
Capítulo IV

El elemento de culpabilidad en la infracción administrativa

1. Introducción.

1.1. Aproximación conceptual.

El estudio del elemento de culpabilidad exige realizar, con carácter previo, algunas puntualizaciones a fin de centrar adecuadamente la cuestión. Por una parte, creo necesario aclarar el sentido o acepción del término “culpabilidad” que aquí interesa en cuanto elemento esencial de la infracción; asimismo, entiendo que resulta obligado recordar el diverso alcance que las diferentes ramas del Derecho - fundamentalmente el Derecho Penal y el Civil- han otorgado a la culpabilidad. A pesar de que, en algún aspecto, tales puntualizaciones pueden resultar obvias, considero que tiene interés recordarlas por cuanto el Derecho Sancionador no ha reflejado planteamientos claros en relación con el contenido de la culpabilidad. Además, el debate jurídico-administrativo se desenvuelve, como veremos, entre las dos perspectivas, penalista y civilista, que exige una previa aclaración de alguna de sus propias claves.

Dentro del orden punitivo, el término culpabilidad sugiere un ambivalente contenido conceptual originado -tal como ha señalado la doctrina penalista- por un equívoco empleo del término en el Código Penal. Culpable de un delito, en el sentido global de autor del delito, tiene un sentido diferente de la culpabilidad en cuanto elemento esencial del delito, es decir, como elemento que, junto con la tipicidad y antijuridicidad, conforma la efectiva existencia de una acción punible¹.

1. Pero, además, se debe tener en cuenta que la culpabilidad como elemento del delito está configu-

La propia doctrina penalista ha puesto de manifiesto la importancia de esta aclaración terminológica por cuanto sus diferentes acepciones pueden dar lugar a importantes equívocos. Tal aclaración, como se indicaba anteriormente, es trasladable al orden administrativo dado que, en esta materia, el Derecho Penal aparece como una referencia ineludible².

El objeto, pues, de este apartado es el estudio de la culpabilidad como elemento sustantivo de la infracción, distinto, por tanto, de la acción, de la antijuridicidad y de la tipicidad. Dicho de otro modo, lo que interesa ahora es saber si el juicio sobre una hipotética infracción finaliza con la acreditación de haber participado en la comisión de una conducta descrita como infracción por una norma del debido rango normativo, o si, por el contrario, únicamente es sancionable la realización de una conducta típica cuando -además- haya concurrido dolo o culpa. En definitiva, si la consciencia de la antijuridicidad de la acción que se realiza, o en su caso, la falta de diligencia debida es o no un elemento que necesariamente debe concurrir para que una acción tenga relevancia en el mundo del Derecho Sancionador.

Así delimitada la acepción que aquí interesa del término culpabilidad, nos encontramos ante un concepto común al mundo del Derecho ya que, a pesar de haber sido en el orden penal donde ha adquirido un mayor desarrollo dogmático, lo cierto es que la exigencia de la culpa como origen de la responsabilidad, configura con carácter general un denominador común de las diferentes ramas del Derecho³.

Por ello, el análisis del elemento culpable de la infracción exige tener en cuenta tanto el contenido de la culpabilidad en el orden penal como en el civil, ya que figuras de ambos ámbitos se proyectan, como luego veremos, en el orden administrativo. La búsqueda de unas señas propias de identidad de la infracción administrativa, exige que un examen de la efectiva existencia, y en su caso funciona-

rada por dos características: la imputabilidad y las llamadas formas o especies de la culpabilidad: el dolo y la culpa. La palabra culpa se utiliza técnicamente para designar exclusivamente la segunda forma de culpabilidad.

2. Como ha puesto de manifiesto J. M. RODRIGUEZ DEVESA "el Código Penal emplea la palabra culpable siempre en el sentido de reo es decir en el sentido de autor de un delito" lo que considera incorrecto por cuanto el reo o responsable es el "sujeto que ha cometido un delito con todos sus elementos mientras que la culpabilidad es uno de los caracteres del delito". Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 430.

