

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES NUCLEARES
DEL DERECHO PENAL Y MaticES CARACTERÍSTICOS
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

NUCLEAR CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF CRIMINAL
LAW AND CHARACTERISTIC NUANCES
OF ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO) Gómez Tomillo, Manuel. “Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador”. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 6 (2020). doi: 10.7764/rda.o.6.16695.

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC Número 6
Diciembre 2020
ISSN: 2452-4344

Recepción: 1 de julio, 2020
Aceptación: 26 de agosto, 2020

Resumen

El trabajo analiza los principios constitucionales originalmente propios del derecho penal y que son susceptibles de ser aplicados también al derecho administrativo sancionador “con matices”. A tal efecto, se parte de lo que debe entenderse por tales principios y del alcance de los matices. Luego, se examina cuáles no son susceptibles de ser matizados al ser consustanciales con el Estado de derecho e independientes del hecho de que quien sanciona es la Administración (esencialmente los principios materiales). Por último, se hace una exposición de aquellos, sobre todo procesales, que en la fase administrativa sí permiten ser matizados. El trabajo rechaza en general que el derecho administrativo sancionador conlleve necesariamente una disminución de garantías, subrayando que, en ocasiones, tales garantías han de ser incluso superiores.

Palabras clave: Derecho administrativo sancionador, principios, sanciones administrativas, garantías constitucionales

Abstract

The work analyzes the constitutional principles originally characteristic of criminal law and which are capable of being also applied to administrative sanctioning law “with nuances”. To this end, the starting point is what should be understood by such principles and the scope of the nuances. Then, it examines which ones are not susceptible to being qualified as they are consubstantial with the rule of law and independent of the fact that the one who sanctions is the Administration (essentially the material principles). Finally, there is a presentation of those, especially procedural, which in the administrative phase do allow to be qualified. The work generally rejects that sanctioning administrative law necessarily entails a reduction in guarantees, underlining that, on occasions, such guarantees must be even higher.

Keywords: Administrative sanctioning law, principles, administrative sanctions, constitutional guarantees

Manuel Gómez Tomillo

Universidad de Valladolid
Valladolid, España
gtomillo@der.uva.es

Manuel Gómez Tomillo es catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valladolid, España. Es letrado del Tribunal Constitucional de España.

Universidad de Valladolid
Valladolid, Spain
gtomillo@der.uva.es

Manuel Gómez Tomillo is Professor of Criminal Law at the University of Valladolid, Spain. He is a lawyer at the Constitutional Court of Spain.

I. LA CUESTIÓN DE LA DISMINUCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

I.1. Planteamiento

Resulta común entender que en el derecho administrativo sancionador las garantías que acompañan a los principios y derechos comunes con el derecho penal deben ser más reducidas¹. Dos son las razones más habituales para defender dicho punto de vista. Por una parte, se acude a la idea de que las sanciones administrativas son menos graves que las penales. Por otra, no es infrecuente estimar que concurren poderosas razones de agilidad y eficacia.

En este trabajo discreparemos de ambos puntos de vista. Desde nuestra perspectiva, no es sostenible que las sanciones administrativas frente a las penales sean siempre menos graves, con independencia de que se adopte una perspectiva subjetiva u objetiva, un enfoque concreto o abstracto². Tampoco es posible asumir que el derecho administrativo sancionador sea por necesidad más ágil o eficaz que el derecho penal. Por último, pondremos de relieve que si bien es cierto que las características del derecho administrativo sancionador imponen, en ocasiones, un menor nivel de determinadas garantías, dicha

¹ Véase, no obstante, una relación de autores que se pronuncian a favor de la igualdad de garantías, en José Cid Moliné, “Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública* 120 (1996): 133, 136 (n. 7), 136-137 (n. 9) (véase su defensa de la tesis diferenciadora, sobre todo en pp. 136-137). Particularmente significativo, Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed. (Madrid: Civitas, 2001), 151-152. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, Lozano Cutanda sostiene que existe una relación entre el rigor en la exigencia de tales garantías constitucionales y la gravedad de la sanción a imponer. Blanca Lozano Cutanda, “La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: Aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 11 (1997): 61 y ss. y especialmente p. 66, si bien la propia autora señala que tales principios “solo podrán atenuarse, nunca suprimirse”.

² Critica la correlación entre gravedad y garantías Pablo Rando Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 113 y ss.

afirmación no puede generalizarse, de forma que, en otras ocasiones, puede ser preciso incluso un mayor nivel de garantías en esta última rama del derecho³.

1.2. La discutible menor gravedad del derecho administrativo sancionador

1.2.1. Perspectiva subjetiva

Desde un punto de vista subjetivo, cuando se comparan sanciones y penas heterogéneas, no tiene sentido vincular la disminución de garantías a una hipotética menor gravedad de las sanciones administrativas, en la medida en que dicha gravedad no es siempre objetivamente medible, puesto que se trata de un juicio que tan solo puede emitir el individuo que las ha de padecer⁴. Resulta significativo considerar determinadas sanciones administrativas, incluso enfrentándolas a la pena de prisión⁵. Así, por ejemplo, dentro del derecho disciplinario⁶ resulta significativa la separación del cargo —por su carácter definitivo—.

³ Me parece particularmente significativa la idea según la cual “todos los esfuerzos del derecho penal moderno propugnando el máximo de libertad para el individuo y el mínimo de intervención del Estado [...] resultan baldíos, si después el propio ordenamiento permite la existencia de áreas de coincidencia con otro poder estatal, que puede aplicar las misma conducta con técnicas menos rigurosas”. Antonio Muñoz Quiroga, “El principio *non bis in idem*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 45 (1985): 133. No entramos en este trabajo a analizar cómo incluso se propugna un derecho penal de dos velocidades o un derecho de intervención (*Interventionrecht*) a camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Sobre ambos fenómenos, por todos, permítasenos remitirnos a Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador: Parte general* (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017), cap. 1.3.

⁴ Véase un punto de vista diferente al del texto en Cid Moliné, «Garantías...», 136 y ss. Sin embargo, no podemos compartir el planteamiento de este último autor que justifica un menor grado de garantías en lo que a las sanciones administrativas se refiere, enfrentando la pena privativa de libertad y una multa pecuniaria de escasa relevancia, mientras que desecha la comparación entre otras sanciones, en que la diferencia resulta mucho más cuestionable.

⁵ Defiende Silva Sánchez que la consideración del texto no se sostiene en términos del sistema normativo, aludiendo a la copiosísima literatura sobre la prisión y a que el artículo 25.3 de la Constitución española sustrae a la Administración la posibilidad de imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad (*La expansión...*, 152, n. 361). Tiene razón si se adopta una perspectiva formal que considere el derecho hoy vigente en España; no obstante, la discusión más bien tiene que ver con un punto de vista material. Tampoco puede olvidarse que en otros países de impecable democracia como Alemania, sí que cabe que una sanción administrativa suponga subsidiariamente una pena de prisión.

⁶ Incluimos ahora, sin más, el derecho disciplinario en el derecho administrativo sancionador, en la medida en que resultaría un exceso abordar la compleja relación entre ambos.

Fuera del derecho disciplinario, nos parecen particularmente aflictivas la prohibición de contratar con la Administración o la inhabilitación o la suspensión para el ejercicio de una profesión, oficio, empleo o cargo, entre otras. En una sociedad en que el trabajo representa un bien muy escaso, la pérdida del derecho a trabajar puede ser para algunos individuos tan grave o más que la pérdida del derecho a la libertad ambulatoria. Es cierto que la práctica totalidad de ciudadanos estarían de acuerdo en que una pena de prisión en su zona más alta, las de mayor duración, es el mecanismo punitivo más aflictivo, incluso superior a la pérdida del puesto de trabajo. Sin embargo, la idea no se presenta tan clara en su zona inferior. Aquí resulta difícil hacer afirmaciones tan generales. No cabe duda de que un significativo porcentaje de sujetos preferiría una restricción de su libertad ambulatoria por un tiempo reducido que la pérdida, definitiva o no, de los medios de los que dispone para garantizarse su sustento, sean estos su puesto de trabajo —como ocurre con la separación del servicio en el caso del derecho disciplinario de funcionarios—, su habilitación para el desarrollo de una profesión u oficio, o de sus posibilidades de contratación con las administraciones públicas. Incluso, si bien de forma más excepcional, habría siempre quien, de tener la posibilidad, optaría por una pena privativa de libertad no demasiado amplia, antes que hacer frente a una fuerte sanción pecuniaria, al traslado forzoso con cambio de residencia o a la expulsión del territorio nacional (dejamos aquí de lado la concreta configuración positiva de esta última medida, así como su naturaleza)⁷.

1.2.2. Perspectiva objetiva

Tampoco objetivamente es posible sostener que las penas son siempre más graves que las sanciones administrativas. Los argumentos son múltiples.

Si se comparan las sanciones heterogéneas y se incluye la pena de prisión, esta no es siempre y en todo caso más grave que cualquier sanción administrativa. No puede obviarse que, por el mecanismo de la suspensión, las penas privativas de libertad puede que no se lleguen a ejecutar, por lo que quedarían materialmente en nada, salvo en el llamado, y muy cuestionable, “estigma”⁸. Nada diverso puede decirse en los casos de ejercicio del principio de oportunidad penal, allá donde exista. Además, no puede olvidarse que, en ocasiones, la Administración posee instrumentos punitivos muy agresivos de los que no dispone el derecho penal. Ello ocurre, por ejemplo, con la publicación de listas de infractores (sanción que normalmente permanece al margen del derecho penal)⁹.

⁷ La perspectiva subjetiva no puede dejar de considerarse en sistemas, como el español, en que en otro contexto, cara a la determinación de la ley penal más favorable en el ámbito de la aplicación retroactiva de la ley penal, el artículo 2.2 del Código Penal dispone que debe oírse al reo.

⁸ Véase la crítica que nos merece tal idea en Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho...*, cap. 2.6.

⁹ En España ocurre, por ejemplo, en derecho del consumo y en la Ley de Transparencia.

Cuando se comparan sanciones y penas homogéneas, entre las que sí objetivamente es posible establecer una escala de gravedad —por ejemplo, cuando de multas penales y administrativas se trata—, ha de ponerse en duda que siempre las penas criminales sean más graves. Al respecto cabe hacer varias consideraciones.

Como punto de partida, en los países de nuestro entorno jurídico y cultural, a excepción de la ya analizada pena de prisión, la Administración utiliza la totalidad de instrumentos represivos de los que goza la jurisdicción, identidad que es plena cuando del derecho sancionador de las personas jurídicas se trata¹⁰.

Asumiendo lo anterior y utilizando un enfoque general y abstracto, es claro que en numerosas ocasiones las sanciones administrativas, y sobre todo las multas, pueden ser exorbitantes, en la práctica incluso imposibles de alcanzar con el derecho penal —basta con observar las multas impuestas a sociedades por las autoridades encargadas de la defensa de la competencia—¹¹, en particular si se tiene en cuenta que en el seno de esta última rama del derecho existen penas leves que poseen un discutible efecto preventivo.

