dels preceptes citats en el text (STC 172/2020, de 19 de novembre, Ple, Rec. 2896/2015). En concret, es declara la inconstitucionalitat de l'incís "no autoritzat" de l'art. 36.23 LOPSC i, al seu torn, es declara que els arts 36.23, 37.3 i 37.7 no son inconstitucionals sempre que s'interpretin en el sentit assenyalat, respectivament, en el FJ 7 C) l'art. 36.23; en el FJ 6 E) l'art. 37.3, i en el FJ 6 F) l'art. 37.7. El contingut concret d'aquesta sentència no ha estat incorporat en el cos del treball perquè, en el moment de la seva publicació, aquesta investigació ja es trobava en la fase de revisió prèvia al dipòsit.

¹³⁸⁷ La importància dels drets de participació política en la comunicació audiovisual ha estat destacada, per exemple, per BOIX PALOP, qui afirma que «el mundo de la comunicación de información o entretenimiento por vía audiovisual no es un sector económico cualquiera, sino uno que está íntimamente ligado al efectivo ejercicio de algunos derechos constitucionales tan básicos como el derecho a la libre expresión de ideas y opiniones, el derecho a comunicar y recibir información, y (como correlato inevitable en un sociedad democrática y pluralista de las características de la nuestra), el mismo derecho a la participación en la vida política y social, dado que es a través de los medios de comunicación como se articula de modo más importante la participación, en nuestros días, en el espacio público». BOIX PALOP, A., *El cambio de prisma en la regulación del audiovisual: del servicio público a la liberación sin que, aparentemente, nada cambie ni nada haya de cambiar. Algunas dudas y perplejidades*. A: BELANDO GARÍN, B., i MONTIEL ROIG, G. (coordinadors), *Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual: El nuevo marco normativo de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual*, València, Tirant lo Blanch, 2011, p. 208.

vista, crida especialment l'atenció que aquestes crítiques no s'han projectat -o no amb la mateixa intensitat- quan són tipificats administrativament els excessos en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació o el dret de reunió i manifestació en infraccions destinades a la protecció de l'ordre públic o a la convivència ciutadana. En la nostra opinió, aquesta divergència a l'analitzar un i altre àmbit respon a la vinculació històrica de l'ordre públic amb els poders de policia i el consegüent bagatge històric de sancions administratives d'ordre públic i de les ordenances municipals de policia i bon govern. Doncs, com tot seguit es veurà, les objeccions manifestades sobre la idoneïtat de l'Administració per a sancionar l'excés en l'exercici dels drets i les llibertats analitzades són perfectament aplicables a ambdues situacions.

Els dubtes d'una part de la doctrina sobre la idoneïtat de l'Administració per sancionar aquestes conductes es fonamenten sobre la base dels següents arguments:

A) La disminució de les garanties procedimentals; en especial, la major independència dels òrgans jurisdiccionals

Bona part de les crítiques al fet que l'Administració controli els excessos en l'exercici de les llibertats d'expressió i manifestació i dels drets manifestació i reunió es basen, d'una banda, en la disminució de garanties del procediment administratiu sancionador en relació amb el procés penal¹³⁸⁸ i, de l'altra, en la major independència i imparcialitat dels òrgans jurisdiccionals; destacant-se especialment el fet que sovint les administracions públiques tenen un interès directe en els conflictes vinculats amb l'exercici d'aquests drets i aquestes llibertats fonamentals¹³⁸⁹. Des d'aquesta perspectiva, i més enllà de l'apel·lació a raons vinculades amb experiències pretèrites¹³⁹⁰, s'ha posat

¹³⁸⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La Nueva regulación de las faltas...* op. cit., p. 154.

¹³⁸⁹ Aquesta qüestió ha estat especialment destacada en relació amb les conductes tipificades administrativament en la LOPSC i que es troben estretament lligades amb determinades formes de protesta (com, per exemple, els «escraches», les actuacions de protesta contra els desallotjaments o les manifestacions davant d'eficis oficials). Vid. BILBAO UBILLOS, J. M., «La llamada ley mordaza... op. cit., pp. 242-243; MASSÓ GARROTE, M. F., «El derecho de reunión... op. cit., p. 124; ALONSO RIMO, A., «El nuevo anteproyecto de ley orgánica... op. cit., p. 12 i DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La Nueva regulación de las faltas...* op. cit., p. 154.

¹³⁹⁰ En referim a què diversos autors recorden que bona part de les desconfiances en la potestat sancionadora en mans de l'executiu es deu a l'experiència del període autocràtic anterior. Per exemple, BOIX PALOP, qui destaca: «las razones por las que el constitucionalismo liberal clásico (y particularmente el constituyente español en 1978, tras la experiencia de cuatro décadas de censura y férreo control de la información, que durante todos esos años se filtraba al debate público solo a través de los canales que la dictadura franquista determinaba, verticalmente) estableció la imposibilidad, como regla general, de que sean el gobierno o la Administración quienes controlen las manifestaciones expresivas no parece necesario que sean muy remachadas en este punto. Los evidentes riesgos para el pluralismo que se derivan de dar cada vez más poderes

l'accent en què el risc que les autoritats administratives exerceixin aquest control de manera arbitrària o abusiva és més elevat que si el control s'atribueix al Poder Judicial¹³⁹¹.

Així, s'afirma que existeixen raons perquè els límits a la llibertat d'expressió siguin només o fonamentalment límits penals¹³⁹². En aquest sentit, LASCURAÍN SÁNCHEZ defensa que per establir aquests límits no es pot recórrer al Dret administratiu sancionador per la manca d'intervenció judicial i, al seu torn, tampoc al Dret civil perquè, tot i aportar la garantia judicial, no busca directament prevenir, sinó indemnitzar i quan sí que busca prevenir amb «indemnitzacions punitives», el que fa és sancionar sense suficients garanties. Aquest autor, des dels postulats tradicionals del principi de proporcionalitat, acaba proposant un sistema judicial de sancions no penals per sancionar els excessos en l'exercici de la llibertat d'expressió (per la paradoxa que significa considerar tots els excessos de la llibertat d'expressió, en cas contrari, com a delictes -per tant molt greu i estigmatitzant-)¹³⁹³.

B) La manca d'automatisme de l'aplicació dels tipus i la dificultat de predeterminar normativament l'abast dels límits constitucionals

La disminució de garanties del Dret administratiu sancionador provoca que, si bé l'actuació punitiva de l'Administració és generalment acceptada en aquelles infraccions purament formals, tècniques o d'aplicació automàtica, no sigui pacífica la seva utilització

en estos ámbitos al poder ejecutivo, tampoco». BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites... op. cit., p. 105.

¹³⁹¹ En aquest sentit, per exemple, HUERGO LORA, qui afirma en relació amb la llibertat d'expressió que «se corre el peligro de que este tipo sancionador [art. 57.1 de la Llei 7/2010, de 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual] sirva para imponer criterios de «corrección política», en detrimento de la libertad de expresión. Si este tipo fuera aplicable por los Tribunales penales ese peligro no existiría, porque éstos aplican el principio de intervención mínima, pero no va a ocurrir necesariamente lo mismo con órganos administrativos, máxime cuando nos hallamos ante una norma que pueden aplicar las CCAA». HUERGO LORA, A., El régimen sancionador en la Ley General... op. cit., p. 607.

¹³⁹² Es pronuncia en aquest sentit HUERGO LORA. En concret, a l'analitzar l'art. 57.1 de la Llei 7/2010, de 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual (que preveu com a infracció molt greu diverses conductes vinculades amb el discurs de l'odi) afirma que «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 administrativa sancionadora». *Ibíd.*, p. 606.

¹³⁹³ La proposta de LASCURAÍN SÁNCHEZ es fonamenta en base al que aquest autor ha qualificat de paradoxa: per raons garantistes els límits a l'expressió són fonamentalment penals, en conseqüència, s'ha arribat a la «absurda tendencia social y judicial» de considerar com a delictes «-como algo muy grave y estigmatizador-» tot excés en l'expressió; és a dir, a considerar delictiva qualsevol expressió inútilment cruel, grossera o maleducada. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez... op. cit.

en aquelles conductes que signifiquen un excés en l'exercici de la llibertat d'expressió i informació o el dret de reunió i manifestació, per la impossibilitat d'establir de forma clara i previsible les conductes sancionables i la consegüent necessitat de valoració per part de l'Administració¹³⁹⁴.

En aquest sentit, diversos autors afirmen que la potestat sancionadora no resulta conflictiva en els supòsits d'aplicació quasi mecànica; això és, de simple comprovació del compliment de certes regles i d'aplicació de la consegüent sanció en cas d'incompliment¹³⁹⁵. Per exemple, en relació amb la llibertat d'expressió, la comprovació del compliment de les normes sobre horari protegit i, en relació amb el dret de manifestació, el compliment del deure de comunicar una manifestació.

En canvi, la sanció de les conductes que constitueixen un excés en l'exercici d'aquests drets i llibertats fonamentals signifiquen un control sobre els límits constitucionals i no poden ser reduïts a una activitat mecànica de simple comprovació, ja que comporten el desenvolupament de dues activitats que contenen un marge d'apreciació important. D'una banda, fixar, en cada cas concret, l'abast del límit corresponent i, de l'altra, ponderar, també en cada cas, els béns i els drets en conflicte. De manera que -seguint a BETANCOR RODRÍGUEZ- aquestes dues activitats no poden «mecanizarse jurídicamente» perquè és materialment impossible que una norma pugui contemplar prèviament tots els supòsits i totes les circumstàncies en què el conflicte es pot produir i establir quina solució ha d'adoptar-se en cada cas¹³⁹⁶. Encara més, s'ha destacat especialment la impossibilitat de fixar nítidament la frontera de l'exercici legítim de la llibertat d'expressió, impossibilitat que es pot constatar acudint als més de quaranta anys de jurisprudència constitucional¹³⁹⁷.

Així, es sosté que el major marge d'apreciació d'aquestes infraccions (per exemple, els autors analitzats esmenten el control de la veracitat de la informació i nosaltres entenem que, sense dificultat, podria incloure's també l'apreciació de l'alteració de

¹³⁹⁴ Per exemple, en relació amb l'excés en la llibertat d'expressió, HUERGO LORA afirma que l'aplicació de determinats tipus administratius (en concret, el previst a l'art. 57.1 de la Llei 7/2010, de 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual) «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». HUERGO LORA, A., *El régimen sancionador en la Ley General...* op. cit., p. 607.

¹³⁹⁵ En aquest sentit, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades... op. cit., p. 60; MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Policía administrativa, discurso del odio... op. cit., pp. 19-20.

¹³⁹⁶ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades... op. cit., p. 60.

¹³⁹⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez... op. cit., p. 128.

l'ordre públic en una manifestació més enllà de l'exercici legítim¹³⁹⁸) porta aparellat una major intensitat del poder per dilució¹³⁹⁹ dels referents jurídics i una major necessitat de que aquest es trobi envoltat de cauteles jurídiques per garantir que els drets i les llibertats fonamentals no pateixen restriccions innecessàries¹⁴⁰⁰. És a dir, el major marge d'apreciació ha de ser compensat amb un major control i amb majors garanties. Per tant, quan major marge de discrecionalitat hi ha en una decisió restrictiva de drets, més oportú resulta que aquest judici quedi en mans dels tribunals¹⁴⁰¹.

C) La reserva de jurisdicció i els límits a l'autotutela per restringir concrets drets reconeguts a la CE

Tal com hem constatat al llarg del present treball (especialment, en el Capítol 3), el legislador és lliure d'escollir l'àmbit punitiu per tipificar les conductes que, en exercici dels drets i les llibertats fonamentals, puguin danyar o posar en perill altres valors, drets o béns constitucionals, sempre que compleixi amb les garanties sobre la restricció dels drets fonamentals. Per tant, no existeix cap previsió en l'ordenament que impedeixi que els excessos en l'exercici dels drets fonamentals siguin sancionats per l'Administració ni tampoc s'ha previst en aquesta matèria cap reserva de jurisdicció. No obstant, diversos autors, des d'una interpretació hermenèutica de la CE i en l'examen de les *llibertats d'expressió i informació*, s'han qüestionat la conformitat amb aquesta d'atribuir el poder de controlar i sancionar l'excés en l'exercici d'aquestes llibertats¹⁴⁰².

El punt de partida d'aquestes opinions es troba en què la CE estableix uns supòsits específics en què, per la importància constitucional de la matèria, l'actuació del Dret només es pot realitzar mitjançant l'exercici de la potestat jurisdiccional per jutges i

¹³⁹⁸ BLASCO DÍAZ també destaca l'ampli marge d'apreciació dels òrgans administratius en les infraccions contràries a la seguretat ciutadana previstes a la LOPSC. En concret, l'autor afirma que «para el ejercicio de las actuaciones previstas en la Ley será determinante el criterio de la autoridad actuante, a la que le confía en algunas ocasiones un margen amplio de apreciación, que deberá ser susceptible de control». BLASCO DÍAZ, J. L., *Seguridad ciudadana y potestad sancionadora*. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 23.

¹³⁹⁹ En aquest context, l'expressió dilució s'utilitza amb el significat de fer que alguna cosa perdi importància o intensitat de manera que no es pugui percebre.

¹⁴⁰⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades... op. cit., p. 60.

¹⁴⁰¹ Sostenen aquesta opinió, HUERGO LORA, A., *El régimen sancionador en la Ley General...* op. cit., pp. 606-607, i MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Policía administrativa, discurso del odio... op. cit., p. 22.