3. Como ha señalado G. QUINTERO OLIVARES "podríamos...llegar a la conclusión de que dolosidad o culposidad de la conducta humana son conceptos categóricamente válidos aunque hayan sido apor-

miento de la culpabilidad, se lleve a cabo desde una perspectiva global del Derecho⁴.

La depuración del planteamiento que aquí interesa, exige alguna matización adicional que permita tener en cuenta el efectivo planteamiento del elemento culpable en los dos ámbitos jurídicos donde ha tenido mayor desarrollo doctrinal y normativo. Efectivamente, tanto el orden penal como el orden civil distinguen dentro de la culpabilidad como elemento, bien del delito, bien de la responsabilidad civil, dos formas o especies de dicha culpabilidad: el dolo y la culpa. No obstante, lo cierto es que donde la distinción adquiere verdadera relevancia es en el orden penal, ya que determina la existencia de dos clases de delitos diferentes: los dolosos, es decir, los cometidos conociendo y deseando lo realizado⁵; y los culposos, o realizados por imprudencia que se rigen por reglas parcialmente diferentes. Esta distinción, sin embargo, conlleva efectos bien distintos en el ámbito civil, por cuanto el dolo y la culpa configuran únicamente aspectos diferentes de una misma clase de responsabilidad⁶.

Pues bien, dentro del planteamiento general de la culpabilidad interesa aquí la segunda de sus especies, es decir la culpa. Por una parte, por cuanto la cuestión

tados por el Derecho Penal". La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal. RAP núm. 126, pág. 264.

4. De hecho, la doctrina administrativa ha elaborado, como tendremos la oportunidad de comprobar, las diferentes posiciones en función de las referencias doctrinales y normativas existentes tanto en el orden penal como en el civil.

5. Define J. M. RODRIGUEZ DEVESA el dolo como un modo de la acción: "actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo. Los dos componentes del dolo son, por consiguiente, el saber (elemento intelectual intencional cognitivo) que se realiza y el querer (elemento volitivo o emocional) realizar el tipo del injusto". Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 459.

6. La idea de dolo o culpa como fundamento de responsabilidad aparece en el ámbito civil. Así, señala el art. 1902 CC que "el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado". Como es bien sabido, el orden civil participa de la idea común al mundo jurídico en virtud de la cual dolo o culpa son elementos imprescindibles para que una conducta sea relevante para el Derecho en General. Idea que, aunque informa tanto las relaciones contractuales como las extracontractuales, es en aquellas donde el Código Civil regula y define el dolo (art. 1101 CC: mala fe) y la culpa. Esta última es definida como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas de tiempo y de lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. Como señala J. L. LACRUZ BERDEJO, "partiendo del modelo del buen padre de familia son las variables del art. 1104.1 CC las que concretan en cada caso los cuidados exigibles". Derecho de Obligaciones Vol. Primero, Parte General, Segunda Ed. 1985, Librería Bosch, Barcelona pág. 236.

que sigue latiendo en el Derecho Sancionador consiste en determinar si la "culpa" o "negligencia" constituye un elemento esencial de la infracción administrativa, o si, por el contrario, la sanción administrativa debe responder a criterios de responsabilidad objetiva. Y por otra parte, por cuanto, si bien es cierto que el Derecho Sancionador es sensible a la distinción entre dolo y culpa como diversas formas de la culpabilidad, esta distinción no ha determinado -a diferencia del orden penal y a semejanza del orden civil - tipos distintos de infracciones sino modulaciones sobre una misma clase de infracción⁷.

Una adecuada descripción del planteamiento de la cuestión reclama una última puntualización: el examen de la efectiva existencia del elemento culpable, y en su caso, de su funcionamiento dentro de la infracción administrativa, no se agota en una visión material de la culpa, sino que exige un examen de la cuestión a través de elementos de carácter procesal. Efectivamente, el presente estudio debe tener en cuenta la culpa -dicho sea en términos penales- tanto desde un punto de vista positivo -elemento de la infracción-, como negativo -causas de exclusión de la culpabilidad- de la infracción. Pero, además, el examen del elemento culpable exigirá acudir a criterios de valoración que extralimitan esta perspectiva, como son las referencias, que vienen siendo usuales, a la presunción de inocencia, -de clara resonancia procesal-penal-, o la presunción de culpabilidad, que tiene un evidente origen procesal-civil.