En cualquier caso, y utilizando un enfoque concreto, existen entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador duplicidades considerables a nivel de tipicidad. Dejando de lado en este momento los criterios para delimitar unas y otras, lo cierto es que en ocasiones, por un defecto de técnica legislativa, a pesar de ser las conductas punibles idénticas, la pena criminal es más leve que la sanción administrativa¹². Obviamente, ello lleva a una conclusión paradójica: al ciudadano, en ocasiones, le interesa más la respuesta punitiva penal que la administrativa, ya que esta última acumula dos cargas, cuales son más sanción y menos garantías.

La conclusión que se desprende de lo expresado se impone por sí misma: no tiene sentido que, pudiendo ser las sanciones imponibles por el derecho administrativo más graves objetiva y subjetivamente que las penales, se relajen las garantías esenciales de rango constitucional más allá de lo que por la propia naturaleza y dinámica del fenómeno se requiere.

¹⁰ Véase, no obstante, Manuel Casino Rubio, *El concepto constitucional de sanción administrativa* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018), especialmente pp. 160 y ss.

¹¹ Véase, por todos, Lozano Cutanda, «Tensión...», 56.

¹² Algún ejemplo puede verse en Manuel Gómez Tomillo, “La protección de los consumidores por medio de la represión: Derecho penal, derecho administrativo sancionador y daños punitivos”, en *Fraude de consumidores y derecho penal*, dir. por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (Madrid: Edisofer, 2016), 41-69.

1.3. Las cuestionables razones de agilidad y eficacia

Rechazado que el derecho administrativo sancionador deba ir acompañado de una disminución de garantías basada en una sedicente menor gravedad, tampoco compartimos construcciones alternativas que apoyan dicha reducción de garantías en razones de agilidad y eficacia¹³.

Asumimos que una disminución de garantías por lo habitual se traducirá en una mayor agilidad. Obviamente en un mundo en el que no se diera trámite de audiencia al administrado, la rapidez en resolver sería muy superior. Si no hay garantía de jurisdiccionalidad, la agilidad es entonces suprema¹⁴. Es cierto, asimismo, que no tiene lógica que la Administración reproduzca en iguales términos el proceso penal, porque entonces perdería sentido otorgar potestad sancionadora a la Administración. Para ese viaje ya está el Poder Judicial y no es precisa ninguna excepción al principio de separación de poderes. Sin embargo, por un lado, tampoco es cierto que el procedimiento administrativo sea siempre y en cualquier caso más ágil que el penal: baste comparar un complejo procedimiento sancionador administrativo en materia de competencia con un procedimiento penal por delito leve. Además, no puede olvidarse que el derecho administrativo sancionador implica la presencia de dos fases, la administrativa y la jurisdiccional, lo que puede implicar una complicación de las cosas y una duración superior a la característica del procedimiento penal¹⁵. Por otro lado, que la rapidez procesal deba primar sobre la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos no me parece una reflexión perspectiva compartible.

De igual forma, no estaría de acuerdo en que la disminución de garantías se deba a razones de *eficacia*, que es la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Lo que se

¹³ Por todos, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, “Penas y administraciones”, en *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al profesor Dr. He Mult. Loreno Morillas Cueva*, coord. por José María Suárez López y otros, tomo 1 (Madrid: Dykinson, 2018), 365.

¹⁴ Lo que no es solo ciencia ficción: Kenia Margarita Espinosa Velázquez, “Los actos sancionadores de la administración pública en materia agraria: Consideraciones en relación a su control”, *Revista de la Facultad de Derecho* 17 (julio-diciembre 2019).

¹⁵ Es en particular significativa la crítica que efectúa Faraldo Cabana al proceso de transformación de faltas en infracciones administrativas sobre la base de una supuesta mayor agilidad del procedimiento administrativo sancionador: los datos no avalan esa tesis. Patricia Faraldo Cabana, *Los delitos leves* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 63-64, donde se alude a la duración media de los procedimientos penales y administrativo sancionadores. En términos semejantes, con algún dato de derecho comparado, Rando Casermeiro, *Distinción...*, 392 y ss.

espera de la potestad sancionadora administrativa es la protección de bienes jurídicos¹⁶. Desde dicha perspectiva, nos preguntamos qué ventaja se obtiene al emplear un estándar de prueba inferior al penal; por qué es más eficaz una taxatividad disminuida, y a quién beneficia hacer la vista gorda ante un doble procedimiento o sanción, entre otros ejem-

¹⁶ La idea según la cual el derecho administrativo sancionador protege bienes jurídicos se encuentra reconocida ampliamente. Así puede verse, en España, en la doctrina penalista, por ejemplo, Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho penal: Parte general* (Madrid: Civitas, 1977), 3; Fernando Navarro Cardoso, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del derecho penal* (Las Palmas de Gran Canaria: Colex, 2001), 74 y *passim*; Juan Antonio Lascuráin Sánchez, “Por un derecho penal solo penal: Derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrativo sancionador”, en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Madrid: Civitas, 2005), 618; Bernardo José Feijoo Sánchez, “Sobre la ‘administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’: Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional* 19 (2007): 155.

En la doctrina administrativista, entiendo que esa es la posición de Manuel Izquierdo Carrasco y Manuel Rebollo Puig, “El régimen de infracciones y sanciones”, en *Comentario a la Ley General de subvenciones*, coord. por Germán Fernández Farreres (Madrid: Civitas, 2005), 597-702, quienes afirman que las infracciones administrativas requieren de antijuridicidad material, esto es, de conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, siquiera en peligro abstracto; José Suay Rincón, *Sanciones administrativas* (Bologna: Real Colegio de España, 1989), 100; Ángeles de Palma del Teso, “La culpabilidad”, *Justicia Administrativa*, número extraordinario (2001): 30; Iñaki Lasagabaster Herrarte, *Ley de la potestad sancionadora: Comentario sistemático* (Madrid: LETE, 2006), 183; Daniel Entrena Ruiz, *El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador* (Madrid: Civitas, 2006), 133; sostiene A. Huergo Lora, “la Administración (y por tanto, el derecho administrativo sancionador) protege los bienes jurídicos de interés general, y a su vez el derecho penal protege la Administración” (Alejandro Huergo Lora, *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2007, 139). Entre los tributaristas, véase César García Novoa, “El principio de personalidad en el ordenamiento sancionador tributario”, en *Temas de derecho penal tributario*, coord. por César García Novoa y Antonio López Díaz (Madrid: Marcial Pons, 2000), 31; Juan Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias: Los principios constitucionales del derecho sancionador* (Madrid: Civitas, 1992), sobre todo 39 y ss. y 60 y ss.; Consuelo Fuster Asencio, *El procedimiento sancionador tributario* (Madrid: Arazandi, 2001), 32.

En la literatura en lengua no española, la idea es frecuentísima tanto en penalistas como en administrativistas; así, entre otros muchos, véase Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general* (Madrid: Civitas: 2011), § 2, 14; Albin Eser, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten* (Würzburg, 1961), especialmente 88-90. Erich Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 16.^a ed. (Munich, 2012), vor § 21, 5; M. Delmas-Marty, “Die juristischen und praktischen probleme der Unterscheidung von kriminellen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht”, *ZStW* 98 (1986): 794; Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, 2.^a ed. (San Pablo: Revista Dos Tribunais, 2006), 150, 151 y ss.

plos de disminución de garantías imaginables. En todos los casos, se allana el camino a la sanción, pero ¿se traduce ello en una mayor protección de los bienes jurídicos objeto de tutela?¹⁷. Obviamente hay quien sostiene posiciones diversas en cuanto a la finalidad del derecho administrativo sancionador y este no es espacio idóneo para discutirlo¹⁸. Pero incluso si se mantienen puntos de vista distintos a los nuestros, nos cuesta aceptar que un menor nivel de garantías se traduzca en forma automática en una mayor eficacia. En cualquier caso, reiteramos que entender que debe primarse la eficacia administrativa sobre los derechos individuales no nos parece asumible en un Estado democrático de derecho. Debe recordarse que la Administración goza de una capacidad de afectar a derechos y bienes, vida y patrimonio de los ciudadanos, que en muchas ocasiones desborda a la del derecho penal. En tales términos, no podemos asumir que una discutible eficacia permita disminuir garantías ciudadanas esenciales, constatado que la historia del *ius puniendi* es con mucha frecuencia una de abuso del poder público.

Obviamente lo expresado no implica por necesidad que el derecho penal sea siempre y en todo caso más eficaz que el derecho administrativo sancionador en la tutela de bienes jurídicos —aunque pueda serlo—, ni a la inversa —y, en ocasiones, así es—¹⁹. Esa eficacia

¹⁷ Constata la ausencia de estudios empíricos sobre la mayor eficacia del derecho administrativo sancionador, Rando Casermeiro, *Distinción...*, 124, si bien subraya, por un lado, la mayor eficacia preventiva general del derecho penal, lo que, por otro, no ha de traducirse en una masiva incorporación de infracciones administrativas a este último sector (p. 128).

¹⁸ Conocida es la posición de Silva Sánchez, para el que el derecho administrativo sancionador, por el contrario, persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad, esto es, reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial, es el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración. *Expansión...*, 125-126.

¹⁹ El derecho comparado pone de relieve modelos interesantes de intervención punitiva administrativa, en campos por lo general reservados a ese último, como es el de la corrupción, seguramente por la constatación de que el derecho penal no está siendo razonablemente eficaz, por múltiples razones que desabordan este trabajo, como el colapso del Poder Judicial por el exceso de asuntos, la existencia de corrupción en el mismo sistema judicial o en la fiscalía, el abusivo ejercicio del principio de oportunidad procesal o los defectos del ordenamiento penal y procesal. En este contexto, merece la pena destacar el ahora declarado inconstitucional modelo peruano. En este país se otorgó competencias punitivas a la Administración, en concreto a la Contraloría General de la República, para sancionar conductas ampliamente coincidentes con las figuras de delito. Véase la Ley 29.622, que modifica la Ley 27.785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, desarrollada por medio del Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (Decreto Supremo 023-2011). Basta echar un vistazo al catálogo de infracciones previsto en las normas citadas para darse cuenta de que coinciden de manera amplia con el catálogo de delitos previstos en el Código Penal peruano, en particular en materia de corrupción. Ello determinó la incoación y culminación de cientos de procedimientos administrativo-sancionadores —por mucho que se hablase de “responsabilidad administrativa funcional”— por hechos con relevancia típicamente penal. No juzgamos como incompatible con principios constitucionales esenciales dicho sistema, en la medida en que el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría dispone: “La imposición de las sanciones *no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar*”, esto es, la propia ley autoriza la acumulación de dos sanciones —cuestión diversa es que se pudieran acumular hasta tres procedimientos, lo cual nos parece si duda desproporcionado—. El sistema, no obstante, en la actualidad ha hecho crisis por razones diversas a la problemática que nos ocupa, vinculadas al principio de taxatividad y a la reserva de ley, cuyo detalle no procede examinar aquí (véase la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente 00020-2015-PI/T).

depende de un conglomerado de datos, cuya complejidad no puede ser aquí abordada en forma razonable (control de la cifra negra, cantidad y calidad de la sanción, efectiva ejecución, agilidad procedimental, etcétera). En cualquier caso, sí que creemos que en el derecho administrativo sancionador la tensión no es tanto entre eficacia y garantías²⁰ —lo más eficaz en términos preventivo-generales para la tutela de bienes jurídicos sería la imposición de gravísimas penas de prisión para toda infracción—²¹, cuanto entre agilidad y garantías.