¹⁴⁰² Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades... op. cit., p. 60; BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites... op. cit., p. 96; MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Policía administrativa, discurso del odio... op. cit., p. 23.

magistrats. Aquestes normes s'orienten a excloure -amb rang constitucional- el privilegi administratiu de decisió executòria en diverses matèries, entre les quals s'inclou el règim jurídic dels drets fonamentals i les llibertats públiques¹⁴⁰³. Al seu torn, la CE reserva a la potestat jurisdiccional la realització de determinades restriccions als drets fonamentals, de tal manera que queda prohibit -evidentment amb rang constitucional- el privilegi administratiu de decisió executòria¹⁴⁰⁴. És a dir, queda vedada qualsevol intervenció de l'autotutela administrativa en algunes formes de restricció de determinats drets fonamentals. En paraules de DÍEZ PICAZO, d'entre les garanties substantives dels drets fonamentals, la CE n'ha previst unes que operen específicament davant de l'Administració: les anomenades «reserves de jurisdicció»¹⁴⁰⁵.

Aquestes reserves de jurisdicció les trobem, d'una banda, en supòsits que es relacionen amb activitats de caràcter instrumental com la detenció preventiva (art. 17.2 CE) i l'entrada a domicilis (art. 18.2 CE) i, de l'altra, en la regulació mateixa dels drets fonamentals de llibertat d'expressió i d'informació (art. 20.5 CE), i del dret d'associació (art. 22.4 CE). GAVARA DE CARA, es refereix aquests com a supòsits de reserva jurisdiccional en la intervenció concreta de drets¹⁴⁰⁶. Seguint a DÍEZ PICAZO, el sentit últim de les reserves de jurisdicció radica en sostreure aquestes decisions a l'Administració, ja que aquesta es troba dirigida per òrgans de naturalesa política i, en conseqüència, «encarna siempre un peligro potencial para los derechos fundamentales de los particulares»; en canvi, els jutges i els tribunals són vistos com una autoritat imparcial, «cuyo cometido específico es velar por la observancia de las normas jurídicas». Per a aquest autor, això és, en definitiva, sostreure aquestes decisions «a quienes tienen en cuenta razones de oportunidad para encomendarlas a quienes deben tomar en consideración solo razones de legalidad»¹⁴⁰⁷.

La projecció d'aquestes reserves de jurisdicció a l'àmbit de la potestat sancionadora de l'Administració provocaria que el legislador no fos absolutament lliure per atorgar-li la potestat per restringir l'exercici d'aquests drets fonamentals, ja sigui per la via de la tipificació de les infraccions com per via de la imposició de sancions.

¹⁴⁰³ La resta de matèries excloses de la intervenció el poder executiu són les relacions entre l'Estat i les Comunitats Autònomes (amb alguna excepció) i l'actuació del Dret penal. ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. i JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal...* op. cit., p. 160.

¹⁴⁰⁴ *Ibíd.*, p. 161.

¹⁴⁰⁵ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 73.

¹⁴⁰⁶ GAVARA DE CARA, J. C., «La vinculación positiva... op. cit., p. 301.

¹⁴⁰⁷ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...* op. cit., p. 74.

Centrant-se en l'art. 20 CE, s'ha destacat la voluntat del constituent de sostreure de controls administratius les llibertats d'expressió i informació com a reacció al període autocràtic anterior¹⁴⁰⁸. De manera que, des de l'aprovació de la CE, «l'exercici d'aquests drets no pot ser restringit per mitjà de cap tipus de censura prèvia» (art. 20.2 CE) i «només podrà acordar-se el segrest de publicacions, gravacions i altres mitjans d'informació en virtut de resolució judicial» (art. 20.5 CE).

Les previsions d'aquest article han estat interpretades des de diverses perspectives: (i) centrant-se en la necessitat d'actualització del concepte de censura prèvia, i (ii) realitzant una lectura de conjunt del precepte.

(i) Des de la primera perspectiva, es destaca que la prohibició de censura prèvia ha estat interpretada de forma molt àmplia pel propi TC, el qual hi ha inclòs qualsevol modalitat d'intervenció prèvia per part de les autoritats administratives, fins i tot, les «más débiles y sutiles», que (...) tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1» (STC 52/1983, de 17 Juny, Ple, Rec. 194/1982, FJ 5). Aquesta prohibició, segons la jurisprudència constitucional, ha d'estendre's «a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no sólo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades» (STC 187/1999, de 25 d'octubre, Sala Segona, Rec. 601/1994, FJ 6).

Des d'aquesta àmplia conceptualització de la censura, diversos autors -d'entre els quals destaca BETANCOR RODRÍGUEZ- defensen que és necessària l'*actualització* d'aquest concepte constitucional. Segons aquest autor, aquesta actualització passa per considerar que la censura prèvia abasta qualsevol forma de restricció de les llibertats previstes a l'art. 20 CE per la via del control previ del seu exercici, incloent-hi l'autocensura provocada per l'efecte desànim. És a dir, el que és important del concepte constitucional de censura no és tant la concreta tècnica de control o el moment en què aquest control es realitza, sinó l'efecte restrictiu de l'actuació de l'Administració pública sobre l'exercici del dret. I aquest efecte restrictiu pot ser induït pels poders públics mitjançant la potestat sancionadora, ja que l'autocensura és la restricció que l'emissor s'imposa a si mateix per tal d'evitar una sanció¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁸ BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites... op. cit., p. 105.

¹⁴⁰⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades... op. cit., pp. 66-67.

Així, s'afirma doctrinalment que una interpretació teleològica de l'art. 20.2 CE permet entendre proscrietes aquelles formes d'intervenció administrativa sobre les referides llibertats que, tot i no haver estat explícitament contemplades en el precepte, comporten restriccions d'una intensitat equiparable o, fins i tot superior, a les de la censura prèvia, com és l'atorgament a l'Administració de la potestat per sancionar manifestacions informatives o expressives¹⁴¹⁰. No obstant, aquest posicionament no ha estat compartit pel Tribunal Constitucional, el qual ha considerat vàlida la potestat que la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la Comunicació Audiovisual de Catalunya, atribueix al Consell Audiovisual de Catalunya per sancionar amb el cessament provisional o definitiu de l'activitat audiovisual, en considerar que no és tracta d'un supòsit de censura prèvia pel fet de ser un control de continguts *ex post* i no un control *ex ante* (STC 86/2017, de 4 de juliol, Ple, Rec. 3766/2006, FJ 5).

(ii) Des d'una lectura de conjunt de l'art. 20 CE, s'ha afirmat que de l'esperit de la CE es pot induir una reserva de jurisdicció en el control de l'exercici de la llibertat d'expressió. És a dir, alguns autors defensen que malgrat que aquesta reserva no hagi estat prevista expressament en el text constitucional es pot inferir del mateix, ateses les cauteles previstes en les intervencions prèvies (prohibició de censura i prohibició de segrest administratiu). Aquesta interpretació holística de l'article porta a afirmar que el legislador ha de ser especialment cautelós a l'hora de tipificar els il·lícits administratius que limitin les llibertats regulades a l'esmentat article 20 CE, ja que, tot i no haver-hi una prohibició expressa, es palesa una forta resistència constitucional a la intervenció de l'Administració en relació amb aquestes llibertats¹⁴¹¹.

D) La manca d'arguments a favor de l'administrativització

Per últim, s'ha posat l'accent en què els riscos de l'elecció legislativa d'atribuir a les administracions públiques el control dels excessos de l'exercici legítim d'aquests drets i aquestes llibertats fonamentals no es troben compensats pels arguments utilitzats habitualment en favor de l'administrativització, d'entre els quals destaca el de la major especialització dels òrgans administratius encarregats de controlar el compliment de la legalitat vigent.

¹⁴¹⁰ DOMÉNECH PASCUAL G., «La policía administrativa de la libertad de expresión», article publicat al web “almacenederecho.org”, de 21 de juny de 2018, accessible a: <https://almacenederecho.org/la-policia-administrativa-la-libertad-expresion> (última consulta 14/10/2020).

¹⁴¹¹ MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Policía administrativa, discurso del odio... op. cit., p. 23.

Aquesta major especialització dels òrgans administratius és predicable en determinats àmbits sectorials -per exemple, en matèria de medi ambient o relatives al mercat financer- on s'atribueix habitualment potestat sancionadora a l'Administració¹⁴¹². En canvi, s'ha destacat que els òrgans administratius no posseeixen majors coneixements tècnics, recursos materials o capacitat per precisar quan els ciutadans han sobrepassat els límits de l'exercici legítim de les llibertats d'expressió i informació i dels drets de reunió i manifestació (és a dir, per valorar els excessos en l'exercici dels drets i les llibertats fonamentals). Ben al contrari, s'afirma que els membres del Poder judicial posseeixen una formació -jurídica- especialitzada i una experiència professional més adequada que les del personal de les administracions públiques¹⁴¹³.

¹⁴¹² *Ibíd.*, pp. 20-21.

¹⁴¹³ En aquest sentit, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades... op. cit., p. 71, i MARTÍNEZ OTERO, J. M., ««Policía administrativa, discurso del odio... op. cit, p.-21.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- EVOLUCIÓ DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR

El Dret administratiu sancionador a l'Estat espanyol des del S.XIX fins als nostres dies és un àmbit en continua expansió, format per un conjunt amplíssim de normes, disperses i heterogènies, en relació amb les quals, el legislador de cada època considera que no pot renunciar a una resposta sancionadora en cas d'incompliment dels deures i obligacions que l'Administració Pública ha de tutelar. Des de ben aviat, el legislador estima que l'Administració, per dur a terme les seves atribucions, necessita dotar-se de mitjans per imposar sancions, sense que sigui necessària la intervenció de les autoritats judicials. A més, s'evidencia un continuisme legislatiu que impulsa l'expansió de la potestat sancionadora en tots els sectors de l'activitat administrativa, sense que s'aprovi un cos normatiu que aporti racionalitat o criteris objectius sobre l'abast del Dret administratiu sancionador i la distribució del *ius puniendi*.

Aquesta forma de concebre el Dret administratiu sancionador ha provocat que a l'Estat espanyol l'abast de la potestat sancionadora hagi estat, i segueix sent, molt superior a la d'altres països europeus, tant pel nombre de conductes tipificades com per la gravetat de les sancions previstes. En els diversos Estats del nostre entorn cultural, els processos de construcció de la potestat sancionadora són fruit d'operacions racionalment concebudes que, en molts casos, han anat acompanyats d'una codificació del Dret administratiu sancionador. Així, tot i que l'extensió de la potestat sancionadora administrativa en els diversos Estats europeus s'ha anat aproximant -i en tots ells s'ha convertit en uns dels principals instruments d'intervenció administrativa sobre la vida del ciutadans i l'organització social-, la seva configuració a l'Estat espanyol presenta notables singularitats, derivades particularment de la manca de codificació, la indefinició del possible contingut de les sancions administratives i la indeterminació de l'abast de cada àmbit punitiu.

SEGONA.- CONSEQÜÈNCIES DE L'APROVACIÓ DE LA CE

L'aprovació de la Constitució de 1978 i el reconeixement de forma expressa de les infraccions i sancions administratives als articles 25 i 45.3 CE ha significat la confirmació

de la potestat sancionadora de l'Administració. De manera que la promulgació de la CE va facilitar l'acceptació acrítica de l'existència d'aquesta potestat i que es deixessin de ponderar els dubtes que, durant els anys setanta, un sector de la doctrina administrativista va platejar sobre l'amplitud de la potestat sancionadora en mans d'òrgans administratius i la compatibilitat del Dret administratiu sancionador amb el principi de separació de poders.

Al seu torn, tot i que la finalitat de la Constitució fos garantir els drets fonamentals en la regulació i l'exercici de la potestat sancionadora de l'Administració, la constitucionalització expressa de les infraccions i sancions ha fomentat també la seva generalització. Així, l'aprovació de la Constitució no ha comportat una correcció del desmesurat abast assolit per la potestat sancionadora de l'Administració en períodes anteriors, sinó, per contra, el seu augment -i amb major velocitat-, i la seva expansió i consolidació en la pràctica totalitat d'àmbits sectorials en els quals es produeix la intervenció administrativa (intervenció que també s'ha anat multiplicant durant els S.XX i XXI, i que actualment troba la seva expressió en la clàusula de l'Estat social de l'art. 1 CE); fins al punt que l'atribució de la potestat sancionadora en les lleis sectorials s'ha convertit pràcticament en una clàusula d'estil. D'aquesta manera, el Dret administratiu sancionador, actualment, és utilitzat pel legislador sobretot -tot i que no exclusivament- com un instrument al servei de la gestió ordinària de l'Administració.

Aquesta dispersió del règim sancionador en la diversa normativa sectorial i la manca de codificació té molta més importància de la que resulta en una primera aproximació a la potestat sancionadora. Precisament, la codificació penal es va produir motivada per la convicció de la necessitat de dotar a aquest àmbit punitiu de lleis clares i senzilles que puguin ser conegudes per tothom i que siguin garantia de la llibertat i de la seguretat. Així doncs, l'excessiva complexitat del sistema administratiu sancionador i la seva falta de coherència interna disminueix la seguretat jurídica dels ciutadans potencialment infractors. Tanmateix, la Constitució no ha aportat una solució unívoca pel que fa al problema històric de la dispersió normativa en matèria sancionadora i la inseguretat jurídica que porta aparellada. En aquesta norma, no hi ha cap indicació constitucional que pugui interpretar-se com una inclinació oberta cap una determinada solució i, per tant, aquesta elecció ha quedat en mans del legislador.

TERCERA.- PAPER DEL LEGISLADOR DEMOCRÀTIC I MANCA D'UNA PART GENERAL

En la construcció i consolidació de la potestat sancionadora de l'Administració en el vigent Estat social i democràtic de Dret, destaca especialment, l'absència d'un paper rellevant del legislador bàsic estatal davant l'activitat constant del legislador sectorial.