De acuerdo con este marco jurídico analizaré la culpabilidad como elemento específico de la infracción, con el objeto -fundamentalmente- de estudiar su alcance en el Derecho Sancionador, y en concreto, de indicar las posibles reglas de funcionamiento dentro del orden sancionador. Para ello, en un primer momento, situaré dentro del panorama doctrinal y jurisprudencial el actual tratamiento del elemento culpable, con el objeto de apuntar el planteamiento teórico que, en mi opinión, mejor se ajusta al Derecho Sancionador. A partir de allí intentaré desarrollar algunas pautas de funcionamiento del elemento culpable

7. En el Derecho Penal puede afirmarse que la forma de culpabilidad más importante, aunque a medida que nuestra sociedad se hace más compleja es una verdad menos rotunda, es el dolo ya que como ha señalado J.M. RODRIGUEZ DEVESA, "en nuestro Código la forma básica es el dolo. Sólo son castigados, en principio los delitos dolosos. Los delitos culposos se castigan por excepción en los casos que determina la Ley." *Derecho Penal Español...*, op. cit., pág. 458. Por el contrario, el Derecho Sancionador se caracteriza por la escasa incidencia de las infracciones a título de dolo. La infracción administrativa afecta fundamentalmente a acciones de carácter culposos, lo que sitúa el concepto de culpa en el centro nuclear de la culpabilidad.

dentro del Derecho Sancionador a través de las manifestaciones más importantes del elemento culpable y en concreto a través de las causas de exculpación del Derecho Sancionador.

No obstante, de forma previa, efectuaré algunas puntualizaciones sobre la culpabilidad -en la acepción que aquí interesa- en los órdenes civil y penal, y su relación con principios que conectan con este elemento, tales como la presunción de inocencia y de culpabilidad, ya que únicamente ello permitirá analizar la cuestión en el orden administrativo con un cierto rigor.

1.2. Planteamiento en el orden civil y penal. La equívoca tensión presunción de culpabilidad civil-presunción de inocencia penal.

Como he recordado anteriormente, la relación entre culpa y responsabilidad es un elemento común a todas las ramas del Derecho, si bien en cada orden jurídico se manifiesta con unas características propias⁸. La ciencia penal ha relacionado tradicionalmente la culpa con la omisión de la diligencia debida, con la falta de cuidado o atención para evitar el resultado antijurídico y por tanto se encuentra íntimamente relacionada con la previsibilidad razonablemente exigible⁹. Como ha señalado J.M. RODRIGUEZ. DEVESA "la culpa es una forma de culpabilidad, porque con independencia de lo que el sujeto sabía y quería realmente, pudo haber obrado de otra manera a como lo hizo"¹⁰. Por su

8. Tal y como he señalado anteriormente, G. QUINTERO OLIVARES ha analizado esta cuestión y ha puesto de manifiesto la universalidad de esta relación: "La afirmación de que dolosidad o culposidad integran una categoría general significa que en cada una de las parcelas del sistema jurídico cuando se describe cualquier especie de conducta humana, ésta será dolosa o culposa. Cuestión distinta es que ese componente subjetivo, aparece de modo diferente en el derecho penal y en el no penal, así como que la prueba de su existencia se apoye o no en presunciones (ver.: la diferencia entre el dolo del alzamiento de bienes y la acción realizada en fraude de acreedores)". La autotutela, los límites al poder sancionador..., op. cit., pág. 265.