Descartado que agilidad y eficacia sean las razones por las que se otorga la potestad de sancionar a la Administración, quedan en el aire los motivos por los que existe aquella. La cuestión no puede ser aquí abordada, pero apuntamos dos. Por una parte, por la incapacidad de la jurisdicción penal para absorber toda la masa de ilícitos que se cometen en las sociedades contemporáneas. Por otra, por razones de especialidad.

1.4. El incremento de garantías en derecho administrativo sancionador frente al derecho penal

Hemos dicho que las garantías operativas en el derecho administrativo sancionador, en ocasiones, son, o han de ser, superiores a las propias del derecho penal. Podemos referirnos, sin ánimo de exhaustividad, a algunos de ellos.

Un primer campo es del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en especial cuando se trata de entradas y registros para la investigación de infracciones administrativas²². Asumiendo que no cabe renunciar a dicha medida —por ejemplo, ello es patente en las investigaciones contra prácticas incompatibles con la competencia—, lo razonable es entender que, al ser tan incisivas para los derechos fundamentales, requieren ser adoptadas con garantías incluso superiores a las comúnmente aceptadas en derecho procesal penal. Así, el juez a la hora de autorizar tal entrada y registro deberá ser en particular cuidadoso, más que si de un delito se trata, porque se va sacrificar el derecho a la inviolabilidad del domicilio para la investigación de una infracción, en principio, de menor entidad. Así, por ejemplo, la resolución de autorización debe estar particularmente motivada, debe haber indicios, muy poderosos de ilícito, la infracción debe ser especialmente grave, etcétera.

²⁰ Por todos, Lozano Cutanda, “La tensión...”, especialmente 52-53.

²¹ Procede la clásica cita de Bettiol, de que en las teorías preventivo-generales hay un “trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos”. Giuseppe Bettiol, *Diritto penale*, 8.^a ed. (Padua: Cedam, 1973), 700.

²² Sobre la materia, ampliamente, véase Manuel Gómez Tomillo, *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados: Artículo 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas* (Madrid: Aranzadi, 2019), *passim*.

En segundo lugar, se encuentra el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telemáticas. En su mayoría se estima que con ocasión de la investigación de infracciones administrativas hay una prohibición absoluta de intervenir tales comunicaciones. Dos razones, al menos, apoyan tal criterio. De un lado, debe tenerse en cuenta que el sujeto que padece la intervención de sus comunicaciones desconoce que está siendo sometido a una investigación; por consiguiente, su intimidad personal se ve sometida a examen de forma casi ilimitada sin que se tenga conciencia de ello. De otro, a diferencia de la medida de entrada y registro en domicilio con ocasión de la investigación administrativa, la intervención telefónica o electrónica, por lo general ocurre a lo largo de periodos de tiempo más o menos prolongados, mientras que el permitido registro es una medida que podría calificarse como de tracto único, al cursar con unidad de acto²³.

En tercer lugar, tampoco parece que se pueda sacrificar la intimidad, sin más, de los ciudadanos para la persecución de infracciones administrativas, por lo que para su investigación se prohíbe —o limita— el uso de técnicas de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos. Tales técnicas, sin embargo, están permitidas en derecho procesal penal²⁴.

En cuarto lugar, merece una consideración diferenciada el derecho a la libertad, en la medida en que las sanciones administrativas no pueden implicar una privación de tal derecho, lo que supone un nivel de garantías del ciudadano asociado al derecho administrativo sancionador superior al característico del derecho penal, el cual, obviamente, sí prevé dicha clase de sanciones²⁵. Asimismo, en igual contexto, no cabe la detención por infracción administrativa.

²³ Véase, no obstante, la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de septiembre de 2010, Sala Tercera, en cuanto a la posibilidad de interceptación de telecomunicaciones por infracción administrativa; sobre el particular en la literatura, véase Rebollo Puig, “La actividad inspectora”, 86; David Blanquer Criado, *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 155 y ss.

²⁴ En España, véanse los artículos 588 quater a) y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁵ Aunque lo más habitual es proclamar que las sanciones administrativas no pueden conllevar ni siquiera de manera subsidiaria una privación de libertad, lo cierto es que en ordenamientos democráticos el impago de la sanción de multa sí puede determinar tal privación de libertad; al respecto, véase § 96 OWiG alemana, reguladora de lo que se conoce como *Erzwingungshaft* y cuya constitucionalidad ha sido avalado por el *BVerGE*; sobre el particular, por todos, Wolfgang Mitsch, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Auf., 2006, § 96, 4.

Por último, en fin, es posible referirse a la garantía de prescriptibilidad, vinculada a diversos derechos de carácter fundamental²⁶. Mientras que en derecho penal se acepta la posibilidad de que algunas figuras no prescriban —y es fácil detectar la tendencia a aumentar tal grupo de delitos—²⁷, sin embargo, es más que cuestionable que fuese posible hacer lo mismo en el derecho administrativo sancionador²⁸.

²⁶ En la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2001 del 17 de marzo, fundamento jurídico 7, luego muy citada, se lee: “Ciertamente, no obstante tratarse de una institución que encuentra fundamento también en principios y valores constitucionales (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3), la Constitución no establece imperativamente un determinado régimen de prescripción de las infracciones penales, ni tan siquiera impone su propia existencia, pese a que hemos declarado en la citada resolución que ‘sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas’. Dijimos, por ello, que es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso *Coëme con Bélgica*, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción de las infracciones. Y es en este sentido, en relación con el legislador, en el que puede afirmarse, sin riesgo de confusión, que la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución. Su establecimiento no merma el derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings con Reino Unido*, § 46 y ss.), ni las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo o causas de interrupción) afectan, en sí mismas, a derecho fundamental alguno de los acusados”.

²⁷ En Chile, por todos, véase sobre la cuestión Carlos Cabezas Cabezas, “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores», *Revista de Derecho* 32, n.º 1 (2019): 275 y ss.; en España, por todos, véase Nuria Torres Rossel, “A vueltas sobre la prescripción penal y la imprescriptibilidad del delito”, en *Represión penal y estado de derecho: Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, coord. por Fermín Morales Prats, Josep Maria Tamarit Sumalla, Ramón Miguel García Albero y Gonzalo Quintero Olivares (Madrid: Arazandi, 2018), 491 y ss.

²⁸ En un asunto semejante, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos declaró que la omisión de prever plazos de prescripción de infracciones disciplinarias es incompatible con el Comité Europeo (véase la sentencia del 9 de enero de 2013, caso *Oleksandr Volkov con Ucrania*, § 139). Es ilustrativo el voto particular de A. Asua Batarrita a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2012, del 19 de marzo, dictada en el marco de sanciones administrativas, en el que se lee que el *ius puniendi* que no puede ser “temporalmente indefinido respecto del momento de los hechos sancionables ni respecto de las sanciones impuestas, la delimitación del marco temporal a tales efectos debe asegurar la certeza de su transcurso, no solo teórica, sino también efectivamente”. En general, en el sentido del texto, véase Tomás Cano Campo, “La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del *ius puniendi* de la Administración”, *Revista General de Derecho Administrativo* 31 (2012), especialmente 23-24; Rafael Caballero Sánchez, “Prescripción de infracciones y sanciones”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, dir. por Blanca Lozano Cutanda (Madrid: Iustel, 2010), 641.

Desde otra perspectiva, en ocasiones se han puesto de manifiesto las dudas que suscita el hecho de que las sanciones administrativas se rodeen de unas garantías mayores que otros actos administrativos, que resultan más gravosos para los ciudadanos²⁹. El planteamiento es, ciertamente, sugerente y no puede ser obviado. Sin embargo, entendemos que la explicación radica en una de las notas específicas de las sanciones penales y administrativas, las cuales no solo son objetivamente afflictivas, como otros actos administrativos, sino que también lo son de manera subjetiva, esto es, con ellas se pretende con intencionalidad causar un mal. De la conjunción de ambos factores, objetivos y subjetivos, derivan especiales necesidades garantistas, en especial si se considera que la historia del *ius puniendi* ha sido con frecuencia la historia del abuso del poder público. El que *de facto* otras consecuencias jurídicas no lleven aparejadas garantías semejantes, no quiere decir que las sanciones —penales o administrativas— no deban llevarlas. Formulado de otra forma, el hecho de que las sanciones deban llevar aparejadas determinadas garantías es perfectamente compatible con que otros actos administrativos no punitivos también deban ser sometidos a principios garantistas. La determinación de cuáles deban ser estos últimos es algo que solo puede ser discutido en contacto con la medida específica a la que nos referimos, al tiempo que desborda el marco específico de este trabajo, por lo que aquí no podemos ir más lejos. En cualquier caso, al ser cierto que puede haber actos administrativos más gravosos que las sanciones administrativas, también lo es que hay actos administrativos más gravosos que algunas penas criminales, y no por ello debe reducirse el nivel de garantías asociado a tales sanciones penales.

2. LA APLICACIÓN CON Matices DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, FASE ADMINISTRATIVA

2.1. Introducción

Desde su primera jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español declaró que “ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos

²⁹ Véase, por todos, Tomás Cano Campos, “El concepto de sanción y los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador”, en *Derecho administrativo y derecho penal: Reconstrucción de los límites*, dir. por Felio J. Bauzá Martorell (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 208.

matices, al derecho administrativo sancionador”³⁰.