Un cop restaurada la democràcia, la configuració del Dret administratiu sancionador correspon al Poder legislatiu emanat d'unes Corts escollides lliurement per la ciutadania. I, per tant, hauria d'haver estat el legislador el que apostés decididament per configurar una potestat sancionadora de conformitat amb els valors d'un Estat democràtic de Dret. En canvi, des de l'any 1978 fins l'any 1992 el legislador bàsic estatal no va establir cap norma general sobre la potestat sancionadora de l'Administració i, quan finalment legisla -a l'empara dels títols competencial «bases del regim jurídic de les Administracions públiques» (article 149.1.18 CE) i «procediment administratiu comú» (article 149.1.18 CE)-, es limita a positivitzar els principis que havien anat construint, primer el Tribunal Suprem i, després, el Tribunal Constitucional, de la mà de la doctrina científica administrativista.

L'opció del legislador de no aprovar una norma general que reguli els aspectes materials de la potestat sancionadora a fi de complir la funció de la part general del Codi Penal i limitar-se a incorporar, en les successives normes generals, els principis ja construïts pels Tribunals Suprem i Constitucional té diverses conseqüències:

- S'incentiva el legislador autonòmic i el poder local a establir regulacions individualitzades i, sobretot, incentiva el mateix legislador estatal a establir règims sancionadors singulars en els diferents sectors d'intervenció. Fins al punt que és possible afirmar que no existeix un sol Dret administratiu sancionador, sinó tants drets sancionadors com sectors que disposen d'ordenacions singulars.

- Les regulacions establertes en les diverses lleis sectorials -estatal i autonòmiques- són inevitablement regulacions parcials i normalment molt incompletes i insuficients. I quan contenen regulacions que ofereixen solucions encertades a bona part dels problemes no es poden estendre les seves regles a altres àmbits sectorials. A més, els diversos règims sectorials estableixen solucions molt diverses sobre les mateixes qüestions creant diferències injustificades i incomprensibles.

- El legislador sectorial només ha d'assegurar que la norma compleixi les garanties mínimes exigides per la CE, i això li permet un molt ampli marge de maniobra per dissenyar la resposta repressiva d'acord amb el criteri i la perspectiva dels òrgans i unitats administratives encarregades d'impulsar la norma, creant singularitats sancionadores substantives fonamentades en l'especialitat de la matèria, més enllà de les diferències objectivament necessàries (fomentant una certa endogàmia sectorial), amb el resultat que habitualment es posa l'accent en les habilitacions per sancionar en favor de l'Administració Pública -respectant només les garanties mínimes exigides constitucionalment que no pot vulnerar- i no en la resta de les garanties i dels drets dels ciutadans propis del dret punitiu d'un Estat Democràtic i de Dret.

- Les garanties, més enllà de les mínimes exigides constitucionalment i de les que acabi reconeixent el legislador sancionador sectorial, s'han d'exigir als Tribunals amb fonament a la unitat del *ius puniendi*.

- L'absència de regles generals sobre qüestions claus (com els responsables, els agreujants, els atenuants, les causes d'extinció de la responsabilitat, entre d'altres) obliga a abordar casuísticament els problemes. És a dir, la falta d'un marc general obliga a analitzar l'adequació a Dret de la regulació sectorial sancionadora i de la seva aplicació des del doble prisma dels principis constitucionals aplicables a la potestat administrativa sancionadora (derivats principalment de l'art 25 CE), i des de la possibilitat, en la mesura que ho hagi reconegut la jurisprudència en cada cas concret, d'aplicar els principis i les regles del Dret penal. Aquest fet enforteix la posició de l'Administració que exerceix la potestat sancionadora i dificulta l'exigibilitat per part dels ciutadans infractors de les garanties pròpies del dret punitiu d'un Estat de Dret (més enllà dels mínims exigits constitucionalment).

QUARTA.- CONSEQÜÈNCIES DE LA UNITAT DEL *IUS PUNIENDI*

En l'ordenament jurídic de l'Estat espanyol s'afirma l'existència d'un *ius puniendi* únic, integrat per dues manifestacions concretes: el Dret administratiu sancionador i el Dret penal. D'aquesta afirmació se n'extreuen fonamentalment dues conseqüències.

A) D'una banda, la integració de la potestat sancionadora de l'Administració en un únic *ius puniendi* provoca que s'hagin de traslladar els principis propis del Dret penal a l'àmbit del Dret administratiu sancionador. De fet, el concepte unitari del *ius puniendi* -a

mode d'un «supraconcepte» que engloba els Drets administratiu sancionador i penal- s'inicia a principis de la dècada dels setanta, en la jurisprudència del Tribunal Suprem, precisament per traslladar algunes de les garanties pròpies del Dret Penal «con atenuado rigor» al Dret administratiu sancionador i, així, compensar les mancances legislatives -la falta d'una «part general»- de la potestat sancionadora de l'Administració durant la Dictadura franquista.

Un cop aprovada la CE, i en base a l'art. 25 CE, el Tribunal Constitucional ha confirmat i desenvolupat conceptualment la unitat del *ius puniendi*, tot i que la fita principal de la doctrina constitucional en aquesta matèria ha estat determinar, de forma indubtable, la necessitat d'aplicar els principis i les garanties penals a l'àmbit administratiu sancionador. Més enllà d'aquest trasllat de garanties, el Tribunal Constitucional s'ha limitat a reconèixer la llibertat del legislador en la distribució del dret punitiu (amb la sola excepció dels casos extrems), sense marcar límits a l'expansió de Dret administratiu sancionador ni fixar l'espai concret en què s'ha de desenvolupar. El punt central de l'elaboració jurisprudencial s'ha centrat, precisament, en identificar els matisos que diferencien les dues manifestacions del *ius puniendi*. L'abast d'aquests matisos ha permès articular una potestat sancionadora molt diferent del Dret penal, fins al punt que, l'amplitud d'aquestes modulacions, permet afirmar a la doctrina que en l'aplicació dels principis del Dret penal al Dret administratiu sancionador no hi ha cap regla general sense excepció.

L'aplicació de l'art. 25.1 CE es produeix per decisió del propi constituent que estén els drets que proclama aquest article als delictes, les faltes i a les infraccions administratives, sense fer distincions entre les tres figures jurídiques (distincions que, en canvi, sí que fa la jurisprudència del TC). Contràriament, l'aplicació d'alguns dels drets de defensa reconeguts a l'art. 24.2 CE a la potestat sancionadora de l'Administració, i conseqüentment al procediment administratiu sancionador, es produeix per decisió del Tribunal Constitucional com a conseqüència de la unitat del *ius puniendi*, si bé es tracta d'una projecció parcial i només en allò essencial dels drets de defensa reconeguts per al procés penal; en concret, segons Tribunal Constitucional, en el procediment administratiu sancionador l'acusat gaudeix dels drets: a ser informat de l'acusació, a utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la defensa, a no declarar contra sí mateix i a no confessar-se culpable, i a la presumpció d'innocència.

B) D'altra banda, la concepció unitària del *ius puniendi* també ha provocat que les institucions bàsiques del Dret administratiu sancionador estiguin configurades de manera

paral·lela a les del Dret penal, amb la conseqüència que les sancions administratives poden ser idèntiques -en tipologia- a les penals amb la sola excepció -no menor- de la imposició de penes privatives de llibertat. Al seu torn, s'han configurat les infraccions administratives amb els mateixos elements que els delictes, a mode d'un supraconcepte de l'il·lícit. Altrament, la manca de coherència i coordinació del sistema punitiu i la dispersió normativa provoca que, molt sovint, les sancions administratives siguin superiors a les penals, de nou amb l'excepció de la privació de llibertat.

Aquesta forma de configurar les sancions, les infraccions i el Dret administratiu sancionador en general des del prisma del *ius puniendi* únic de l'Estat, ha convertit la potestat sancionadora de l'Administració en un instrument independent dins de l'acció executiva-administrativa i paral·lel al mecanisme penal. Es configura el Dret administratiu sancionador com una versió del Dret penal amb una rebaixa de grau, disponible per al legislador, qui pot intercanviar lliurement les infraccions d'una branca punitiva a l'altra, al compàs dels processos de despenalització i repenalització. Aquesta concepció del Dret administratiu sancionador permet admetre i justificar un règim notablement menys garantista per imposar sancions administratives que per imposar sancions penals; és a dir, permet admetre els matisos en la translació de les garanties pròpies del Dret penal a l'administratiu sancionador.

La tesi de la unitat del *ius puniendi*, però, no serveix per determinar quins comportaments han de ser reprimits mitjançant els càstigs establerts pel Dret administratiu sancionador i quins pel Dret penal, ni tampoc amb quins límits ha d'estar permès l'exercici de la potestat sancionadora de l'Administració.

CINQUENA.- LES TEORIES SOBRE LA DISTINCIÓ I LES GARANTIES: LA PARADOXA DE LA UNITAT DEL *IUS PUNIENDI*

La unitat del *ius puniendi* comporta una similitud entre el Dret administratiu sancionador i el Dret penal, la qual es concreta en una comunitat de principis i a la importació parcial i selectiva d'algunes regles. No obstant, aquesta similitud no pot portar-se fins a una identificació total, ja que l'existència de dos règims punitius diferenciats només té sentit si entre ells hi ha diferències, i aquestes es projecten bàsicament en les garanties dels ciutadans. Per tant, per poder justificar el desdoblament del *ius puniendi*, les garanties d'ambdós règims sancionadors han de ser necessàriament diverses.

El diferent règim de garanties entre ambdues manifestacions del *ius puniendi* no només justifiquen l'existència de dos sistemes punitius, sinó que es troba en el rerefons de diverses teories que han abordat, des d'una multiplicitat de prismes, els límits del Dret penal i el Dret administratiu. Així, les teories qualitatives sorgeixen precisament per dotar de justificació teòrica a l'aparició d'un poder administratiu sancionador amb un règim de garanties al marge al Dret penal, mentre que, al seu torn, l'aparició de les teories quantitatives (i el consegüent rebuig de les teories qualitatives) permet traslladar les garanties del Dret penal al Dret administratiu sancionador i conformar l'il·lícit administratiu en termes substancialment iguals al delictes. En contrapartida, l'acceptació de diferències únicament quantitatives fa més difícil de sostenir la disminució de garanties en àmbits qualitativament iguals, la qual cosa condueix finalment a unes teories eclèctiques que accepten criteris quantitius i qualitius.

De manera que l'afirmació de la identitat substancial entre els dos règim punitius i la consegüent declaració de la unitat del *ius puniendi* es produeix precisament amb la voluntat clarament garantista de no permetre una potestat administrativa sancionadora al marge dels principis del Dret penal.

No obstant, a l'Estat espanyol, aquest posicionament ha acabat produint un efecte paradoxal. Tot i tenir voluntat garantista, el fet que l'única obligació que s'extreu de la unitat del *ius puniendi* sigui la necessitat de traslladar *matissadament* els principis i les garanties penals a l'àmbit administratiu sancionador ha acabat fent desaparèixer els límits materials de les dues manifestacions del dret punitiu. I, en conseqüència, ha provocat l'acceptació resignada d'un sistema punitiu mancat de coherència, d'una amplíssima llibertat del legislador en la distribució de les dues manifestacions repressives i d'una configuració de la potestat sancionadora sense regles generals pròpies (més enllà de la translació de les penals).

SISENA.- LÍMITS NORMATIUS A LA LLIBERTAT DEL LEGISLADOR

La llibertat del legislador per optar entre els dos règims punitius no és absoluta sinó que troba alguns límits en la CE, en la vinculació positiva dels poders públics als drets fonamentals i en els ordenaments supraestats. Aquests límits imposen la utilització del Dret penal en determinades circumstàncies però, en cap cas, obliguen a utilitzar el Dret administratiu sancionador. Per tant, el legislador pot renunciar a usar el Dret administratiu

sancionador -o constrènyer-lo a mínims- però, en canvi, no pot renunciar completament a emprar el Dret penal, ja que aquest Dret ha de protegir necessàriament els atacs més greus als béns jurídics més importants.

A) Els límits constitucionals al legislador per optar entre un i altre règim punitiu són la prohibició que l'Administració imposi penes privatives de llibertat, la reserva de jurisdicció i les obligacions constitucionals de punició penal.

La CE imposa la protecció penal dels béns jurídics més importants comminant amb sancions penals els atacs més greus a aquests béns, ja que la reserva al poder judicial de la imposició de sancions privatives de llibertat (art. 25.3 CE) comporta que les lesions més greus als béns jurídics més importants s'han de castigar amb aquests tipus de penes pels jutges i tribunals. En canvi, el reconeixement constitucional de la potestat sancionadora de l'Administració a la CE (art. 25.1 i 3 i art. 45.3) no comporta la necessitat que el legislador utilitzi aquesta potestat per punir conductes de la ciutadania, ni tan sols en els casos en què les infraccions siguin mereixedores de sancions lleus.

Les obligacions constitucionals de punició penal són àmbits en què la pròpia Constitució ha establert la necessitat de la intervenció penal, imposant el seu criteri per sobre de la voluntat del legislador, el qual es troba obligat a castigar penalment la lesió de determinats valors i la realització de determinats comportaments (arts. 45.3, 46 i 55.2 paràgraf segon CE). Per contra, en la CE no hi ha cap previsió que obligui a utilitzar del Dret administratiu sancionador per protegir determinats béns jurídics.

La reserva de jurisdicció de l'art. 117.3 CE comporta que l'atribució de la potestat jurisdiccional als jutges i tribunals no necessita cap justificació, perquè forma part del contingut de la reserva. En canvi, la necessitat que concorri un específic interès general encomanat a l'Administració per poder-li atribuir potestat sancionadora suposa que el que cal justificar és l'atribució d'aquesta potestat a l'Administració (no hi ha cap reserva d'Administració). De manera que, en base a la reserva de jurisdicció, la regla general són les penes judicials i l'excepció -per més àmplia que es vulgui- les sancions administratives.