Pocas ideas del Tribunal han tenido un impacto tan notable más allá de las fronteras nacionales y, en especial, en toda Iberoamérica. Es probable que el expresado es un punto de

³⁰ Sentencia 18/1981, del 8 de junio de 1981, fundamento jurídico 2. La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tema, señalando que “los principios enunciados en el párrafo 2 (artículos 6-2) y 3 (a saber los incisos a, b y d) [de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican *mutatis mutandis* a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso primero (artículo 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal” (cfr., *inter alia*, Eur. Court. H.R., *Albert and Le Compte* judgment of 10 February 1983, Series A no. 58, para. 39). Como es conocido, en la sentencia del TEDH del 8 de junio de 1976, caso *Engel*, especialmente párrafo 82, referido a un asunto de carácter disciplinario ya estableció la autonomía del concepto de “materia penal” que aparece entre las garantías del artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos de 1950. No es suficiente con que un Estado califique una determinada materia como disciplinaria para excluir la aplicación de dichas garantías, para evitar que mediante la simple decisión de etiquetar de una determinada forma afecte a dichas garantías. Precisamente con cita de la anterior resolución, y singularmente a raíz del caso *Oztürk* del 21 de febrero de 1984, se insiste en tres criterios que se repiten con posterioridad para decidir si hay o no tal “materia penal” desde la perspectiva del convenio: “50. Having thus reaffirmed the ‘autonomy’ of the notion of ‘criminal’ as conceived of under Article 6 (art. 6), what the Court must determine is whether or not the ‘regulatory offence’ committed by the applicant was a ‘criminal’ one within the meaning of that Article (art. 6). For this purpose, the Court will rely on the criteria adopted in the above-mentioned *Engel* and others judgment (ibid., pp. 34-35, § 82). The first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6 (art. 6), to the ordinary meaning of the terms of that Article (art. 6) and to the laws of the Contracting States”. Dichos criterios se han repetido posteriormente en otros asuntos, en los que se subraya que los dos últimos criterios son alternativos y no necesariamente cumulativos, entre otros muchos, *Casos Jussila con Finland*, del 23 de noviembre de 2006, párrafos 30 y 31; *Menarini Diagnostics s.r.l. con Italia*, 27 de septiembre de 2011, asunto 43509/08; *Flisar con Eslovenia*, sentencia del 29 de septiembre 2011, asunto 3127/09. Tales criterios han sido asumidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, véase, por ejemplo, las sentencias del 5 de junio de 2012, *Bonda*, C 489/10, EU:C:2012:319, apartado 37, y de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C 617/10, EU:C:2013:105, apartado 35; de 20 de marzo de 2018, *Luca Menci*, asunto C-524/15-, párrafo 26. A la jurisprudencia de la Corte Interamericana nos referiremos *infra*.

vista que acoge en términos muy próximos el propio Tribunal Constitucional del Perú³¹, de Chile³² o Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina³³, entre otros.

Pese a que la idea misma no ha resultado demasiado cuestionada, lo cierto es que su alcance sí que ha estado rodeado de controversia. En el presente trabajo pretendemos analizar cuáles son los “principios inspiradores del orden penal” aplicables al derecho administrativo sancionador, en qué consisten esos matices, qué principios no son susceptibles de ser matizados —y que constituirían, pues, un estándar común mínimo— y, por fin, ofrecer una referencia relativa a los que sí pueden ser matizados.

2.2. Los “principios del orden penal”

Seguramente la idea de que los principios garantistas del orden penal son aplicables —con matices— al derecho administrativo sancionador requiera, al menos, tres precisiones.

En primer lugar, es claro que los “principios del orden penal” incluyen tanto los característicos del derecho penal, como los propios del derecho procesal penal.

³¹ Véase, por ejemplo, expediente 2050-2002-AA/TC, fundamento 12; expediente 01873-2009-PA/TC, fundamento II.

³² La sentencia rol 211, del 26 de agosto de 1996, afirma: “Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado” (considerando noveno). En la sentencia rol 7558-2013 del 6 de marzo de 2014, considerando decimotercero: “La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el *ius puniendi* del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativa”. Se trata de un punto de vista que ha ganado fuerza (véase los roles 46, 211, 437, 479 y 480), citados por Héctor Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal* 5, n.º 9 (julio 2010), n. 23. En general, véase Eduardo Cordero Quinzacara, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 42 (julio 2014), *passim*.

³³ Caso *Losicer*, una resolución de 26 de junio de 2012, en un asunto en el que una sanción se demoró casi 20 años desde la comisión de los hechos hasta la imposición de la sanción. Véanse los considerandos sexto y ss.

En segundo lugar, nos referimos a aquellos de rango constitucional³⁴, que se traducen en derechos fundamentales positivizados y que resultan consustanciales a dicho orden³⁵. En otros términos, no todo principio del derecho penal es operativo, sin más, en el derecho administrativo sancionador. Resulta ilustrativo poner de relieve que entre los principios que suscitan un amplio consenso en nuestra comunidad jurídica como propios del derecho penal, se encuentran los de carácter político-criminal, por ejemplo, el principio de

³⁴ En la literatura administrativista, Alejandro Nieto propugna establecer una teoría de las fuentes que vaya, verticalmente, desde el derecho constitucional del Estado al derecho administrativo y no horizontalmente —del derecho penal al derecho administrativo—, que es lo que, sostiene, se está haciendo en estos momentos. Así, en una idea que viene gozando de cierto predicamento entre los administrativistas, se sostiene que los principios del derecho administrativo sancionador, más que los principios del derecho penal se subordinan a los propios del derecho punitivo del Estado —véase su Prólogo a Joan Manuel Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos* (Madrid: Marcial Pons, 1992), 9, haciendo referencia al derecho disciplinario; en igual sentido se manifiesta en Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho...*, sobre todo 26 y ss., 32, 86, 191 y *passim*; véase, asimismo, Belén Marina Jalvo, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos* (Valladolid: Lex Nova, 2006), 108, en que se proporciona alguna referencia ulterior—. Se trata de una idea que, de forma independiente, pero próxima, aparece en otros autores. Juan Antonio Lascuráin sostiene que las garantías democráticas del derecho sancionador no proceden del derecho penal, sino de los valores comunitarios plasmados en la Constitución —Lascuráin Sánchez, “Por un derecho..”, 615; Lascuráin Sánchez, “Penas y administraciones”, 354, en que se sostiene que derecho penal y derecho administrativo sancionador no son padre e hijo, sino hermanos de un mismo padre constitucional, con un ADN casi coincidente—. Se trata de ideas comunes: por ejemplo, en Italia, donde hay quien habla de un auténtico subsistema penal que formaría parte de una categoría dogmática superior, cual sería el ilícito de derecho público que comprendería tanto al penal como al administrativo en sus diversas formas, y que se contrapondría al ilícito civil —Marco Siniscalco, *Depenalizzazione e garanzia* (Bologna: Il Mulino, 1983), 24 y 150—. En sentido semejante, Pietro Nuvolone, en el contexto de las consecuencias jurídicas, sostenía que pena e infracción administrativa no son más que *species* de un *genus* común, las sanciones punitivas: Pietro Nuvolone, “Depenalizzazione afferente a norme sostanziali”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1969): 63 y ss. Tales criterios, entiendo, tienen un valor más clasificatorio que material, pero, en todo caso, nos parecen perfectamente asumibles.

³⁵ Sobre los principios jurídicos, véase, por todos, la obra de Margarita Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos* (Madrid: Civitas, 2010), 143 y ss. y 171 y ss., en cuyos detalles no nos podemos detener.

intervención mínima, articulado en el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* y en el de fragmentariedad³⁶. Sin embargo, es dudoso, bien que se puedan extrapolar al derecho administrativo sancionador (en especial el de fragmentariedad)³⁷, bien que sea relevante su aplicación en este contexto. Seguramente, una consideración diferenciada merezcan el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (*nulla poena sine necessitate*)³⁸ y el de humanidad de las penas³⁹. Aunque aceptamos que se proyectan sobre el derecho administrativo sancionador, parece claro que aquí poseen una significación menor⁴⁰.

³⁶ Por todos, Santiago Mir Puig, “Sobre el principio de intervención mínima”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 12 (1987): 243 y ss. En este contexto, el principio de subsidiariedad implica que el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el derecho penal —el derecho civil, el administrativo, incluso la política social— antes de acudir a este que solo deberá intervenir cuando aquellos se hayan mostrado ineficaces. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 473. Por su parte, el carácter fragmentario del derecho penal significa que no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Véase Santiago Mir Puig, *Derecho penal: Parte general* (Buenos Aires: B de F, 2015), 4, III, 47 y ss.; del mismo, *Introducción a las bases del derecho penal* (Montevideo: B de F, 1976), 124 y ss. Sobre tales principios y su proyección en el problema que nos concierne, ampliamente, Rando Casermeiro, *La distinción...*, 159 y ss., 374 y ss.; Cano Campos, “El concepto...”, especialmente 224.

³⁷ No obstante, resulta interesante constatar que en el derecho administrativo sancionador se mantiene igual punto de vista. Así, Nieto señala que “la sanción es la *ultima ratio* del Estado, quien solo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones”. Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid: Tecnos, 1993), 29-30.

³⁸ Por todos, Mercedes Alonso Álamo, “Bien jurídico penal: Más allá del constitucionalismo de los derechos”, en *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos* (Madrid: Dykinson, 2014), 64 y ss., quien lo conecta con el principio de proporcionalidad.

³⁹ Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal* (Granada: Comares, 2003), § 4, III.

⁴⁰ Resulta evidente la conculcación frecuente del principio de intervención mínima, lo que implica incurrir en múltiples riesgos, como el de banalización del derecho punitivo y la correlativa pérdida de eficacia preventiva, si bien no por ello, automáticamente, se incurre en inconstitucionalidad, sino en los supuestos de reacción desproporcionada. En palabras del Tribunal Constitucional, en la sentencia 161/1997, del 2 de octubre, fundamento jurídico 11: “Respecto del canon para determinar la proporcionalidad de un precepto basado en el argumento de ‘la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada’, ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional ‘tiene un alcance y una intensidad muy limitadas’, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido, pues ‘solo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento’ (sentencia 55/1996, fundamento jurídico 8). Las medidas alternativas han de ser, pues, palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada”.

En tercer lugar, conviene poner de relieve que hablamos de igualdad de principios, no de identidad de las reglas que cursan a nivel de legalidad ordinaria⁴¹. Nadie ha propugnado que la regulación positiva de la omisión, la tentativa, la autoría y la participación, el concurso, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, etcétera, deban ser las mismas en derecho penal y administrativo sancionador —de hecho, tampoco se aplican de manera uniforme dentro del propio derecho penal—. De igual modo, parece claro que carece de sentido propugnar una identificación entre las normas propias del derecho procesal penal y las del procedimiento administrativo sancionador. Ello implicaría una reproducción por parte de la Administración del proceso jurisdiccional, con lo que se perderían, en alta medida, las ventajas de atribuir potestad sancionadora a aquella.

2.3. Criterios de delimitación de los matices

Como se encargó de subrayar García de Enterría, cuando hablamos de matices, debe entenderse que se trata adaptaciones funcionales y no derogaciones de carácter sustancial⁴². De hecho, un *matiz* es conforme a la quinta acepción del diccionario de la Real Academia Española: “En lo inmaterial, grado o variedad que no altera la sustancia o esencia de algo”⁴³. En nuestro caso, pues, matizar es una distinta aplicación del principio que salvaguarda su núcleo, modificando aspectos de naturaleza secundaria. Desde tales premisas, entendemos que dos ideas resultan elementales:

Primero, los matices, como excepción que son, deben ser interpretados de manera restrictiva⁴⁴. De lo contrario, nos encontraríamos con dos excepciones. Por un lado, el ejercicio

⁴¹ Entiendo que en sentido semejante se pronuncia Cordero Quinzacara, “Los principios...”, III, *in fine*. Asimismo, véase Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid: Lex Nova, 2009), 51, que alertan frente a la exageración simplista en la traslación de reglas penales al derecho administrativo sancionador.

⁴² Eduardo García de Enterría, “La incidencia de la constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 29 (1981): 361.

⁴³ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, s. v. “matiz”, <https://dle.rae.es/?w=matiz>.

⁴⁴ En palabras del Tribunal Constitucional español en relación con la reserva de ley en derecho administrativo sancionador, en el ámbito de relaciones de sujeción especial: “No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano” (sentencia 61/1990 de 29 de marzo, fundamento jurídico 8).

de funciones materialmente jurisdiccionales por la Administración. Por otro, el ejercicio de esas funciones materialmente jurisdiccionales y punitivas de forma no limitada.

Segundo, partiendo de lo anterior, tan solo se debe introducir matizaciones cuando esté justificado por las especiales condiciones en las que opera el derecho administrativo sancionador, esto es, considerando la especial condición de quien impone la sanción. De ahí se deduce que los principios y los derechos fundamentales materiales no son matizables, puesto que hay una completa desconexión entre el hecho de que sancione la Administración y tales principios. En otros términos, solo son matizables los principios procesales, esto es, los que regulan el procedimiento que es lo singular en el derecho administrativo sancionador, como consecuencia del hecho de que sea la Administración y no el Poder judicial el que proceda a sancionar⁴⁵.

Desde nuestra perspectiva, ignorar lo expresado implica correr el riesgo de acabar configurando el derecho administrativo sancionador como un reducto autoritario⁴⁶.

2.4. Principios y derechos penales materiales no matizables

Basta la lectura de cualquier tratado de derecho penal solvente para poner de manifiesto la existencia de múltiples principios que se estiman son consustanciales a dicha rama del ordenamiento jurídico. Las clasificaciones son inacabables y no pueden ser abordadas aquí. Descartada la traslación de los principios de naturaleza político-criminal⁴⁷, entendemos que los principios materiales aplicables al derecho administrativo sancionador son el principio de legalidad, el principio *non bis in idem*, el de culpabilidad y el de proporcionalidad⁴⁸. Ninguno de ellos nos parece matizable, puesto que, por un lado, no guardan relación alguna con el hecho de que quien sancione sea la Administración y no el Poder Judicial y, por otro, son consustanciales al Estado democrático de derecho, de forma que este no se concibe sin aquellos.

⁴⁵ De alguna manera entiendo que esa era la opinión de Huerta Tocildo cuando afirmaba de forma especialmente afortunada que entre derecho penal y derecho administrativo sancionador existe una identidad en lo esencial y diferencias en lo accidental o procedimental. Susana Huerta Tocildo, "Ilícito penal e ilícito de funcionarios", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, coord. por José Luis Díez Ripollés (Madrid: Tecnos, 2002), 40.

⁴⁶ La idea aparece también en Rando Casermeiro, *La distinción...*, 431.

⁴⁷ Véase *supra*.

⁴⁸ Materialmente coincide Cordero Quinzacara, "Los principios...", V, si bien con distinto alcance de cada uno de los principios.

Por lo que concierne al principio de legalidad, estimo que no cabe matizarlo⁴⁹. Es más, dado que el derecho administrativo sancionador es primariamente aplicado por un funcionario público cuyo nivel de cualificación jurídica, en abstracto, es inferior a la de los jueces, interesa exigir una especial claridad de la norma aplicable (taxatividad)⁵⁰, una perfecta accesibilidad (reserva de ley) y la mayor seguridad jurídica posible (prohibición de analogía y de aplicación retroactiva). En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La norma respectiva debe ser: i) adecuadamente accesible, suficientemente precisa, y iii) previsible” (caso *López Mendoza con Venezuela*, 1 de septiembre de 2011, párrafo 199).

Nada diferente puede sostenerse en cuanto al principio *non bis in idem* material —el cual en algunas versiones no deja de ser un corolario del principio de legalidad—⁵¹. Aun cuando el citado principio posee un alcance muy discutible, puede ser definido como la prohibición de sancionar al mismo sujeto dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional. En lo que a

⁴⁹ Véase Manuel Rebollo Puig, “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones”, en *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas: Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* (Madrid: Iustel, 2015), *passim*, especialmente 253 y ss. Véase idéntico criterio al aquí sostenido en Roxin, *Derecho...*, § 5, 68, criticando cierta doctrina del Tribunal Constitucional alemán, favorable a disminuir las exigencias del principio de legalidad, cuando la gravedad de la sanción es inferior —lo que coherentemente debería llevar a matizar el principio de legalidad no según la distinción entre derecho penal y administrativo sancionador, sino en relación con la concreta sanción imponible, fuera ésta administrativa o penal—. En palabras del Tribunal Constitucional español en relación con la reserva de ley, en el ámbito de relaciones de sujeción especial, la sentencia 61/1990 del 29 de marzo, fundamento jurídico 8: “No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano”. No obstante, es cierto que en particular en relación con la reserva de ley hay quien estima que la apertura al reglamento ha de ser superior (por todos, Lozano Cutanda, “La tensión”, 60; Cano Campos, “El concepto...”, 216).

⁵⁰ Se puede plantear la duda de hasta qué punto se puede atenuar corolarios básicos como el del principio de taxatividad. La seguridad jurídica no parece admitir grados intermedios: o una norma es clara en la definición de una conducta o no lo es, *tertium non datur*.

⁵¹ Por ejemplo, en español, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal: Parte general* (Madrid: Tirant lo Blanch, 2019), 98; Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar (coord.), *Derecho penal: Parte general* (Granada: Comares, 2013), 38; Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal: Parte general* (Madrid: Tirant lo Blanch, 2016), 28.

nosotros nos puede interesar en estos momentos, o se permite la doble sanción (penal y administrativa o administrativa) o no se permite. Considerando, de nuevo, que hay una completa desconexión entre tal principio y lo que es la especialidad esencial del derecho administrativo sancionador, esto es, el sujeto que ejerce el *ius puniendi*, entendemos que debe ser aplicado sin restricción alguna en esta última rama del ordenamiento jurídico.

En cuanto al principio de culpabilidad, partiremos aquí, sin más, de la idea según la cual se estructura en tres subprincipios (del hecho, personalidad de las sanciones e imputación subjetiva)⁵². Ninguno de ellos es matizable. O se permite sancionar por el modo de conducción de la propia vida, por el carácter, la forma de ser, o no se permite. O se permite sancionar por hechos de otro, o no se permite. O se exige dolo o, alternativamente culpa, o se acepta la responsabilidad objetiva.

⁵² Véase la exposición que efectúa Mir Puig, *Derecho...*, 4, IV. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español destacamos la sentencia 185/2014, del 6 de noviembre, fundamento jurídico 3 *in fine*: “Por lo que atañe al principio de culpabilidad, este Tribunal ha declarado que la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, vinculándolo con los artículos 10, 24 y 25 CE [por todas, sentencia 59/2008, del 14 de mayo, fundamento jurídico 11 b)]. Y aunque ha advertido de que ello no implica que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, también ha negado que sea constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos [por todas, sentencia 150/1991, del 4 de julio, fundamento jurídico 4]. Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del *ius puniendi*, lo que, además de exigir la presencia de dolo o imprudencia, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable [sentencia 120/1994, del 25 de abril, fundamento jurídico 2; 103/1995, del 3 de julio, fundamento jurídico 3; y 57/2010, del 10 de octubre, fundamento jurídico 9; auto 237/2012, del 11 de diciembre, fundamento jurídico 3], así como el principio de la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos —principio de la personalidad de la pena o sanción— [sentencias 131/1987, del 20 de julio, fundamento jurídico 6; 219/1988, del 22 de noviembre, fundamento jurídico 3; 254/1988, del 21 de diciembre, fundamento jurídico 5; 246/1991, del 19 de diciembre, fundamento jurídico 2; 146/1994, del 12 de mayo, fundamento jurídico 4 b); 93/1996, del 28 de mayo, fundamento jurídico 1; 137/1997, del 21 de julio, fundamento jurídico 5; 125/2001, del 4 de junio, fundamento jurídico 6; y 60/2010, del 7 de octubre, fundamento jurídico 4]”. No corresponde examinar aquí la idea de que el principio de culpabilidad implica dos ideas. Por un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado). Por otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (por todos, Jescheck y Weigend, *Tratado...*, 4, D). Se trata, en cualquier caso, de ideas que estimo íntegramente aplicables al derecho administrativo sancionador. En esta línea, Rebollo Puig, “Los principios...”, 853.

Por fin, hemos citado el principio de proporcionalidad. Es cierto que este no tiene una dimensión exclusivamente penal, pero, sin embargo, es incuestionable que tiene una proyección especial en este último campo del ordenamiento jurídico, por lo que se viene entendiendo que constituye un auténtico principio del derecho penal. Nos referimos, en concreto, al principio de proporcionalidad, entendido como criterio de lo razonable o de prohibición de exceso, plasmado en la máxima *poena debet commensurari delicto*, según la cual la pena debe ser adecuada al delito en alguna medida⁵³, conectado, de esta manera, con la idea de justicia⁵⁴. Entendemos que tal idea debe ser trasladada sin limitación alguna al ámbito sancionador administrativo, evitando, pues, sobreacciones punitivas⁵⁵.

⁵³ Véase, por muchos, Ferrajoli, *Derecho y razón*, 398; Alonso Álamo, “Bien jurídico penal”, 63 y ss. y especialmente 65; Isabel Sánchez García de Paz, “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”, *La Ley* 3.676 (1994): 1-2.

Seguramente el planteamiento del texto entronque con alguna de las construcciones relativas al principio de culpabilidad y que, como ya hemos subrayado, requieren que la pena no exceda de la medida de la culpabilidad; la cuestión no puede ser abordada aquí: reiteramos la cita de H-H Jescheck; T. Weigend *Tratado...*, *op. cit.*, 4, I. Es decir, se trata de una perspectiva, en la que se mira hacia el pasado, no hacia el futuro, lo que no equivale a asumir la retribución como fin de las sanciones, sino como límite. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, tal y como es entendido habitualmente, por el contrario, mira al futuro. Apenas es preciso aquí reiterar las tradicionales exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad. Éstas, como es harto conocido, pasan por el triple juicio que exige que la medida adoptada sea susceptible de alcanzar el objetivo propuesto –idoneidad–; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad–; y que sea ponderada o equilibrada, esto es, que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (proporcionalidad estricta) (entre otras muchas, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 239/1999 de 20 de diciembre, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 56/2003 de 24 de marzo, FJ 2, etc.).

⁵⁴ No obstante, la apuntada en el texto es solo una de las exigencias del principio. Alonso Álamo localiza hasta cuatro exigencias derivadas del citado principio entendido en sentido amplio que sintetizamos: presupone que solo se recurra al derecho penal para proteger bienes jurídicos, la idoneidad de la norma para proteger el bien jurídico que venga en consideración, la necesidad de intervención o lo que es lo mismo, la exigencia de que se acuda al derecho penal solo cuando sea absolutamente indispensable para proteger bienes jurídicos, y, por fin, la correlación entre delito y pena en el sentido del texto (“Bien jurídico penal”, 64-65).