B) La garantia dels drets fonamentals no es limita a la seva consideració clàssica o liberal com a instruments de defensa en front de l'Estat, al que imposen un deure d'abstenció, sinó que es completa amb una segona dimensió segons la qual l'Estat ha de dur a terme determinades actuacions positives destinades a preservar aquests drets.

D'aquesta manera, dels drets fonamentals sorgeix el deure positiu de l'Estat d'establir un sistema adequat per a la seva defensa el qual inclou, com a última garantia, la protecció penal.

Per controlar aquest deure de protecció penal, el principi de proporcionalitat es desplega en el seu vessant de prohibició de defecte o infraprotecció. El judici de proporcionalitat no permet configurar un marc general en què es determini en abstracte en quins supòsits s'ha d'optar pel Dret penal o pel Dret administratiu sancionador, perquè requereix una valoració casuística. Tot i que en aquesta valoració la llibertat del legislador segueix sent molt àmplia, en els casos extrems la protecció deguda no pot aconseguir-se de cap altra manera que recorrent al Dret penal.

C) El deure de protecció penal també es troba en la normativa de caràcter internacional: Dret internacional dels drets humans, Dret internacional humanitari i Dret penal internacional. Aquests ordenaments supranacionals no només reconeixen al legislador estatal la competència per castigar els crims internacionals, sinó que també l'obliguen a fer-ho en determinades circumstàncies per tal de garantir la protecció dels drets humans fonamentals en front de les formes més greus d'agressió.

D) El Dret de la UE històricament ha limitat poc la llibertat del legislador nacional per optar entre ambdós sistemes punitius. No obstant, l'entrada en vigor del TFUE ha provocat que els actes normatius de la UE hagin assolit un major nivell de legitimitat democràtica i, des d'aquest moment, la llibertat del legislador estatal s'ha restringit enormement en els àmbits d'especial gravetat i dimensió transfronterera, on s'imposa la utilització del Dret penal.

L'evolució de l'acceptació -per la doctrina i pels Estats- del Dret penal de la Unió Europea contrasta amb el tractament sobre la possibilitat d'atribuir potestats administratives sancionadores a la UE -i anteriorment a la CEE. La potestat sancionadora comunitària ha estat reconeguda i acceptada sense grans dificultats, sobre la base de la necessitat de comptar amb mesures de reacció davant de les infraccions a les normes comunitàries, per tal que es puguin complir els objectius establerts per la UE. Aquesta diversitat d'acceptació posa de relleu una gran diferència entre ambdues manifestacions del *ius puniendi*. Mentre que el Dret penal precisa legitimitat democràtica per castigar (per la seva vinculació amb la democràcia deliberativa i amb l'Estat de dret, el qual té com a eix central els drets fonamentals dels ciutadans), el Dret administratiu sancionador

és un instrument del poder executiu per preservar efectivament els concrets interessos públics que li han estat encomanats de tutelar.

SETENA.- LÍMITS DOGMÀTICS A LA LLIBERTAT DEL LEGISLADOR

A la Constitució no hi ha cap límit o manament jurídic que impedeixi al legislador de qualificar un il·lícit concret com a delictes (a diferència de la potestat sancionadora de l'Administració que no pot actuar en els il·lícits més greus contra els béns jurídics considerats més importants), més enllà de la prohibició d'arbitrarietat dels poders públics i del principi de proporcionalitat, que s'han utilitzat molt tímidament per controlar la constitucionalitat de les lleis penals. Per determinar l'adequada extensió del Dret penal, la doctrina científica i la jurisprudència han desenvolupat els principis limitadors del Dret penal o *mediating principles*. D'aquests, el principi d'intervenció mínima en l'aplicació del Dret penal i el principi de proporcionalitat són els utilitzats per orientar el legislador en la distribució del *ius puniendi* entre les seves dues manifestacions.

La formulació tradicional del principi d'intervenció mínima del Dret penal (integrada pels principis d'*ultima ratio* i de fragmentarietat) serveix per designar la idea que aquest Dret ha d'intervenir únicament en els casos d'atacs més greus als béns jurídics més importants. D'una banda, el principi d'*ultima ratio*, afirma que l'Estat només pot acudir al Dret penal -com a mitjà més greu i restrictiu de la llibertat- en els casos en què els altres mitjans, amb una ingerència menor per als ciutadans, resultin insuficients. Això porta a afirmar que el Dret penal té caràcter «subsidiari» respecte de les altres branques de l'ordenament. De l'altra, el postulat del caràcter fragmentari del Dret penal significa que aquest Dret no ha de sancionar totes les conductes lesives dels béns que protegeix, sinó només les modalitats d'atacs més perilloses per a aquests béns. Així, amb aquesta formulació del principi d'intervenció mínima, es conclou que els béns jurídics no només han de ser protegits *pel* Dret penal, sinó també *enfront* del Dret penal i, en conseqüència, si per restablir l'ordre jurídic violat és suficient amb les mesures civils o administratives, són aquestes les que s'han d'utilitzar i no les penals.

Aquesta formulació tradicional del principi d'intervenció mínima del Dret penal pot ser qüestionada, especialment, en relació amb la idea de subsidiarietat respecte al Dret administratiu sancionador, degut a les mancances de les seves premisses (major gravetat de les penes i comparabilitat) i a les constatacions de la utilització pràctica d'aquest principi pel legislador punitiu.

a) La premissa de la major gravetat del Dret penal en relació amb el Dret administratiu sancionador és qüestionable per la dificultat de ponderar la pèrdua de drets processals. Des de la perspectiva del ciutadà afectat, l'atenuació de l'amenaça de la sanció -en els casos en què efectivament sigui menor- s'aconsegueix a canvi d'una pèrdua de drets i d'una debilitació de les garanties processals i dels pressupòsits d'imputació. Per tant, no es pot partir de la premissa, sense cap altra consideració, que les sancions administratives, vist el règim en conjunt, siguin sempre la regulació menys repressiva.

b) La sanció penal no és, en sí mateixa, la sanció més dura de l'Estat quant a causació del mal imposat, sinó que depèn del seu contingut concret. En particular, l'única sanció penal que indubtablement supera en intensitat qualsevol altra sanció és la pena de presó. Per contra, les altres modalitats de sancions penals no es diferencien fàcilment de les possibles sancions imposades pel Dret administratiu sancionador, les quals poden tenir el mateix contingut que les penals i, fins i tot, les poden superar en gravetat.

c) L'element comunicatiu de la sanció penal (el retret ètic-social) és causat pel postulat del caràcter subsidiari del Dret penal respecte del Dret administratiu sancionador. El Dret penal no és l'*ultima ratio* perquè la sanció penal tingui un retret ètic-social que no té l'administrativa, sinó que és a la inversa, com que el Dret penal és l'*ultima ratio* té un retret ètic-social que no té el Dret administratiu sancionador. Des de la perspectiva de la infracció, el retret ètic-social no es dona en tots els delictes així com tampoc totes les infraccions penals tenen el mateix nivell de retret ètic-social. Aquest element comunicatiu es dona, sobretot, en els atacs més greus als béns jurídics bàsics.

d) En la teoria i en la pràctica, la promulgació d'una norma penal no es determina en base a quan és empíricament necessària pel fet d'haver fallat els altres mitjans de reacció, sinó basant-se en si és possible o no prescindir d'ella. Les sancions penals no són introduïdes en l'ordenament d'acord amb la seva eficàcia, sinó d'acord amb la finalitat de protecció de la norma de comportament lesionada; així, si la norma de comportament vol impedir un desvalor social suficientment important, és aquest el que justifica la norma penal. De manera que el reconeixement d'un significat comunicatiu de la pena impedeix l'aplicació del principi de subsidiarietat en l'establiment de la norma punitiva. Doncs, la comunicació de la desaprovació i del retret ètic-social provoca que el Dret penal enlloc de ser l'*ultima ratio* sigui la *prima ratio* per sancionar lesions suficientment greus de normes de les comportament.

e) En la realitat, la majoria de sancions penals aplicades són coincidents amb les imposades pel Dret administratiu sancionador i les més greus -penes privatives de llibertat- són minoritàries.

f) L'expansió del Dret administratiu sancionador no ha comportat una retracció del Dret penal, sinó que aquest ha continuat expandint-se paral·lelament al Dret administratiu sancionador, amb el resultat final de més dret punitiu amb menors garanties per als ciutadans. És per això que l'aplicació indiscriminada del principi d'intervenció mínima en matèria penal condueix, de forma paradoxal, a una disminució de garanties per als ciutadans.

Per tant, en un ordenament com el de l'Estat espanyol, on no es pot distingir entre bona part de les sancions penals i les administratives, on el legislador té una amplíssima llibertat per escollir el règim punitiu, en el qual no s'ha dotat de coherència al sistema (sent possible l'existència de sancions administratives molt superiors a les penals) i en el qual, a més, els matisos admesos en l'aplicació dels principis penals al Dret administratiu sancionador han generat un règim sancionador on les garanties material i processals pateixen importantíssimes disminucions, no és possible sostenir que la intervenció mínima només s'ha de projectar sobre el Dret penal, ni que aquest ha de ser l'*ultima ratio* respecte el Dret administratiu sancionador. La intervenció mínima i l'*ultima ratio* s'haurien de predicar respecte de tot el dret punitiu (el penal i l'administratiu) i les sancions privatives de llibertat haurien de ser l'*ultima ratio* de l'*ultima ratio*.

Descartat que el Dret penal en tots els casos hagi de ser l'*ultima ratio*, sobre la base que no sempre és la reacció més repressiva o més greu del sistema punitiu, el principi de proporcionalitat no serveix per delimitar els àmbits d'actuació del Dret penal i del Dret administratiu sancionador, més enllà dels casos en què la sanció sigui privativa de llibertat. El principi de proporcionalitat estableix clarament que no es pot sancionar amb presó -atesa la gravetat de la sanció- comportaments trivials, però no serveix per concretar si la sanció proporcional ha de tenir naturalesa penal o administrativa. Per tant, el principi de proporcionalitat, en el seu vessant de prohibició d'excés, permet establir si la sanció imposada és coherent amb la gravetat de la infracció, però no si la infracció i la sanció han de formar part d'un o altre àmbit punitiu.

VUITENA.- EL CONTACTE DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR AMB ELS DRETS FONAMENTALS

El contacte dels drets fonaments amb el dret punitiu, en general, i el Dret administratiu sancionador, en particular, es dona en dos moments. D'una banda, en la configuració de la norma punitiva pel Poder legislatiu, la qual pot delimitar o restringir els drets fonamentals. En aquest sentit, la vinculació negativa del legislador als drets fonamentals impossibilita restriccions desproporcionades o que afectin el seu contingut essencial. I, de l'altra, en l'aplicació del dret punitiu al cas concret; és a dir, en la determinació de si una conducta concreta es subsumeix en l'àmbit del tipus -penal o administratiu- i en l'establiment de la concreta sanció. En aquest sentit, la vinculació positiva dels drets fonamentals imposa que les normes jurídiques han de ser interpretades en el sentit que resulti més favorables per a la seva efectivitat. La qual cosa significa, primer, que l'òrgan que conegui d'un fet aparentment tipificat en una norma punitiva haurà d'apreciar l'existència d'infracció únicament quan la conducta encaixi inequívocament en el corresponent precepte i, segon, que el legislador ha de facilitar la tasca d'aquest òrgan descrivint els tipus amb termes clars i precisos que salvaguardin la seguretat jurídica dels ciutadans. Des d'aquesta doble perspectiva, la forma com tipifica i sanciona el Dret administratiu sancionador té transcendència quan entra en contacte amb els drets fonamentals.

A més, el fet que el comportament típic es cometi en ocasió de l'exercici de la llibertat d'expressió o del dret de manifestació pot tenir efectes jurídics doncs és possible que la conducta enjudiciada constitueixi exercici legítim d'un dret fonamental, supòsit en què s'haurà d'apreciar la causa de justificació d'exercici legítim. Altrament, la rellevància d'aquests drets en un sistema democràtic és tal que el seu exercici, fins i tot quan no és legítim o es produeix en excés, no pot ser reprimit de manera desproporcionada

NOVENA.- IMPOSSIBILITAT DE CONÈIXER LA INCIDÈNCIA REAL DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR SOBRE ELS DRETS FONAMENTALS

La obertura i la indeterminació de la formulació dels enunciats dels drets fonamentals provoquen que el seu contingut es concreti, en primer lloc, pel legislador i, posteriorment, pels actes concrets d'aplicació de la llei (actes judicials o actes administratius sancionadors). Des d'aquesta perspectiva, diverses característiques de l'actual configuració del Dret administratiu sancionador impedeixen conèixer l'abast real

de la incidència de la potestat sancionadora sobre els drets de participació política exercits en la via pública.

La proximitat del contingut de múltiples infraccions administratives tipificades per les diverses administracions públiques (molt especialment, pels Ajuntaments) amb l'exercici dels drets de reunió i manifestació i les llibertats d'expressió i informació, sumada a la manca de publicitat de les resolucions sancionadores dificulta -quan no impossibilita- la fiscalització i l'anàlisi de la incidència de la potestat sancionadora de l'Administració sobre l'exercici dels drets fonamentals, bé tipificant conductes que envaeixen el seu contingut essencial, bé preveient sancions desproporcionades, bé tipificant amb formulacions excessivament obertes i imprecises o bé subsumint en els tipus formes d'exercici legítim dels drets.

Les dificultats per conèixer l'abast real de la incidència de la potestat sancionadora sobre els drets fonamentals s'agreuja pel fet que el contingut concret de les sancions i les conductes que es subsumeixen en els tipus només es pot conèixer quan arriben als Tribunals. I són molt poques les sancions, en comparació amb les que s'imposen, que són finalment objecte de recursos contenciosos administratius, especialment les de baixa i mitjana quantia i totes les que veuen rebaixada la seva quantia si són pagades amb renúncia al dret de recórrer-les (en aplicació de les tècniques de reconeixement de la responsabilitat i de pagament voluntari).

DESENA.- LES CARACTERÍSTIQUES DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR QUE PROPICIEN QUE ES TIPIFIQUIN I SUBSUMEIXIN EN ELS TIPUS CONDUCTES QUE SÓN EXERCICI LEGÍTIM D'UN DRET

La norma punitiva participa de la delimitació del contingut dels drets fonamentals. L'acceptació d'aquesta premissa provoca que entre l'exercici dels drets i els tipus punitius no existeixi sempre una frontera nítida, de manera que és possible que una mateixa conducta sigui tractada per l'ordenament jurídic, alhora, com a exercici d'un dret i com a conducta il·lícita. En aquest sentit, algunes de les característiques del Dret administratiu sancionador propicien que els tipus administratius envaeixin l'àmbit propi de l'exercici legítim dels drets fonamentals.

a) La dispersió de les infraccions en els diversos àmbits sectorials d'intervenció administrativa provoca que no sigui possible saber quantes infraccions administratives

existeixen en l'ordenament jurídic de l'Estat espanyol. Aquesta dispersió sumada a l'elevat nombre de tipificacions impossibilita una anàlisi detallada de cada infracció, en la que es delimitin amb claredat els seus contorns, les seves modalitats i les causes de justificació que s'hi relacionen.

b) La flexibilització de la reserva de llei en relació amb les tipificacions realitzades per les ordenances locals ha permès la proliferació d'infraccions amb notable incidència sobre l'exercici dels drets i les llibertats fonamentals. La diversitat de conductes tipificades com a infracció en cada una de les ordenances, l'amplitud amb que sovint estan descrites aquestes conductes i la proximitat amb l'exercici de diversos drets i llibertats fonamentals permeten dubtar que sempre es circumscriu a qüestions accessòries de la regulació dels drets i, especialment, permeten dubtar de si es respecten les exigències constitucionals previstes per restringir l'exercici de drets fonamentals. Això és, el respecte al seu contingut essencial i, molt especialment, el respecte al principi de proporcionalitat (en especial, pel que fa a la tipificació de conductes desproveïdes d'un mínim d'antijuridicitat -simples molèsties o incomoditats-).

c) La formulació dels tipus administratius, més oberta i imprecisa, facilita que sigui possible subsumir algunes modalitats d'exercici legítim en la literalitat de les tipificacions de conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals. Encara més, atès el recurs habitual en el Dret administratiu sancionador a tipificacions remissives residuals, que qualifiquen com a infracció administrativa -i cominen amb sanció- la contravençió de tota la norma.

d) La manca de publicitat de les resolucions sancionadores impedeix conèixer i fiscalitzar quines conductes són finalment subsumides en els tipus i no permet que es generi una anàlisi rigorosa de la delimitació de les infraccions per part de la doctrina, de la societat ni de la comunitat científica.

Aquestes característiques provoquen que l'eficàcia justificant de l'exercici legítim d'un dret fonamental constitueixi una clàusula exonerativa de gran transcendència en el Dret administratiu sancionador. No obstant, la causa de justificació de l'exercici legítim d'un dret no es troba expressament regulada en aquest àmbit punitiu ni tampoc existeix cap precepte que disposi -amb caràcter general- que les causes de justificació pròpies del Dret penal són aplicables també a l'àmbit administratiu sancionador.

Per tant, en relació amb la causa de justificació de l'exercici legítim es produeix una gran paradoxa. En el Dret penal l'exercici legítim d'un dret es troba regulat com a eximent complet i incomplet en el Codi Penal. No obstant, les característiques d'aquest àmbit punitiu (tipus codificats i quantificables, dels quals es realitza una anàlisi detallada i es delimiten amb claredat els seus contorns) provoquen que la doctrina penalista desplaci l'atenció sobre l'exercici legítim d'un dret fonamental de l'antijuridicitat a l'atipicitat, posant el focus en la necessitat de depurar dogmàticament els tipus penals per tal d'excloure'n qualsevol manifestació d'exercici legítim. En canvi, en el Dret administratiu sancionador s'accepta que els tipus administratius puguin, en determinats supòsits concrets, incloure conductes que inequívocament siguin exercici legítim d'un dret fonamental, ja que una anàlisi individualitzada per a cada infracció és irrealitzable, atesa la quantitat d'infraccions disperses pels diversos àmbits sectorials. Per tant, la doctrina admet en aquest àmbit punitiu la importància de la causa de justificació de l'exercici legítim, tot i no trobar-se expressament regulada.

ONZENA.- DIFICULTATS PER APLICAR L'EXIMENT I IMPOSSIBILITAT DE CONTROLAR SI EFECTIVAMENT S'APLICA EN EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU SANCIONADOR

El canvi de sistema punitiu -del penal a l'administratiu- no pot modificar el contingut essencial dels drets fonamentals i, per tant, si una conducta formava part d'aquest nucli indisponible d'exercici legítim d'un dret quan entrava en conflicte amb una tipificació penal, en seguirà formant part quan entri en conflicte amb una tipificació administrativa, per més que sigui subsumible en la literalitat del tipus. Així, el canvi de sistema punitiu no pot servir per desatendre els cànons de constitucionalitat conforme als quals ha de determinar-se si la conducta pot estimar-se exercici legítim del dret o de la llibertat en qüestió. No obstant, diverses característiques del Dret administratiu sancionador dificulten apreciar la manca d'antijuridicitat de la conducta concreta.

La no extensió al procediment administratiu sancionador del dret d'assistència lletrada i la manca de regulació expressa de la causa de justificació de l'exercici legítim en aquesta branca del Dret (o l'expressa remissió a l'art. 20.7 CP) dificulta una defensa eficaç, ja que les causes de justificació han de ser al·legades i provades pel denunciat. A aquesta qüestió cal sumar, d'una banda, els obstacles estructurals de l'activitat probatòria en Dret administratiu sancionador: manca del principi de contradicció en sentit estricte, manca d'independència i imparcialitat de l'autoritat administrativa decisora, manca

d'immediatesa en la pràctica de la prova i manca d'igualtat en la valoració dels fets provats (doncs són valorats per un dels subjectes enfrontats). I, de l'altra, l'atribució per part del legislador de valor probatori a les declaracions dels funcionaris públics recollides documentalment en els procediments administratius sancionadors.

A més, la manca de regulació dificulta l'exigibilitat de l'aplicació de la causa de justificació de l'exercici legítim en el procediment administratiu sancionador per part del ciutadà a l'augmentar el marge d'apreciació de cada operador jurídic. Al seu torn, deixa en mans de cada legislador sectorial la inclusió de l'eximent d'exercici incomplet d'un dret en els criteris de graduació de les sancions (ja que les regles de mesurament de la pena previstes pel CP per atenuar les sancions en cas de eximent incomplet no poden ser extrapolades al Dret administratiu sancionador).

A aquest fet cal afegir l'opacitat dels procediments i de les sancions administratives, que impedeix acreditar si les posicions jurisprudencials i doctrinals que emparen l'aplicació de l'eximent d'exercici legítim d'un dret han transcendit o no a la plural, extensíssima, dispersa i heterogènia realitat de l'exercici de la potestat sancionadora de les Administracions Públiques. En altres paraules, no és possible conèixer si efectivament és aplicat per les diverses administracions públiques en els casos en què és al·legat per part dels infractors.

Els dubtes sobre l'efectiva aplicació l'eximent en el procediment administratiu sancionador corresponent esdevenen especialment rellevants si es té compte l'escàs import de moltes sancions. Això permet afirmar que, en un nombre molt significatiu de casos, si no es vehicula l'eximent en el procediment administratiu sancionador corresponent, el cost del recurs -en un sentit omnicomprensiu de totes les dificultats que comporta interposar-lo- provoca que conductes, que són manifestació de l'exercici legítim d'un dret fonamental, siguin declarades antijurídiques i, conseqüentment, sancionades.

DOTZENA.- CARACTERÍSTIQUES DEL DRET ADMINISTRATIU SANCIONADOR QUE PODEN CONTRIBUIR AL DESÀNIM

La doctrina de l'efecte desànim posa de relleu la dimensió institucional dels drets fonamentals; molt especialment, de les llibertats d'expressió i informació i dels drets de reunió i manifestació, en tant que aquests drets contribueixen a formar l'opinió pública i

afavoreixen el pluralisme polític. La doble funció que exerceixen els espais públics com a àmbits de circulació i espais de participació converteix les infraccions contra l'ordre públic en un dels àmbits més propicis per aplicar la doctrina de l'efecte desànim, pel fet de vincular-se amb la protecció de l'ús legítim dels espais públics en l'exercici dels drets de participació democràtica.

La dimensió institucional i la vinculació positiva dels drets fonamentals imposen que l'exercici d'aquests ha de ser promogut pels poders públics. Així, la doctrina de l'efecte desànim es dirigeix al legislador i a l'intendent de la norma i, d'una banda, imposa que es fixi amb nitidesa la frontera de l'exercici del dret fonamental (manament de taxativitat) i, de l'altra, prohibeix reaccionar desproporcionadament en front de conductes que suposen un exercici abusiu o extralimitat d'un dret fonamental (manament de proporcionalitat). La manca de certesa sobre quins supòsits d'exercici estan clarament protegits i quins constitueixen un exercici aliè o abusiu del dret, sumada a la desproporció de la pena, poden provocar l'efecte que els ciutadans se sentin dissuadits d'exercir legítimament els seus drets fonamentals.

Les conseqüències en la configuració del dret punitiu derivades de la doctrina de l'efecte desànim s'han de projectar sobre les dues manifestacions del *ius puniendi*. Pel que fa al Dret administratiu sancionador, algunes de les seves característiques contribueixen a generar aquest efecte en l'exercici dels drets de participació política.

A) La doctrina de l'efecte desànim enforteix el manament de taxativitat i opera com una exigència addicional en relació amb les tipificacions que, malgrat la seva relativa indeterminació, superen el filtre de legalitat, i obliga al legislador a fixar amb nitidesa la frontera de l'exercici del dret fonamental. Aquesta obligació fa especialment inapropiades algunes de les formes de flexibilització de la tipificació de les infraccions admeses en Dret administratiu sancionador.

Concretament, l'exigència addicional imposada per la doctrina de l'efecte desànim és incompatible amb les tipificacions remissives genèriques i residuals, que qualifiquen com a infracció administrativa -i cominen amb sanció- la contravenció de tota la norma i que són utilitzades habitualment, i com a clàusula d'estil, en l'àmbit del Dret administratiu sancionador. En aquests casos, el nucli de la conducta sancionada no es troba en el catàleg d'infraccions de la llei, la qual cosa obliga els ciutadans a haver d'analitzar totes les obligacions previstes en la norma per tal d'adequar-hi les seves conductes. Aquesta qüestió esdevé més conflictiva quan les obligacions o els mandats

continguts a la norma -i que residualment són qualificats d'infracció- no són concrets, clars i intel·ligibles i es troben estretament vinculats amb l'exercici d'un dret o una llibertat fonamentals.

B) Des de la perspectiva del manament de proporcionalitat, la doctrina de l'efecte desànim imposa al legislador l'obligació de contenir la sanció dels excessos en l'exercici dels drets i les llibertats i l'obligació de proporcionar a l'aplicador del Dret -Administració o Poder judicial- mecanismes legals que permetin adequar la pena al grau de desvalor de la conducta corresponent. En el Dret administratiu sancionador, el fet que normalment l'atribució de la sanció no sigui individualitzada sinó genèrica mitjançant forquilles, pot facilitar la tasca d'adequació de la sanció. No obstant, el principi de proporcionalitat en l'aplicació de les sancions s'ha positivitzat, de forma general, seguint criteris diferents als que requeriria la doctrina de l'efecte desànim.

C) La prohibició de desànim imposa a l'aplicador de la norma punitiva la necessitat d'interpretar el tipus de la manera més favorable a l'efectivitat del dret fonamental, així com aprofitar totes les possibilitats que ofereix la norma d'ajustar la reacció a la gravetat de l'ofensa. De manera que desplega els seus efectes en la tipicitat, orientant la subsumció jurídica, i en la penalitat, guiant la determinació de la sanció.

En seu de tipicitat no és suficient amb que l'aplicador s'ajusti al tenor literal de la llei, sinó que, a més, és necessari que la seva interpretació no sigui incompatible amb el reconeixement constitucional del dret, l'exercici legítim del qual no pot resultar desanimat per una interpretació del tipus aliena a les exigències de la proporcionalitat. A més, ha de ser suficientment restrictiva per evitar incloure en el seu àmbit conductes que, malgrat quedar més enllà de l'exercici legítim, siguin tan properes a aquell que la seva sanció pugui produir un efecte desànim incompatible amb el reconeixement constitucional del dret. L'obertura de molts tipus administratius, la manca de publicitat de les resolucions sancionadores i la diversitat dels òrgans administratius amb potestat sancionadora dificulten seriosament l'acompliment d'aquesta obligació.

En seu de guia per determinar la sanció:

i) En el Dret administratiu sancionador, per aplicar l'eximent incomplet d'exercici d'un dret, s'ha de recórrer al principi de proporcionalitat, la qual cosa dificulta la seva exigibilitat i control.

ii) L'ordenament jurídic no ha previst mecanismes de reacció per als casos en què l'òrgan administratiu encarregat d'aplicar la norma sancionadora considera que la conducta no hauria d'estar tipificada o que hauria d'estar-ho amb una sanció inferior (en especial, no s'ha previst cap via administrativa assimilable a la possibilitat de plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat).