⁵⁵ Coincido, pues, con Rebollo Puig, “Los principios...”, especialmente 853.

Además, entiendo que, más allá de los citados —que no constituyen una lista por necesidad exhaustiva—, existen determinados derechos no estrictamente sancionadores materiales, pero con una especial proyección en ese ámbito y que no son matizables. Desde mi perspectiva, este sería el caso del derecho a la igualdad, esto es, la prohibición de diferenciar entre sujetos para sancionar más a unos que a otros, salvo por sólidas razones⁵⁶.

2.5. Algunos principios del debido proceso traducidos en derechos procesales no matizables

Como decíamos *supra*, los matices deben desarrollarse en relación con los de naturaleza procedimental. Dejando de lado que no es pacífico qué principios integran el debido proceso, no es susceptible de duda que son aplicables en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁵⁷, aunque se pueda cuestionar el alcance de la traslación de aquellos

⁵⁶ Incluye la igualdad entre los principios comunes a ambos sectores del ordenamiento jurídico Lascuraín Sánchez, “Penas y administraciones”, 358.

⁵⁷ Véase, en el campo que nos ocupa, Medina Osório, *Direito...*, 196 y ss. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es interesante. Así, se lee en el caso *Tribunal Constitucional con Perú* del 31 de enero de 2001, párrafo 31: “Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”. Del mismo modo se expresa en el caso *Baena Ricardo y otros con Panamá*, del 2 de febrero de 2001, fondo, reparaciones y costas. En tal sentencia se lee: “121. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal [...] 126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. 127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”. En la jurisprudencia española, asimismo, el Tribunal Constitucional afirma (por ejemplo, en sentencia 59/2014 del 5 de mayo, fundamento jurídico 3): “Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del artículo 24 CE. Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba [por todas, sentencias 7/1998, del 13 de enero, fundamento jurídico 5; 3/1999, del 25 de enero, fundamento jurídico 4; 11/1999, del 22 de febrero, fundamento jurídico 3 a); 276/2000, del 16 de noviembre, fundamento jurídico 7, y 117/2002, de 20 de mayo, fundamento jurídico 5]”.

que sí son extrapolables y si hay alguna exclusión⁵⁸. La cuestión que aquí nos ocupa es la determinación de aquellos que no son susceptibles de ser matizados por no guardar relación alguna con el dato de que sanciona la Administración, y no el Poder Judicial, y ser consustanciales a la idea de Estado democrático de derecho. Nos limitaremos a hacer una propuesta relativa a aquellos que de forma más indiscutible gozan de plena aplicabilidad en el contexto del derecho administrativo sancionador. Aun cuando la cuestión es discutible, y seguramente la lista sea susceptible de ser ampliada, podemos hacer una propuesta limitada de derechos que juzgamos no admiten matices en su traslación a esta rama del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, entendemos en especial que no es matizable el derecho a la presunción de inocencia⁵⁹, al menos, en dos aspectos nucleares: el estándar de prueba y la carga de la prueba de los elementos integrantes del tipo, objetivos y subjetivos, la cual corresponde a Administración⁶⁰. En cuanto a lo primero, ciertamente, en teoría sí cabe modularlo, exi-

⁵⁸ En general, Alarcón Sotomayor, *El procedimiento...*, especialmente 38: Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, capítulo 29, 4.1.

⁵⁹ Criterio que parece compartir el Tribunal Constitucional español, el cual sostiene, por muchas, en la sentencia 117/2016 del 20 de junio, fundamento jurídico 4: “El derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), que rige sin excepciones en el procedimiento administrativo sancionador (sentencias 56/1998, del 16 de marzo, fundamento jurídico 4; 76/1990, fundamento jurídico 8, y 35/2006, del 13 de febrero, fundamento jurídico 6), comporta la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una *probatio diabolica* de los hechos negativos (por todas, sentencias 45/1997, del 11 de marzo, fundamento jurídico 4, y 74/2004, del 24 de abril, fundamento jurídico 4)”. En general, véase Cordero Quinzacara, “Los principios...”, VI, 2; de forma ampliamente coincidente en el campo que nos ocupa Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, 477 y ss.

⁶⁰ El tema, ciertamente, es extenso. Así, en la sentencia 76/1990 del 26 de abril, fundamento jurídico 8 (fuera del procedimiento de amparo penal), se dijo: “Conviene para ello recordar sucintamente que la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: primera, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos; segunda, solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; tercera, de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; y cuarta, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial, que este ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración”. Obviamente, extremos como la necesidad de que la prueba se practique en el seno del juicio oral o la cuestión de la prueba preconstituida y anticipada, no puede ser entendida en iguales términos.

giendo un estándar de prueba inferior (*a clear and convincing proof*, por ejemplo, y no el habitual, *proof beyond a reasonable doubt*). Sin embargo, se nos escapa por qué razón los bienes jurídicos se tutelarían mejor aumentando las posibilidades de condena, pese a la existencia de dudas razonables sobre la autoría o la comisión del hecho. Reiteramos que el incisivo poder de las sanciones administrativas en la esfera de los ciudadanos —cuya “potencia de fuego” es con frecuencia superior a la del derecho penal—, unido a la, en abstracto, inferior cualificación jurídica de los funcionarios públicos que las imponen, incluso su parcialidad, aconsejan limitar la posibilidad de falsos positivos en manos del Administrador. Modular la presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador en tales aspectos nos parece singularmente peligroso. Una vez abierta la espita y permitido un estándar de prueba inferior, cabría, por ejemplo, alterar en ocasiones las reglas de la carga de la prueba, la exigencia de ponderación de la prueba de descargo, aceptar pruebas de origen ilícito, asumir un razonamiento inferior o nulo, etcétera. Que ello significaría un retroceso democrático de siglos no nos parece cuestionable.

Nada diverso, estimo, puede decirse del derecho a guardar silencio, a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo⁶¹, del derecho a la confidencialidad de las comunicacio-

⁶¹ Sobre su contenido, ampliamente, véase, por muchos, Ángel Aguillo Avilés y Esther Bueno Gallardo, “El contenido del derecho a no autoincriminarse: En especial divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios jurídicos en memoria de César Albiñana García-Quintana*, vol. 2 (Madrid: Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2008); Lucía Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales* (Madrid: Thomson-Arazandi, 2007), 190 y ss., autora esta última que, estimo con mucha razón, sostiene la traslación de tales derechos de forma inmatizada al procedimiento administrativo sancionador (especialmente, pp. 181-190). En Alemania opera también inequívoca e ilimitadamente en el marco de las infracciones administrativas; al respecto, véase Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, § 55, especialmente 8.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español parece haber abierto la puerta a una modulación del derecho, la cual, sin embargo, no precisa de ninguna manera. Así, en la sentencia 51/2015 del 16 de marzo, fundamento jurídico 7, declara: “A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, nuestra Constitución sí menciona específicamente en su artículo 24.2 los derechos a ‘no declarar contra sí mismos’ y a ‘no confesarse culpables’, que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (sentencia 161/1997, del 2 de octubre, fundamento jurídico 5). Este reconocimiento del derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el administrativo sancionador, precisando que ‘los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido’ (entre otras, sentencias 272/2006, del 25 de septiembre, fundamento jurídico 3; 70/2008, del 23 de junio, fundamento jurídico 4; y 112/2009, del 15 de junio, fundamento jurídico 4)”.

Una relación de autores que sostienen que los deberes de colaborar y el derecho a no autoincriminarse son incompatibles puede verse, por ejemplo, en Alarcón Sotomayor, *El procedimiento...*, 212, n. 79; de la misma autora, “El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”, en *La Función inspectora: Actas del VIII Congreso de la AEPDA*, coord. por Juan José Díez Sánchez (Madrid: AEPDA, 2013), 202, n. 11.

nes entre abogado y cliente⁶², del derecho a ser informado de la acusación⁶³, del principio acusatorio⁶⁴ —salvo en lo relativo a la separación de las funciones de instrucción y enjuici-

⁶² Por todos, Manuel Gómez Tomillo, *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados* (Cizur Menor: Arazandi, 2020), capítulo 5.5; sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, del 26 de diciembre, fundamento jurídico 10: “El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su artículo 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y *a fortiori*, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho, sino un deber de ciertos profesionales que tienen una larga tradición legislativa (cfr. artículo 263 de la LECr). Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (artículo 360 del Código Penal), la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole”.

⁶³ La declaración más contundente, quizá, sea la de la STC 23/2007 de 12 de febrero, FJ 5: “El derecho a ser informado de la acusación es plenamente aplicable, como hemos dicho, al procedimiento administrativo sancionador”.

⁶⁴ Por todas, véase la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2020, del 14 de enero, fundamento jurídico 7: “La doctrina de este Tribunal, en relación con el principio acusatorio, ha establecido que si bien este principio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, hay que reconocer como protegidos en el artículo 24.2 CE ciertas garantías que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación, ya que quedan vinculados, además, con los derechos constitucionales de defensa y a la imparcialidad judicial (así, la sentencia 113/2018, del 29 de octubre, fundamento jurídico 3). A ello se ha añadido que entre el haz de garantías protegidas por el artículo 24.2 CE conformadoras del principio acusatorio i) se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por ‘cosa’ no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica; ii) la íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa implica la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el órgano judicial los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica; iii) este derecho de defensa contradictoria determina la obligación del órgano judicial de pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia, y iv) esa sujeción no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (así, por ejemplo, sentencia 172/2016, del 17 de octubre, fundamento jurídico 10)”. Es cierto que en dicha construcción se encuentra plagada de referencias a elementos judiciales que deben ser sustituidos por referencias a la Administración. Sin embargo, estimamos que se trata de matices puramente formales. Seguramente sin la necesaria contundencia sostiene el Tribunal Constitucional español (sentencia 160/1994, del 23 de mayo, fundamento jurídico 3: “La vigencia del principio acusatorio respecto del procedimiento administrativo se predica de este, como manifestación que es del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en la que deben ejercerse sin trabas las garantías de defensa que alcanzan relieve constitucional, y sin que el ulterior proceso judicial alcance a subsanar la disminución de esas garantías en el procedimiento administrativo”.

ciamiento⁶⁵, del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa⁶⁶, de

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2005, del 12 de mayo, fundamento jurídico 3: “En virtud de ello, aunque el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, limitándose el artículo 24.2 CE a consagrar una de sus manifestaciones, como es el derecho a ser informado de la acusación, sin embargo, este Tribunal ya ha destacado que ello no es óbice para reconocer como protegidos en el artículo 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de este principio nuclear (sentencia 174/2003, del 29 de septiembre, fundamento jurídico 8), que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales (sentencias 19/2000, del 3 de marzo, fundamento jurídico 4, y 278/2000, del 27 de noviembre, fundamento jurídico 17). Así, desde el más temprano reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, en la jurisprudencia de este Tribunal se ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer la acusación (sentencia 12/1981, del 10 de abril, fundamento jurídico 4), como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas (sentencia 51/1985, del 18 de abril, fundamento jurídico 6)”.