D) La introducció en el Dret administratiu sancionador d'un règim general de reducció de les sancions -per reconeixement de la infracció i per pagament anticipat- pot desincentivar el recurs de les resolucions sancionadores en supòsits en què el ciutadà sancionat es consideri innocent o cregui que la seva actuació forma part de l'exercici legítim d'un dret fonamental.

En la valoració de si una concreta reducció és o no desincentivadora s'han de ponderar diversos aspectes: la posició de l'òrgan sancionador -que no és independent ni imparcial-; el valor de les informacions aportades per les autoritats -que fan de prova de càrrec-; l'opacitat del dret administratiu sancionador -que no permet una depuració dels tipus-, i la manca de celeritat del procediment contenciós administratiu. La suma de tots aquests elements influeixen en el moment de valorar si l'establiment per part del legislador d'un determinat descompte indueix, finalment, al pagament de la sanció malgrat que l'inculpat es consideri innocent.

TRETZENA.- DISTRIBUCIÓ DEL *IUS PUNIENDI* DES DE LA PERSPECTIVA DE LES GARANTIES

Des de la perspectiva de les garanties, no és indiferent que una conducta sigui tipificada com a delictes castigat amb una pena, o com a infracció administrativa castigada amb una sanció administrativa. L'elecció del segon règim punitiu comporta una disminució de les garanties materials i procedimentals. Malgrat que la unitat del *ius puniendi* i l'acceptació de la identitat ontològica d'ambdós sistemes punitius permeten al legislador l'elecció d'un o altre sistema amb un ampli marge de llibertat, l'exercici legítim dels drets fonamentals no hauria de veure's condicionat per aquesta elecció. És per això que la distribució del *ius puniendi* en les infraccions properes a l'exercici de drets fonamentals de participació política, ha de realitzar-se, necessàriament, posant l'atenció en les garanties dels ciutadans. És a dir, posant l'atenció en com sanciona el Dret administratiu sancionador.

Les característiques del Dret administratiu sancionador, des de la perspectiva de garanties materials i procedimentals, el converteixen en el Dret més adient per punir els il·lícits que considerats individualment tenen una baixa intensitat, si bé la seva multiplicació comportaria una pertorbació per a l'èxit de determinats models o polítiques sectorials d'intervenció dels poders públics (els anomenats danys cumulats o danys per repetició). En aquests casos, l'elecció del Dret administratiu sancionador es troba reforçada per la proximitat de l'Administració a la matèria o al sector, de manera que com més impregnat estigui d'aspectes jurídics-administratius més justificada serà l'elecció d'aquest Dret.

Al seu torn, sempre des de la perspectiva de les actuals garanties, la potestat sancionadora de l'Administració és especialment idònia en aquelles infraccions purament formals, tècniques o d'aplicació automàtica o quasi mecànica; això és, de mera comprovació del compliment de certes regles i d'aplicació de la consegüent sanció en cas d'incompliment. En canvi, la sanció de les conductes que signifiquen un excés en l'exercici dels drets i llibertats fonamentals de participació política, comporten el desenvolupament de dues activitats que contenen un gran marge d'apreciació. D'una banda, la fixació singular del límit del dret corresponent i, de l'altra, la ponderació també singular dels béns i els drets en conflicte en cada cas concret. L'increment del marge d'apreciació de les infraccions ha de ser compensat amb un increment del control i amb un increment de les garanties, per tal d'assegurar que els drets i les llibertats fonamentals no siguin objecte de restriccions innecessàries. Per tant, com més gran és el marge de discrecionalitat en una decisió restrictiva de drets, més oportú resulta que aquest judici quedi en mans dels tribunals o d'una potestat sancionadora dotada de majors garanties.

El Dret punitiu, en tipificar infraccions, pot restringir el contingut inicialment protegit dels drets i de les llibertats fonamentals i, al seu torn, l'aplicació d'aquest Dret, mitjançant la subsumció en els tipus de conductes que representen un excés en l'exercici dels drets i llibertats fonamentals, determina en el cas concret l'abast dels límits constitucionals. Aquesta estreta vinculació del Dret punitiu amb la concreció del contingut dels drets fonamentals provoca la necessitat que el sistema sancionador reforci les seves garanties. Així, les vinculacions negativa i positiva dels poders públics als drets fonamentals provoquen que es reforcin les exigències al *ius puniendi* en seu de tipificació, de subsumció i d'atribució de la concreta sanció. Aquestes exigències addicionals comporten que el Dret administratiu sancionador, al relacionar-se amb conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals, hagi de dotar-se de majors garanties o, alternativament, calgui optar pel Dret penal.

Per tant, quan el Dret administratiu sancionador tipifica i sanciona conductes properes a l'exercici dels drets fonamentals de participació política ha d'incrementar les garanties, almenys, en els aspectes següents:

- La tipificació de la infracció s'ha de realitzar de forma directa i individualitzada, sense que es pugui acudir a tipificacions remissives residuals i genèriques.

- Les resolucions sancionadores s'han de publicar per tal que es generi una anàlisi rigorosa de la delimitació de les infraccions per part de la doctrina, de la societat i de la comunitat científica i es conegui la incidència de la potestat sancionadora de l'Administració sobre l'exercici dels drets fonamentals (prèvia dissociació de les dades personals especialment protegides o d'altres que es considerin innecessàries per al control de l'exercici de les funcions públiques i que puguin resultar perjudicials per als sancionats).

- S'ha d'articular una resposta normativa que reguli l'eximent complet i incomplet de l'exercici legítim dels drets fonamentals en el si del procediment administratiu sancionador (aquesta qüestió no ha de deixar-se oberta ni a cada legislador sectorial ni a l'apreciació de cada operador jurídic).

- La imposició de sancions ha de quedar en mans d'autoritats independents o, alternativament, establir un règim recursos administratius potestatis que siguin resolts per òrgans col·legiats amb autonomia funcional.

La confirmació de la necessitat de majors garanties en aquest àmbit concret i la constatació que, actualment, no existeix un Dret administratiu sancionador, sinó una pluralitat de drets sancionadors sovint incomplets i amb garanties diverses producte dels legisladors sectorials, ens permeten albirar la possibilitat de construir un Dret administratiu sancionador amb diferents velocitats, la construcció del qual hauria d'iniciar-se des de la codificació d'aquesta branca punitiva. La norma general codificadora, un cop feta la regulació de les qüestions materials de la potestat sancionadora, hauria d'establir ja els trets essencials de cada tipologia de velocitat, entesa en el sentit d'un sistema de garanties i, així, es permetria al legislador sectorial d'acollir-se a un règim, més o menys garantista, de Dret administratiu sancionador.

BIBLIOGRAFIA

ABEL SOUTO, M., «Las leyes penales en blanco», *Nuevo Foro Penal*, núm. 68, 2005, pp. 13-30.

AGUADO I CUDOLÀ, V., Presunción de certeza de denuncias y actas de inspección. A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 666-684.

— «La prueba en el procedimiento administrativo sancionador», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), pp. 93-114.

— *La Presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Civitas, 1994.

AHUMADA RUIZ, M., «El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pp. 169-194.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., Las ordenanzas de convivencia y la Ley de Seguridad Ciudadana: conexiones, olvidos y diferencias. A: ALONSO RIMO, A. (dir.) i COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2019, pp. 357-392.

— «El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018.

— Derecho administrativo sancionador: garantías formales y procedimiento sancionador. A: REBOLLO PUIG, M. i VERA JURADO, D. (directors), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la administración* (2ª edición), Madrid, Tecnos, 2017 pp. 225-249.

— «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, pp. 135-167.

— Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem. A: REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 359-422.

— El procedimiento administrativo sancionador. A: REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 541-621.

— *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Pamplona, Civitas, 2007.

ALBRECHT, P. A., El Derecho penal en la intervención de la política populista. A: DD.AA. *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 471-487.

ALEXY, R., Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. A: SIECKMANN, J. (director), *La Teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 119-136.

— *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (3ª reimpressió) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALONSO RIMO, A., «El nuevo anteproyecto de ley orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, pp. 1-17.

ALVAREZ GARCÍA, J. J., «Principio de proporcionalidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna», *Diario La Ley*, núm. 5, 1999, pp. 2053-2059.

ÁLVAREZ-GENDÍN, S., *Manual de derecho administrativo*, Zaragoza, Librería General, cop., 1941.

AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del "ius puniendi" en derecho penal internacional una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 68, 2013, pp. 5-38.

AMENÓS ÁLAMO, J. i GIFRE ÀLVAREZ, B., L'activitat sancionadora local. A: JUDITH GIFREU I FONT, J. i RAMON FUENTES I GASÓ, J. (directors), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, València, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 545-564.

AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Barcelona, Cedecs, 1999.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Derecho penal internacional*, València, Tirant lo Blanch, 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Viage a la prehistoria de las garantías: la “modernización” de la ley Corcuera», *Jueces para la Democracia*, núm. 13, 1991, pp. 3-12.

ARROYO JIMÉNEZ, L., «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., Convenio Europeo de Derechos Humanos y procedimiento administrativo sancionador. A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 178-185.

BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, pp. 297-315.

BACIGALUPO, E., *Sanciones administrativas: derecho español y comunitario*, Madrid, Colex 1991.

BAÑO LEÓN, J. M., «Los excesos de la llamada autotutela administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016.

BARCELONA LLOP, J., «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, pp. 11-52.

— Las infracciones y sanciones administrativas en la ley orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana: algunos aspectos problemáticos. A: FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PORTILLA CONTRERAS, G. i BARCELONA LLOP, J., *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Madrid, Trotta, 1993, pp. 117-180.

BARRAL VIÑALS, I. (directora), VIOLA DEMESTRE, I. i PÉREZ DAUDÍ, V. (coordinadors), *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Barcelona, Atelier, 2019.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «Derechos fundamentales y derecho penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007, pp. 47-74.

BASSIOUNI, M. C., «El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 35, 1982, pp. 5-42.

BASTRESS, R. M., «El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 239-254.

BAUCELLS LLADÓS, J., «Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm 1, 2019, pp. 1-31.

— «El nuevo "derecho sancionador autoritario". Acerca de la inconstitucionalidad del Código penal y la ley de protección de la seguridad ciudadana». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015.

BAUZÁ MARTORELL, F. J. (director), *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona, Wolters Kluwers, 2017.

— «La denuncia en el anteproyecto de ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 2, 2015.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (2ª edició), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BERTAZZO, S., «El derecho administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos» *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 39, 2015.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Derecho Administrativo sancionador en el sistema jurídico británico», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2008.

— «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones?», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 34, 2007, pp. 31-82.

BILBAO UBILLOS, J. M., «La llamada ley mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 217-260.

— «Ordenanzas municipales y derecho de manifestación: la responsabilidad de los organizadores», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 187-198.

— «La excarcelación tenía un precio: El tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 277-342.

BLANCO CORDERO, I., «El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 6, 2004.

BLASCO DÍAZ, J. L., Seguridad ciudadana y potestad sancionadora. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 15-36.

BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55-112.

— El cambio de prisma en la regulación del audiovisual: del servicio público a la liberación sin que, aparentemente, nada cambie ni nada haya de cambiar. Algunas dudas y perplejidades. A: BELANDO GARÍN, B., i MONTIEL ROIG, G. (coordinadors), *Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual: El nuevo marco normativo de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual*, València, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 205-230.

BOROWSKI, M., «La restricción de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, pp. 29-56.

BORRAJO INIESTA, I., «Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, pp. 133-152.

BORRELL MESTRE, J., «Algunas reflexiones sobre la posible influencia del constitucionalismo estadounidense en el español en materia de libertad de expresión», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 3, 2008, pp. 1-14.

BRAGE CAMAZANO, J., *Los Límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

BUENO ARMIJO, A., «El (imperfecto) sistema de garantías del derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 23, 2012, pp. 135–164.

— *El principio de legalidad sancionadora (I): la reserva de ley*. A REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 113-157.

— *El principio de legalidad sancionadora (II): el principio de tipicidad*. A REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 159-199.

— *La antijuridicidad como elemento de la infracción administrativa*. A REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 221-248.

CANO CAMPOS, T., *Claves prácticas de derecho administrativo. Sanciones Administrativas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.

— El concepto de sanción y los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. A: BAUZÁ MARTORELL, F. J. (director), *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona, Wolters Kluders, 2017, pp. 207-236.

— «El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 201, 2016, pp. 25-68.

— «La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 2, 2015.

— La presunción de veracidad de las actas de inspección. A: DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coordinador), *Función inspectora: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, pp. 223-242.

— Analogía e interpretación extensiva. A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp.104-119.

CARBONELL MATEU, J. C., El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 121-142.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2001.

CARRETERO PÉREZ A., i CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, EDERSA, 1992.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre la potestad sancionadora municipal», *Quaderns de Dret Local*, núm. 6, 2004, pp. 131–142.

CASANOVAS Y LA ROSA, O., El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales. A: CARDONA LLORENS, J. (editor) i AZNAR GÓMEZ, M. (coordinador), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, València, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 345-359.

CASINO RUBIO, M., La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directors), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 399-434.

— *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales (CEPC), 2018.

— «La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2016, pp. 123–141.

— «Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia», *Istituzioni del Federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 4, 2011, pp. 743–771.

— «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (Comentario a la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 2060)», *REALA*, núm. 283, 2000, pp. 569-574.

CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1950.

CASTILLO BLANCO, F., «La Ley de Seguridad Ciudadana: reflexiones sobre algunos puntos controvertidos», *Revista de Administración Pública*, núm. 130, 1993, pp. 423-466.

CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tom 40, núm. 2, 1987, pp. 273-300.

— «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tom 28, núm. 2, 1975, pp. 159-175.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La difusión de información pública como instrumento para la prevención de la corrupción: una aproximación desde la legislación autonómica», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 52, 2016, pp. 67-85.

CLÉRICO, L., Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. A: SIECKMANN, J. (director) *La Teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 169-191.

— *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español* (4ª edición), Madrid, Imprenta y librería de Eduardo Martínez, 1876.

COLMENERO, M., «La garantía del derecho a un juez imparcial. STC 145/1988, de 12 de julio», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 55, 2006 (Exemplar dedicat a: «Veinticinco años de jurisprudencia constitucional II»), pp. 721-740.

COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 41, 2019, pp. 97-116.

CORCOY BIDASOLO, M., Introducción. A: MIR PUIG, S., i CORCOY BIDASOLO, M. (directors); GÓMEZ MARTÍN, V. (coordinador), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 18-28.

CÓRDOVA, E.R.M., «Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2006, pp. 273-306.

CORRAL ALAEZ, B., «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999)», *Repertorio Aranzandi del Tribunal Constitucional*, núm. 15, 1999, pp. 15-41.

CORRECHER MIRA, J., ¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad. A: ALONSO RIMO, A. (dir.) i COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2019, pp. 481-509.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de derecho administrativo* (25ª edición), Pamplona, Civitas, 2014.

CUELLO CONTRERAS, J., Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 147-160.

CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016.

— Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología. A: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (dir.) i RUSCONI, M. A. (dir.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2014, pp. 151-201.

— «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, pp. 1-43.

— Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal. A: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Vol. 1*, València, Universitat de València, 1998, pp. 447-493.

CUERDA RIEZU, A. R., Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna. A: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 237-256.

CUGAT MAURI, M., Consecuencias penales de la supresión del libro III. A: QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2015, pp. 225-239.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El Orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, pp. 141–166.

DE ESTEBAN, J., *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio Publicaciones. Facultad Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992-1994.

DE LA CUESTA J. L., i BLANCO CORDERO, I., «Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926 – 2014)», *Revista internacional de derecho penal*, vol. 86. 2015, pp. 459-680.

DE OTTO PARDO, I., La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. A: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 95-171.

DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La Nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Barcelona, Bosch, 2015.

DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, Atelier, 2016.

DÍEZ BUESO, L., «La relevancia pública en el derecho a la información: algunas consideraciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 213–238.

DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos Fundamentales* (4ª edición), Pamplona, Civitas, 2013.

- «La potestad jurisdiccional: características constitucionales», *Parlamento y Constitución*. Anuario, núm. 2, 1998, pp. 67-77.
- «Derecho comunitario y medidas sancionadoras», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1996, pp. 251-273.

DOMÉNECH PASCUAL, G., Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos. A: Luis MÍGUEZ MACHO, L., ALMEIDA CERREDA, M. i SANTIAGO IGLESIAS, D. (coordinadores), *La simplificación de los procedimientos administrativos: Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014*, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 2014, pp. 15-73.

- *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 333-372.

DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

ESCOBAR ROCA, G., «Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 361-374.

ESTRADA CUADRAS, A., «Vía libre al Derecho penal europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006.

EZQUERRA HUERVA, A., Regulación de la potestad sancionadora A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 966-974.

FARALDO-CABANA, P., «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2014.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., «El principio de responsabilidad en la potestad sancionadora de la administración pública bajo la Ley 40/2015», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 186, 2017, pp. 291-319.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PORTILLA CONTRERAS, G. i BARCELONA LLOP, J., *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Madrid, Trotta, 1993.

FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2014.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La potestad sancionadora en el Derecho comparado: Francia (I)», *Documentación Administrativa*, núm. 281-282, 2009, (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II»), pp. 7-23.

GALLARDO CASTILLO, M. J., «El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, 2016.

— *Los Principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*, Madrid, Iustel, 2008.

GAMERO CASADO, E. i FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho administrativo* (15ª edición), Madrid, Tecnos, 2018.

— *Manual básico de derecho administrativo* (14ª edición), Madrid, Tecnos, 2017.

GAMERO CASADO, E., *Las Sanciones deportivas: régimen disciplinario, violencia y espectáculo, dopaje*, Barcelona, Bosch, 2003.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. i BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador* (6ª edición), València, Tirant lo Blanch, 2016.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Madrid, Trivium, 1989.

GARCÍA ALBERO, R., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 295-400.

GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», *Documentación Administrativa*, núm. 281-282, 2008, pp. 11-42.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I* (16ª edición), Pamplona, Civitas, 2013.

— *Curso de derecho administrativo II* (16ª edición), Pamplona, Civitas, 2013.

— *Curso de derecho administrativo I* (reimpresión de la 2ª edición), Madrid, Civitas, 1977.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora: Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 80, 1993, pp. 655-678.

— «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, pp. 359-368.

— «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 10, 1976, pp. 399-430.

— «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», *Moneda y crédito*, núm. 128, 1974, pp. 59-87.

GARCÍA GARCÍA, M. J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial (CEMCI), Granada, 2014.

GARCIA MORILLO, J., Las garantías de los derechos fundamentales. A: LÓPEZ GUERRA L. *Derecho Constitucional. Volumen I. El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los Ciudadanos* (6ª edición) València, Tirant lo Blanc, 2003, pp. 455-497.

GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho Administrativo*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1943.

GARCÍA SAURA, P. J., «Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a los menores», *Quaderns de Dret Local*, núm. 41, 2016, pp. 200-234.

GARCÍA URETA, A., «Signos religiosos, autonomía municipal y derechos fundamentales: comentarios sobre la STS de 14 de febrero de 2013 (prohibición de uso del velo integral)», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 201–222.

GARRIDO FALLA, F., «Los medios de policía y la teoría de las Sanciones Administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 28, 1959, pp. 11–50.

— «Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953, pp. 11–32.

GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho administrativo: principios y legislación española*, Madrid, Bermejo, 1943.

GAVARA DE CARA, J. C., «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, pp. 95–130.

— «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 277–320.

— *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GIL GIL, A, i MACULAN, E. (directores), *Derecho penal internacional* (2ª edición), Madrid, Dylinson, 2019.

GÓMEZ TOMILLO, M. i SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, (4ª edición), Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2017.

GÓMEZ TOMILLO, M., Seguridad ciudadana, discriminación y garantías. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directores), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 279-300.

GÓMEZ TORRES, C. J., El abuso de los derechos fundamentales. A: PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.) *Los Derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pp. 301-332.

GONZÁLEZ ALONSO, A., «Objeto del recurso contencioso-administrativo y alcance del carácter revisor de esta jurisdicción», *Diario La Ley*, núm. 7096, 2009.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Editorial Aranzadi, SA, 2003.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El "Big-Bang" del procedimiento administrativo sancionador común» *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, pp. 223-232.

GONZÁLEZ RUS, J. J., Tratamiento penal y procesal de los delitos leves a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional séptima Lecrim. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directors), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 349-364.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

GUICHOT REINA, E., «El acceso a los datos referidos a expedientes sancionadores o disciplinarios a la luz de la nueva normativa sobre protección de datos», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 6, 2018, pp. 65-72.

— *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Navarra, Thomson Civitas, 2009.

GUILLÉN CARAMÉS, J., «Administración y actividad arbitral: La necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo». *Revista de administración pública*, núm. 166, 2005, pp. 353-393.

GÜNTHER K., De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un "cambio de paradigma" en el Derecho penal?. A: DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 489-505.

HASSEMER, W. i MUÑOZ CONDE, F., *La Responsabilidad por el producto en derecho penal*, València, Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, W., El principio de proporcionalidad como límite a las intervenciones jurídico-penales. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), pp. 193-200.

HEFENDEHL, R., Churras y merinas o más de lo mismo: la prevención técnica y el derecho penal. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), pp. 101-108.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., Sobre la controvertida naturaleza "jurisdiccional" de los tribunales administrativos de recursos contractuales. A: LÓPEZ RAMÓN, F., (coord.) *Las*

vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 374-384.

HOLT, J. C., *Magna Carta* (3ª edición), Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

HUERGO LORA, A., 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. A: MÍGUEZ MACHO, L., i ALMEIDA CERREDA, M. (coords), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor. Vol. 2*, Santiago de Compostela, Fundación Democracia y Gobierno Local i Andavira Editora SL, 2017, pp. 315-330.

— El régimen sancionador en la Ley General de la Comunicación Audiovisual A: MUÑOZ MACHADO, S. (director); RODRÍGUEZ VALDERAS, M., (coordinador), *Derecho de la regulación económica. V Audiovisual*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 603-619.

— *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007.

HUERTA TOCILDO, S., Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal. A: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER i CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española, Tomo I*, Madrid, Fundació Wolters Kluwer, Butlletí Oficial de l'Estat, Tribunal Constitucional i Ministeri de Justícia, 2018, pp. 897-919.

IBÁÑEZ PICO, M., «Municipio y civismo: las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia», *Revista de estudios de la administración local y autonómica (REALA)*, núm. 307, 2008, pp. 143-184.

IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L., Potestad sancionadora. Disposiciones generales. A: *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptados a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009*, REBOLLO PUIG, M. I IZQUIERDO CARRASCO M. (directors), Iustel, 2011, pp. 607-701.

IZQUIERDO CARRASCO, M., «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), pp. 207-257.

JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch* (2ª edición revisada y ampliada), Berlin, Nova York, Walter de Gruyter, 1991

JALVO, B. M., «La determinación de las sanciones administrativas. Normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018, pp. 101-129.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., Deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez a la luz de la imparcialidad judicial. A: DD.AA. *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Bilbao, Publicacions de la Universitat de Deusto, 2010, pp. 301-318.

JIMÉNEZ SEGADO, C., «Eliminar las faltas tiene delito (leve)», *Diario La Ley*, núm. 8223, 2014.

KAYBER, M., Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto. A: DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 149-136.

LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011.

LASAGABASTER HERRARTE, I., «Constitución, derecho penal y límites de la potestad sancionadora de la administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018.

— (director), *Ley de la potestad sancionadora: comentario sistemático*, Bilbao, LETE Argitaletxea, 2006.

— «La potestad sancionadora local en la ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 68, 2004, pp. 155–178.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 36, 2017, 119–134.

— «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012.

— Por un derecho penal sólo penal. Derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrador y sancionador. A: DD.AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Civitas, 2005, pp. 587-626.

— «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, 1998, pp. 159-190.

LAZKANO BROTONS, I., Causas de exención de la responsabilidad A: LASAGABASTER HERRARTE, I. (director), *Ley de la potestad sancionadora: comentario sistemático*, Bilbao, LETE Argitaletxea, 2006, pp.149-170.

LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las Libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Civitas, 1999.

LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales (CEPC), 2006.

- «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales», *Jueces para la democracia*, núm. 53, 2005, pp. 39-53.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El Parlamento Europeo, legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE», *Revista de derecho político*, núm. 93, 2015, pp. 13-74.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I»), pp. 359-395.
- LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, A., «La potestad sancionadora en derecho comparado. Francia (II) Especial referencia a las autoridades administrativas independientes y a los sectores sanitarios, de seguros y de las telecomunicaciones», *Documentación Administrativa*, núm. 282-283, 2009 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II»), pp. 25-60.
- LOPEZ GONZALEZ, J. I., *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.
- LOPEZ MENUDO, F., Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma. A: LÓPEZ MENUDO, F. (director), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, Universitat de Sevilla, 2016, pp. 13-40.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988, pp. 57-98.
- LORENZO JIMÉNEZ, J. V., «La asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 82, 2012, pp. 119-160.
- LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010.
- «Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía» *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, pp. 393-414.
- «Procedimientos abreviados para la represión de las infracciones administrativas: el pago voluntario en cuantía reducida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 66, 1990, pp. 221-255.
- MALARET GARCÍA, E., Autoridades independientes y justicia administrativa. A: MONTORO CHINER, M. J., (coordinadora), *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 745-768.
- MAÑALICH RAFFO, J. P., «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho penal?», *Revista Derecho y Humanidades*, núm. 11, 2005, pp. 245-258.

MANGAS MARTÍN, A., i LIÑAN NOGUERAS, D. J., *Instituciones de derecho de la Unión Europea* (3ª edición), Madrid, Tecnos, 2002.

MARTÍN REBOLLO, L., La Potestad Sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos "procedimientos comunes especializados". A: LÓPEZ MENUDO, F. (director), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, Universitat de Sevilla, 2016, pp. 345-372.

MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Policía administrativa, discurso del odio y explosiones en cervecerías alemanas. A propósito de la Resolución Sancionadora 87/2018 de la CNMC, en la que se multa a Libertad Digital por incitar al odio contra los ciudadanos alemanes», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, 2019.

MARTINEZ-PUJALTE, A. L., «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad» *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, pp. 75-96.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La recepción por el tribunal constitucional de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos», *Revista de Administración Pública*, 137, 1995, pp. 7-29.

— «Reflexiones sobre el Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 1993, pp. 7-34.

— «Multas administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 79, 1976, pp. 9-65.

— *La Cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Madrid, Civitas, 1975.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. 3: La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas*, Pamplona, Civitas, 1991.

MASSÓ GARROTE, M. F., «El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana LO 4/2015 de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, núm. 2, 2016, pp. 101-126.

MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo, historia y Derecho comparado*, traducción y notas por J. M^a Rodríguez Devesa, Madrid, EDERSA, 1979.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.

MEJÍA AZUERO, J. C., «Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal», *Prolegómenos. Derechos y Valores*, núm. 22, 2008, pp. 181-217.

MEJÍA PATIÑO, O.A., «Reseña Histórica de Derecho Administrativo Sancionador», *Novum Jus*, vol. 2, núm. 1, 2008, pp. 259-284.

MELERO ALONSO, E., «Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva Época, núm. 6, 2016, pp. 7–26.

MENDOZA BUERGO, B., i BAJO FERNÁNDEZ, M., «Hacia una Ley de contravenciones el modelo portugués», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 3, 1983, pp. 567-612.