⁶⁶ Cuya doctrina sintetiza la sentencia 80/2011, del 6 de junio, fundamento jurídico 3: “Resulta obligado partir de la consolidada doctrina establecida por este Tribunal en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE). Dicha doctrina puede ser resumida en los siguientes términos (sentencia 86/2008, de 21 de julio, fundamento jurídico 3, por todas):

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, sentencia 133/2003, del 30 de junio, fundamento jurídico 3 a)].

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o inexecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inexecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (sentencias 1/1996, del 15 de enero, fundamento jurídico 2, y 70/2002, del 3 de abril, fundamento jurídico 5, por todas); y, por otro, la prueba denegada o impracticada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (sentencias 217/1998, del 16 de noviembre, fundamento jurídico 2, y 219/1998, del 16 de noviembre, fundamento jurídico 3).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; solo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, sentencias 133/2003, del 30 de junio, fundamento jurídico 3; 359/2006, del 18 de diciembre, fundamento jurídico 2; y 77/2007, del 16 de abril, fundamento jurídico 3).

f) Finalmente, hemos venido señalando también que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en derecho una efectiva denegación de justicia (sentencias 37/2000, del 14 de febrero, fundamento jurídico 4; 19/2001, del 29 de enero, fundamento jurídico 6; 73/2001, del 26 de marzo, fundamento jurídico 4; 4/2005, del 17 de enero, fundamento jurídico 5; 308/2005, del 12 de diciembre, fundamento jurídico 4; 12/2007, del 26 de febrero, fundamento jurídico 5; y 174/2008, del 22 de diciembre, fundamento jurídico 2)”.

la prohibición de dilaciones indebidas⁶⁷, o del principio *non bis in idem* procedimental⁶⁸. Todos ellos se caracterizan, de nuevo, tanto por la desconexión entre el derecho mismo y el hecho de que sancione la Administración, como por su carácter esencial para el Estado democrático de derecho en los términos en los que lo concebimos en la actualidad.

2.6. Los principios procesales matizables que comportan una disminución de garantías

Poníamos de relieve *supra* la idea particularmente asumible de García de Enterría, según la cual, cuando hablamos de matices de los principios penales, debe entenderse que se trata adaptaciones funcionales y no de derogaciones de carácter sustancial. Dichas adaptaciones operan en el ámbito procesal y no en el material, ya que es allí donde se presenta la especialidad: quien sanciona es la Administración. Renunciamos aquí a la compleja tarea de enunciar y analizar exhaustivamente las garantías matizables, puesto que en alta medida depende de lo que se entienda por debido proceso, lo cual no es pacífico⁶⁹. No obstante, ciñéndonos a la fase administrativa, se puede citar, sin que constituya una lista cerrada, una serie de derechos que operan de distinta manera en el marco del derecho administrativo sancionador. Nos referimos a la garantía de imparcialidad⁷⁰, el derecho a un juez

⁶⁷ El cual ha suscitado la duda: al respecto, véase Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho...*, capítulo 29, 4.1; Alarcón Sotomayor, *El procedimiento...*, 38; José Garberí Llobregat, *El procedimiento administrativo sancionador*, 6.ª ed., vol. 1 (Madrid: Tirant lo Blanch, 2016), 252. Juzgo particularmente significativo el ya citado caso argentino *Losicer*, resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 26 de junio de 2012.

⁶⁸ Cuyo alcance, entendemos, es limitado en todo caso; permítasenos remitirnos a Manuel Gómez Tomillo, “*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo: Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH”, *Indret* 4 (2020): 421-456.

⁶⁹ Puede verse, por todos, Alarcón Sotomayor, *El procedimiento...*, especialmente 38 y 73, con algunas discrepancias con respecto a lo señalado en el texto.

⁷⁰ Y es que la Administración es juez y parte, lo que es visible en los procedimientos sancionadores tributarios. En la sentencia 2/2003, fundamento jurídico 10, se lee: “En cuanto a las modulaciones con las que se proyecta el derecho al proceso con todas las garantías se han de resaltar las relativas a la garantía de imparcialidad, pues esta no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales —especialmente en las infracciones de autoprotección—, ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración (sentencias 22/1990, del 15 de febrero, fundamento jurídico 4; 14/1999, del 22 de febrero, fundamento jurídico 4)”. Véase, no obstante, aunque carezcan de rango de derechos fundamentales, límites constitucionales impuestos a la actividad de la Administración que su actividad sea imparcial Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, capítulo 31, 5.1.

ordinario predeterminado por la ley⁷¹, algunas manifestaciones del derecho a la defensa —en especial el derecho a la defensa letrada y otros como el derecho a interpretación y a traducción—⁷², la separación de funciones de instrucción y enjuiciamiento⁷³, el derecho

⁷¹ Así, se dice en la sentencia 76/1990, del 26 de abril, fundamento jurídico 8: “El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya 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 (sentencias 175/1987 y 22/1990; autos 320/1986, 170/1987 y 966/1987)”. En la sentencia 76/1990, del 26 de abril, fundamento jurídico 8, ya afirmaba de forma muy ilustrativa: “Debe señalarse que tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia *ad extra* de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos. Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales”.

⁷² Significativa la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, cuyo artículo 1.3 dispone: “En caso de que la legislación de un Estado miembro prevea la imposición de una sanción para infracciones menores por parte de una autoridad distinta de un tribunal con competencia en materia penal, pero la sanción pueda ser objeto de recurso ante este tipo de tribunal, la presente Directiva solo se aplicará al proceso ante dicho tribunal a raíz del recurso en cuestión”.

⁷³ Sentencia 9/2018 del 5 de febrero, fundamento jurídico 5: “En cuanto a la queja relativa a la falta de la debida separación entre el órgano que instruye y el que dicta la sanción, el abogado del Estado y el fiscal ante este Tribunal la rechazan, manifestando que la aplicación de las garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador no puede realizarse de manera automática, sino que solo es posible en la medida que resulten compatibles con su naturaleza. Como este Tribunal ha hecho constar en distintas ocasiones, el principio del procedimiento sancionador establecido en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conforme al cual ‘los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolos a órganos distintos’, es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales a través de los correspondientes recursos, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea, como pretende la recurrente, una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del artículo 24.2 CE, cuyas exigencias, relativas a la imparcialidad judicial, solo rigen para el órgano judicial que deba resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa. De ese modo, la eventual infracción en un procedimiento administrativo sancionador del principio de que se encomiende a órganos distintos la fase instructora y la sancionadora carece de relevancia constitucional a los efectos del artículo 24.2 CE y, en su caso, este Tribunal solo podrá conocer de dicha infracción, por la vía del artículo 44 LOTC, cuando los órganos judiciales en la función de tutela, como cuestión de legalidad ordinaria, de dicho principio hubieran incurrido en algún defecto de motivación con relevancia constitucional (sentencia 174/2005, del 4 de julio, fundamento jurídico 2, y auto 186/2008, del 25 de junio, fundamento jurídico 3). Como afirma el abogado del Estado, la separación entre instrucción y resolución en el procedimiento administrativo sancionador ha de entenderse de separación de funciones, y no propiamente de órganos independientes entre sí. Es más, como igualmente advierte el fiscal ante este Tribunal, la instrucción del expediente disciplinario fue asumida por un fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo sin capacidad decisoria, mientras que su resolución le correspondió a la fiscal general del Estado, quien careció de intervención en la fase instructora, por lo que la diferenciación entre órgano de instrucción y órgano de resolución impide afirmar que hayan concurrido en la misma persona u órgano las funciones de resolución y de instrucción.

En consonancia con lo expuesto, debemos compartir el criterio del abogado del Estado así como el del fiscal ante este Tribunal y excluir el examen de la vulneración denunciada, pues la queja relativa a la separación de las fases de instrucción y de resolución en el procedimiento administrativo sancionador tampoco tiene relevancia constitucional”.

a un proceso público, el derecho a la última palabra⁷⁴ y el derecho a la doble instancia⁷⁵. En todos los derechos citados, seguramente deba concluirse que las garantías han de ser inferiores a las del derecho penal como consecuencia de las características intrínsecas al procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, como ya hemos expresado, tal disminución no siempre tendrá lugar en relación con todo principio y derecho fundamental aplicable a dicho procedimiento.

⁷⁴ Véase la sentencia 181/1994, del 20 de junio fundamento jurídico 3, según la cual el derecho a la defensa comprende no solo la asistencia de letrado, sino también a defenderse personalmente (artículos 6.3 c y 14.3 d del Convenio y del Pacto más arriba reseñados) en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que, en España, en el proceso penal (artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se ofrece al acusado el derecho a la última palabra: “La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio”. Tal intelección se consolida, en segundo lugar, en la sentencia 13/2006, del 16 de enero, fundamento jurídico 5: “El hecho de configurarse como una obligación legal, solo potestativa en su ejercicio para el acusado, como una garantía del proceso con contenido autónomo y propio dentro del derecho de defensa y que se conecta, de este modo, a su vez, con el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionalmente reconocido en el artículo 24.2 CE, ha llevado a este Tribunal a no exigir carga adicional probatoria en torno a la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente producido aunque sí respecto a la total ausencia de la posibilidad de que el acusado haya podido defenderse por sí mismo”. Esa línea argumental varía en la sentencia 258/2007, del 18 de diciembre, en la que se afirma: “Dicha garantía exige, al menos desde el plano constitucional un desarrollo argumental en la demanda de amparo acerca de la existencia de una lesión material que permita a este Tribunal valorar la concurrencia de la misma [...] En conclusión, y como se ha dicho antes, la vulneración del derecho a la última palabra, en tanto que manifestación del derecho a la autodefensa, como una de las garantías contenidas en el derecho a la defensa previsto en el artículo 24.2 CE, no se debe configurar como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material, cuya argumentación es una carga procesal del recurrente en amparo”.

⁷⁵ En relación con el cual cabe la cita del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”). Incluso en derecho penal es muy matizable. Al respecto, la sentencia 116/2006 del 24 de abril, fundamento jurídico 5, sostiene: “Por lo que se refiere al derecho contenido en el artículo 14.5 del Pacto, conviene recordar que este Tribunal desde la sentencia 42/1982, de 5 de julio, ha venido afirmando que el mandato del artículo 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, ‘obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del derecho procesal penal de nuestro ordenamiento’ (sentencia 42/1982, del 5 de julio, fundamento jurídico 3; en el mismo sentido, sentencias 76/1982, del 14 de diciembre, fundamento jurídico 5, o la sentencia 70/2002, del 3 de abril, fundamento jurídico 7, entre otras muchas). No obstante, en materia administrativo-sancionadora, ya no en fase administrativa, sino jurisdiccional, véase la sentencia del caso *Saquetti Iglesias con España*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 de junio de 2020.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: GARANTÍAS SANCIONADORAS ADMINISTRATIVAS Y PROCESO CONSTITUYENTE

El derecho administrativo sancionador puede afectar de manera muy incisiva a la vida, a la libertad y al patrimonio de los ciudadanos, sean ciudadanos físicos o corporativos. Como hemos señalado, con frecuencia las sanciones impuestas por la Administración alcanzan una dimensión a la que no puede llegar el derecho penal ni estirando al máximo sus normas. Por otra parte, la historia del *ius puniendi* es la historia del abuso del poder público. La combinación de ambas ideas pone de manifiesto la necesidad de someter a esta rama del derecho a unos estrictos límites, semejantes a los que históricamente han sido los propios del derecho penal y procesal penal, como vacuna para evitar incurrir en los pecados del autoritarismo y la arbitrariedad.

En ese contexto, y mucho más considerando potenciales procesos constitucionalizantes, las anteriores reflexiones no son tan solo un ensayo de carácter teórico. Desde nuestra perspectiva, es esencial que una constitución garantista no solo legitime la actividad sancionadora de la Administración, sino que refleje en forma expresa límites al ejercicio del *ius puniendi* por parte de aquella, como barrera frente a los abusos que históricamente han acompañado a la potestad pública de sancionar. Tales límites entiendo que han de ser los aquí reflejados: los principios garantistas consustanciales al Estado social y democrático de derecho. De esa manera, se ahorrará un largo y tortuoso camino —cuando no inacabable— en el que la jurisprudencia lentamente tenga que ir abriendo el paso. Para ello, cabe una declaración genérica en el texto constitucional —los principios garantistas del derecho penal serán de aplicación al derecho administrativo sancionador, siempre que sea posible— o cabe acudir a la vía de expresar uno a uno tales principios, los cuales desde nuestro punto de vista habrían de ser los ya singularizados: principio de legalidad, *non bis in idem*, culpabilidad, principios del debido proceso e igualdad. Esta última opción siempre será más problemática, pues se corre el riesgo de interpretar que los principios no expresamente incluidos están excluidos, lo que supone siempre un rígido corsé.

Lo expresado no es un punto de vista condicionado por planteamientos ideologizados, sino que, muy al contrario, entiendo puede ser compartido tanto por izquierdas, como por derechas.

Desde la perspectiva de quienes propugnan una mayor intervención del Estado en la sociedad y la economía que garantice mayores cuotas de igualdad, y la protección de las minorías, ninguna duda cabe de que lo expresado garantiza precisamente esa igualdad de todos los ciudadanos y limita las posibilidades de un ejercicio abusivo del poder político sobre los más débiles y desfavorecidos.

Si se parte de un planteamiento que prima la libertad y defiende una menor intervención de lo público, apenas se puede cuestionar que poner coto a la intervención arbitraria del Estado es un objetivo altamente deseable, al tiempo que supone introducir factores que aseguran una mayor seguridad jurídica y, por lo tanto, permiten un mejor juego de la economía de mercado.

En todo caso, se trata de frenar el avance de corrientes populistas que recurran a la fácil, relativamente barata —al final, mantener un aparato punitivo tiene un coste— y simplona idea de punir más, y en forma indiscriminada, como mecanismo para garantizar el orden y el buen funcionamiento social y económico.

Dado el carácter básico de tales principios, que no suponen reglas procedimentales específicas, en ningún caso, ello supondrá un detrimento de la eficacia y agilidad del derecho administrativo sancionador. Como hemos hecho a lo largo de este trabajo, nos preguntamos: ¿qué ventaja se obtiene de sancionar a alguien sin pruebas suficientes? ¿Por qué es más eficaz sancionar sin dolo o culpa? ¿A quién beneficia imponer una sanción por conductas no previstas en la ley? ¿Qué utilidad se desprende de que un sujeto sufra la sanción que corresponde a otro? Preguntas semejantes pueden multiplicarse. Las respuestas, entendemos, resultan obvias. ■

BIBLIOGRAFÍA

- Aguallo Avilés, Ángel y Esther Bueno Gallardo. “El contenido del derecho a no autoincriminarse: En especial divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Estudios jurídicos en memoria de César Albiñana García-Quintana*. Volumen 2. Madrid: Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2008.
- Alarcón Sotomayor, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Arazandi, 2007.
- — “El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”. En *La Función inspectora: Actas del VIII Congreso de la AEPDA*. Coordinado por Juan José Díez Sánchez. Madrid: AEPDA, 2013.
- Alonso Álamo, Mercedes. “Bien jurídico penal: Más allá del constitucionalismo de los derechos”. En *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Beladiez Rojo, Margarita. *Los principios jurídicos*. Madrid: Civitas, 2010.
- Bettiol, Giuseppe. *Diritto penale*. 8.^a edición. Padua: Cedam, 1973.
- Caballero Sánchez, Rafael. “Prescripción de infracciones y sanciones”. En *Diccionario de sanciones administrativas*. Dirigido por Blanca Lozano Cutanda. Madrid: Iustel, 2010.
- Cabezas Cabezas, Carlos. “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores». *Revista de Derecho* 32, n.º 1 (2019): 275-294. doi: 10.4067/S0718-09502019000100275.
- Cano Campo, Tomás. “La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del *ius puniendi* de la Administración”. *Revista General de Derecho Administrativo* 31 (2012).
- — “El concepto de sanción y los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador”. En *Derecho administrativo y derecho penal: Reconstrucción de los límites*. Dirigido por Felio J. Bauzá Martorell. Barcelona: Wolters Kluwer, 2017.
- Casino Rubio, Manuel. *El concepto constitucional de sanción administrativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

- Cid Moliné, José. “Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”. *Revista de Administración Pública* 140 (1996): 131-174.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 42 (julio 2014). doi: 10.4067/S0718-68512014000100012.
- De Palma del Teso, Ángeles. “La culpabilidad”. *Justicia Administrativa*, número extraordinario (2001): 29-52.
- Delmas-Marty, M. “Die juristischen und praktischen probleme der Unterscheidung von kriminellen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht”. *ZStW* 98 (1986).
- Entrena Ruiz, Daniel. *El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*. Madrid: Civitas, 2006.
- Eser, Albin. *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*. Würzburg, 1961.
- Espinosa Velázquez, Kenia Margarita. “Los actos sancionadores de la administración pública en materia agraria: Consideraciones en relación a su control”. *Revista de la Facultad de Derecho* 47 (julio-diciembre 2019). doi: 10.22187/rfd2019n47a17.
- Faraldo Cabana, Patricia. *Los delitos leves*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José. “Sobre la ‘administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’: Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI”. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional* 19 (2007): 101-152.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995.
- Fuster Asencio, Consuelo. *El procedimiento sancionador tributario*. Madrid: Arazandi, 2001.
- Garberí Llobregat, José. *El procedimiento administrativo sancionador*. 6.^a edición. Volumen 1. Madrid: Tirant lo Blanch, 2016.
- García de Enterría, Eduardo. “La incidencia de la constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Administrativo* 29 (1981): 359-368.

- García Novoa, César. “El principio de personalidad en el ordenamiento sancionador tributario”. En *Temas de derecho penal tributario*. Coordinado por César García Novoa y Antonio López Díaz. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Göhler, Erich. *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 16 Auf., 2012.
- Gómez Tomillo, Manuel. La protección de los consumidores por medio de la represión: Derecho penal, derecho administrativo sancionador y daños punitivos. En *Fraude de consumidores y derecho penal*. Dirigido por Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín. Madrid: Edisofer, 2016.
- — *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados: Artículo 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*. Madrid: Aranzadi, 2019.
- — “*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo: Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH”. *InDret* 4 (2020): 421-456. doi: 10.31009/InDret.2020.i2.14.
- Gómez Tomillo, Manuel e Iñigo Sanz Rubiales. *Derecho administrativo sancionador: Parte general*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- Héctor Hernández Basualto. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Política Criminal* 5, n.º 9 (julio 2010). doi: 10.4067/S0718-33992010000100005.
- Huergo Lora, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.
- Huerta Tocildo, Susana. “Ilícito penal e ilícito de funcionarios”. En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*. Coordinado por José Luis Díez Ripollés. Madrid: Tecnos, 2002.
- Izquierdo Carrasco, Manuel y Manuel Rebollo Puig. “El régimen de infracciones y sanciones”. En *Comentario a la Ley General de subvenciones*. Coordinado por Germán Fernández Farreres. Madrid: Civitas, 2005.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares, 2003.

- Lasagabaster Herrarte, Iñaki. *Ley de la potestad sancionadora: Comentario sistemático*. Madrid: LETE, 2006.
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. “Por un derecho penal solo penal: Derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrativo sancionador”. En *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.
- — “Penas y administraciones”. En *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al profesor Dr. Hc Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Coordinado por José María Suárez López y otros. Tomo 1. Madrid: Dykinson, 2018.
- Lozano Cutanda, Blanca. “La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: Aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad”. *Cuadernos de Derecho Judicial* 11 (1997): 41-78.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de derecho penal: Parte general*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2016.
- Medina Osório, Fábio. *Direito administrativo sancionador*. 2.^a edición San Pablo: Revista Dos Tribunais, 2006.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: B de F, 1976.
- — “Sobre el principio de intervención mínima” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 12 (1987).
- — *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: B de F, 2015.
- Mitsch, Wolfgang. *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3 Auf., 2006.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho penal: Parte general*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2019.
- Muñoz Quiroga, Antonio. “El principio *non bis in idem*”. *Revista Española de Derecho Administrativo* 45 (1985): 129-142.
- Navarro Cardoso, Fernando. *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del derecho penal*. Las Palmas de Gran Canaria: Colex, 2001.
- Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993.

- Nuvolone, Pietro. “Depenalizzazione afferente a norme sostanziali”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1969).
- Rando Casermeiro, Pablo. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Rebollo Puig, Manuel “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones”. En *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas: Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*. Madrid: Iustel, 2015.
- Rebollo Puig, Manuel, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Lex Nova, 2009.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho penal: Parte general*. Madrid: Civitas, 1977.
- Romeo Casabona, Carlos María, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores). *Derecho penal: Parte general*. Granada: Comares, 2013.
- Roxin, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Madrid: Civitas: 2014.
- Sánchez García de Paz, Isabel. “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”. *La Ley* 3.676 (1994).
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª edición. Madrid: Civitas, 2001.
- Siniscalco, Marco. *Depenalizzazione e garanzia*. Bolonia: Il Mulino, 1983.
- Suay Rincón, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989.
- Torres Rossel, Nuria. “A vueltas sobre la prescripción penal y la imprescriptibilidad del delito”. En *Represión penal y estado de derecho: Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Coordinado por Fermín Morales Prats, Josep Maria Tamarit Sumalla, Ramón Miguel García Albero y Gonzalo Quintero Olivares. Madrid: Arazandi, 2018.
- Zornoza Pérez, Juan. *El sistema de infracciones y sanciones tributarias: Los principios constitucionales del derecho sancionador*. Madrid: Civitas, 1992.