MERINO ESTRADA, V., «Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 300–301, 2006, pp. 485–510.

MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Madrid, Edisofer, 2001.

MESTRE DELGADO, J. F., Principio de tipicidad. A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 757-761.

MILIONE FUGALI, C., «El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 549-572.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* (10ª edición), Barcelona, Editorial Reppertor, 2016.

— El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. A: CARBONELL MATEU, J. C. (director), GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (director), ORTS BERENGUER, E. (director), CUERDA ARNAU, M. L. (coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Tomo II*, València, Tirant lo Blanc, 2009, pp. 1357-1382.

— Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal. A: ECHANO BASALDUA, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, pp. 349-366.

MIR PUIG, S., i CORCOY BIDASOLO, M. (directors); GÓMEZ MARTÍN, V. (coordinador), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

MIR PUIGPELAT, O., «L'accés a la informació pública en la legislació espanyola de transparència: crònica d'un canvi de paradigma», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, 2017, pp. 48-66.

MOLINA DEL POZO, C. F., «Aplicación del Derecho comunitario y potestad sancionadora en el contexto de la Unión Europea», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, pp. 95-124.

MONTORO PUERTO, M., *La Infracción administrativa: características, manifestaciones y sanción*, Barcelona, Nauta, cop., 1965.

MONTOYA MARTÍN, E., «Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado», *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I»), pp. 195-220.

MORALES PRATS, E., La necesidad técnica de las leyes penales en blanco y sus condicionamientos constitucionales. Precisiones en torno a las técnicas de tipificación. A: QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 59-63.

MORENO TRAPIELLA, P., «El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos», *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I»), pp. 323-358.

MÜLLER, F., *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2016.

MUÑOZ CONDE, F. i GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General* (5ª edició), València, Tirant lo Blanc, 2002.

MUÑOZ CONDE, F., «¿Es el Derecho penal internacional un "Derecho penal del enemigo"?» *Revista penal*, núm. 21, 2008, pp. 93-102.

— *Derecho Penal. Parte Especial* (15ª edició), València, Tirant lo Blanc, 2004.

MUÑOZ MACHADO CAÑAS, J., Comunicación audiovisual y derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y propia imagen: un estudio de jurisprudencia. A: MUÑOZ MACHADO, S. (director); RODRÍGUEZ VALDERAS, M., (coordinador), *Derecho de la regulación económica. V Audiovisual*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 573-602.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo XII Actos administrativos y sanciones administrativas* (2ª edició), Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2017.

— La regulación del sector audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales. A: MUÑOZ MACHADO, S. (director); RODRÍGUEZ VALDERAS, M., (coordinador), *Derecho de la regulación económica. V Audiovisual*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 11-118.

— *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo I*, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

— *La Reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, SA, 1989.

NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª edició), Madrid, Tecnos, 2012 (reimpressió 2015).

— *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª edició), Madrid, Tecnos, 1994 (reimpressió 2000).

- «Problemas capitales del derecho disciplinario», *Revista de administración pública*, núm. 63, 1970, pp. 39-83.
- NIETO MARTÍN, A., Derecho penal y constitución en la era del *global law*. A: MIR PUIG, S., i CORCOY BIDASOLO, M. (directors); GÓMEZ MARTÍN, V. (coordinador), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 83-104.
- *Fraudes comunitarios: Derecho penal económico europeo*, Barcelona, Praxis, 1996.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, SA, 1991.
- OLIVEIRA ROCHA, L. O., «El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la mesa de Herri Batasuna», *Cuadernos de política criminal*, núm. 70, 2000, pp. 219-244.
- ORDUÑA PRADA, E., «Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio», *Revista de Estudios de Administración Local*, núm. 286-287 2001, pp. 363- 384.
- ORDUÑA REBOLLO, E., i COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación de Régimen Local*, Madrid, Iustel, 2008.
- ORDUÑA REBOLLO, E., *Municipios y provincias. Historia de la Organización Territorial Española*, Madrid, INAP, 2003
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La coacción institucional para desistir del acceso al juez», *Revista de Administración Pública*, núm. 100–102, 1983, pp. 1437–1446.
- ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. i JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal. Introducción* (2ª edición), València, Ediciones Nomos, 2003.
- ORTUÑO RODRÍGUEZ, A. E., «La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas», *Quaderns de Dret Local*, núm. 20, 2009, pp. 23-52.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I. Parte General* (19ª edición), Barcelona, Marcial Pons, 2012.
- «Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración», *Revista galega de administración pública*, núm. 23, 1999, pp. 13-43.
- *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo común* (2ª edición), Madrid, Marcial Pons, 1999.
- «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», *Revista de Administración Pública*, núm. 67, 1972, pp. 41-94.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Caso “Aturem el Parlament”: una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 171-191.

— «Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tom 43, Mes 2, 1990, pp. 633-656.

PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014.

— *Lecciones de Derecho Administrativo* (6ª edición), València, Tirant lo Blanc, 2013

PEMÁN GAVÍN, J. M., «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona», *Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 305, 2011, pp. 9-55.

— «La política de civismo en los ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, 2010, pp. 11-52.

— *El Sistema sancionador español: Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Barcelona, Cedecs, 2000.

— «La regulación de la potestad sancionadora de la administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993, pp. 377-416.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2012.

PIZARRO NEVADO, R., «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, 2018.

PLAZA PENADES, J., *El derecho al honor y a la libertad de expresión*, València, Tirant lo Blanc, 1996.

POLAINO NAVARRETE, M., Derecho penal y ordenamiento sancionador. A: POLAINO NAVARRETE, M. (coord.) *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1987, pp. 247-290.

POMED SÁNCHEZ, L. A., «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, pp. 439-480.

PORTILLA CONTRERAS, G., Rebelión ciudadana y sistema punitivo. Sobre la conversión del ejercicio de derechos en delitos e ilícitos administrativos. A: ALONSO RIMO, A. (dir.)

i COLOMER BEA, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Navarra, Editorial Aranzadi, SAU, 2019, pp. 321-355.

— "Desprotección" de la libertad y seguridad personal sobre protección de la seguridad ciudadana. A: FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PORTILLA CONTRERAS, G. i BARCELONA LLOP, J., *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Madrid, Trotta, 1993, pp. 79-116.

PRESNO LINERA, M. A., La expansión del Derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 37-62.

— «El primer anteproyecto de ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp. 269–292.

PRIETO SANCHÍS, L., Prólogo. A: LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011, pp. 7-15.

— *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2ª edición), Madrid, Trotta, 2009.

— «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 11, 2000, pp. 9-30.

— *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

— «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 99–121.

PRITTWITZ C., El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. A: DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 427-446

QUINTERO OLIVARES, G., Derecho de manifestación y desórdenes públicos. A: CUERDA ARNAU, M. L. i GARCÍA AMADO, J. A. (directors), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, València, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 141-158.

— (director), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

— «La potestad sancionadora de la administración y las garantías constitucionales y penales», *Boletín de la academia de jurisprudencia y legislación de Las Illes Balears*, núm. 3, 1996, pp. 49–68.

— «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, pp. 253–296.

RAMS RAMOS, L., «De supletorio a prevalente: la incidencia de la terminación en los procedimientos sancionadores establecida por la Ley 39/2015 en la normativa sectorial», *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, pp. 101-150.

RANDO CASERMEIRO, P., «El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador». *InDret*, núm. 1, 2010, pp. 1-27.

— *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, València, Tirant lo Blanch, 2010.

REBOLLO PUIG, M. (director) i IZQUIERDO CARRASCO, M. (coordinador), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, València, Tirant lo Blanch, 2007.

REBOLLO PUIG, M. i VERA JURADO, D. (directors), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la administración* (2ª edición), Madrid, Tecnos, 2017.

REBOLLO PUIG, M., (director), *Derecho Administrativo. Tomo I Conceptos fundamentales, fuentes y organización* (4ª edición), Madrid, Tecnos, 2019.

— Las potestades conferidas en la LOPSC para preservar la seguridad ciudadana. A: IZQUIERDO CARRASCO, M. i ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (directors), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 94-144.

— Novedades relativas al procedimiento sancionador y al de responsabilidad en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común. A: GALLARDO CASTILLO, M. J. (dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015 reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 465-564.

— Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015. A: GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (director), *La Ley 40 /2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, Granada, Cemci, 2016, pp. 345-491.

— «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 2527-2546.

— Derecho administrativo sancionador y derecho penal. A: REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMIJO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 49-55.

— Derecho penal y derecho administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores). A: LOZANO CUTANDA, B. (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 316-334.

— Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas. A: SAINZ MORENO, F. (director), *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 215-244.

- «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicado a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), pp. 151-206.
- «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 17, 1999, pp. 247-282.
- *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1989.

REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. i BUENO ARMILLO, A. M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

- «Panorama del derecho administrativo sancionador en España», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, núm. 1, 2005, pp. 23-74

RIDAO MARTÍN, J., *La libertad de expresión y sus conflictos en el espacio público. Manifestaciones, escraches y símbolos políticos*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

- «Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 187-217.

ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.).

RODRÍGUEZ ALONSO, C., «La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva Época, núm. 6, 2016, pp. 92-104.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», *Documentación Administrativa*, núm. 284-285, 2009, pp. 153-180.

RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., «El principio de objetividad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora», *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 289, 2011, pp. 211-231.

- *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Pamplona, Civitas, 2005.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, pp. 151-178.

RODRÍGUEZ-VILLASANIE Y PRIETO, J. L. i LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coordinadors), *Derecho internacional humanitario* (3ª edició), València, Tirant lo Blanch, 2017.

ROYO VILLANOVA, A., *Derecho administrativo del nuevo estado español. Apéndice a la décimaquinta edición de los Elementos de Derecho administrativo*, Valladolid, Librería Santarén, 1939.

RUIZ-RICO RUIZ, C. i RIDAO MARTÍN, J., «La participación en el espacio público y su problemática constitucional: breves consideraciones en torno a los 'escraches' y a las sentencias sobre el denominado 'asedio al Parlamento de Cataluña'», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 91, 2014, pp. 45-84.

RUIZ-RICO RUIZ, C., «Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional (a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013)», *Actualidad administrativa*, núm. 1, 2014.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder General, 1999.

SALAT PAISAL, M., «El derecho penal como prima ratio la inadecuación del derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del derecho penal», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, 2019.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 56, 2015, pp. 18-27.

— *Derecho Administrativo. Parte General* (8ª edició), Madrid, Tecnos, 2012.

— *Derecho Administrativo. Parte General* (4ª edició), Madrid, Tecnos, 2008.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., «La potestad sancionadora en el Derecho comparado: Reino Unido», *Documentación Administrativa*, núm. 282-283, 2009 (Exemplar dedicat a: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II»), pp. 91-167.

SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

— *Principios de Derecho Administrativo General II* (2ª edició), Madrid, Iustel, 2009.

SANTANA VEGA, D. M., Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 865-884.

SANZ MORÁN, Á. J., Los elementos subjetivos de justificación. A: MORALES PRATS F., QUINTERO OLIVARES G. (coords) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 723-746.

SCHÜNEMANN, B., Protección de bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), pp. 63-86.

SEHER, G., ¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico «indiscutido». A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), pp. 129 a 162.

SILVA FORNÉ, D., Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador. A: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 173-192.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista penal*, núm. 13, 2004, pp. 138-150.

— *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), Madrid, Civitas, 2001.

STAEHELIN, G., ¿Es compatible la "prohibición de infraprotección" con una concepción liberal del Derecho penal? A: DD. AA., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 289-304

SUAY RINCÓN, J., «La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar», *Documentación Administrativa*, núm. 281–282, 2008, pp. 43–64.

— «La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicat a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), pp. 7-28.

— «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, pp. 153–184.

— *Sanciones administrativas*, Saragossa, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

— «El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 109, 1986, pp. 185-215.

TIEDEMANN, K., Presente y futuro del derecho penal europeo. A: DD. AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Civitas, 2005, pp. 1029-1037.

- *Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1993.
- «Constitución y Derecho penal», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 33, 1991, pp. 145-174.
- *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Mohr Siebeck, 1969.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, pp. 1-72.
- TORIO LÓPEZ, A., Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones). A: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. 3: La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas*, Pamplona, Civitas, 1991, pp. 2529-2546.
- TORNOS MAS, J., «¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014.
- «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 471-508.
- «Infracción y sanción administrativa el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 7, 1975, pp. 607-624.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *Los Delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «El procedimiento administrativo sancionador», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. Extra 1, 2001 (Exemplar dedicado a: «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador»), pp. 75-92.
- TRIANA REYES, B., «Doctrina constitucional en torno al carácter revisor de la jurisdicción contenciosa. STC 23/2018, de 5 de marzo», *Actualidad administrativa*, núm. 5, 2018.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante de los derechos: análisis de la exigente de ejercicio legítimo de un derecho (20.7º CP) desde una perspectiva constitucional*, València, Tirant lo Blanch, 2003.
- «La exigente de «ejercicio legítimo de un derecho» (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 63, 2002.
- VELASCO CABALLERO F., i DÍEZ SASTRE, S., «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Quaderns de Dret Local*, núm. 5, 2004, pp. 50-62

VIGANÒ, F., «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política Criminal*, núm. 18, 2014, pp. 428-476.

— Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A: MIR PUIG, S., i CORCOY BIDASOLO, M. (directors); GÓMEZ MARTÍN, V. (coordinador), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 311-330.

VILLAR Y ROMERO, J. M., *Derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1948.

WERLE, G. i JESSBERGER, F., *Tratado de derecho penal internacional* (3ª edició), València, Tirant lo Blanch, 2017.

WESSEL, W., «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1952, vol. 6.

WOLHERS, E., Derecho penal como última ratio. ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?. A: ROBLES PLANAS, R., *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012 (edició alemanya: VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS, W.), pp. 109-128.