9. El art 1, según redacción de la Ley Orgánica 8/83, señalaba que "son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado al menos, por culpa." El art. 5 del vigente Código penal señala que "No hay pena sin dolo o imprudencia" - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre-. J. M. RODRIGUEZ DEVESA señala que "actúa culposamente el que omite la diligencia debida". Derecho Penal Español..., op. cit. pág. 473. Este autor cita definiciones de otros autores de similar contenido: "ANTON ONECA I (1949), pág. 217, "voluntaria omisión de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico." A. COBO DEL ROSAL "Lecciones I", 1960, pág. 418, "la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiere prestado la diligencia debida." Derecho Penal..., op. cit., pág. 473.

10. Derecho Penal Español..., op cit., pág 481.

parte, el Código Civil y la doctrina jurisprudencial civil, establecen el parámetro en la previsión de un buen padre de familia o la exigencia de prevención de un hombre medio en relación a las circunstancias¹¹. Se trata de un error en el cálculo sobre la producción de un resultado, que se podría haber evitado poniendo toda la atención o cuidado exigibles conforme a criterios razonables. En consecuencia, puede afirmarse que, tanto en el orden penal como en el civil, la culpa remite a la diligencia debida y ésta a lo razonablemente exigible pues como ha señalado la doctrina civilista, no existe una diferencia cualitativa entre la culpa civil y penal ya que no existen dos conceptos de culpa diferentes. La diferencia radica en una diversa valoración de tal diligencia exigible que resulta más estricta en el ámbito civil que en el penal¹².

Pero, a partir de este común planteamiento normativo, la responsabilidad civil ha intensificado, en relación con algunos supuestos, la exigencia de diligencia, del deber de cuidado, hasta tal extremo que, en algunos ámbitos, termina prescindiendo del elemento culpable. El Tribunal Supremo ha desarrollado una línea jurisprudencial tendente, de forma progresiva, a una mayor garantía del lesionado, que en un primer momento supuso un cambio jurisprudencial sobre la prueba de la negligencia del causante material. Con anterioridad a esta

11. El reconocimiento normativo de la culpa como requisito de la responsabilidad civil extracontractual diferente de la penal tiene sus raíces en el Derecho Romano, pues como señala J.L. LACRUZ BERDEJO, en los sistemas primitivos se confundía "la idea de pena con la de reparación; la responsabilidad penal con la civil". Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones..., op. cit., pág. 474. En el Derecho Romano, señala asimismo J. L. LACRUZ BERDEJO "las más graves, los criminales", suponían un atentado contra el Estado, que se reprimía por la autoridad en nombre del pueblo y se castigaba con penas corporales o multas en favor del erario. Mientras las otras infracciones, los delitos, no movilizaban al poder público sino a instancia de la parte ofendida: en esta clase entraban el hurto, las lesiones infringidas a la persona y el daño en las cosas. Este último, el "damnum iniura datum", fue tipificado por la "Lex Aquilia" (acaso del año 286 a.C.) como causa o fuente de un derecho del perjudicado a la reparación con una fórmula muy general." Elementos..., op. cit., pág. 474.

12. La absolución en vía penal, no implica la inexistencia de responsabilidad por ilícito civil que podrá hacerse valer ulteriormente con arreglo a los cánones más rigurosos aplicados por los tribunales civiles. Como señala J. L. LACRUZ BERDEJO, "la jurisprudencia explica, también en estos casos, cómo el resultado de hechos probados de la Sentencia penal, sólo vincula en cuanto a la existencia del hecho, y no prejuzga "si el hecho tiene otras valoraciones jurídicas cuya calificación y efectos han de ser apreciados por los tribunales de otro orden; esto es, que la absolución no exime de responsabilidad civil si el tribunal civil aprecia la existencia de negligencia de este orden, aunque falte culpa penal. Puede, así, el tribunal civil, no sólo "valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica (Sentencia 30 mayo 1983; ver también la de 4 diciembre 1984)" Elementos..., op. cit., pág. 496.

línea jurisprudencial, el perjudicado debía probar de forma clara la negligencia del causante, lo que hacía muy difícil la consecución con éxito de la reclamación resarcitoria. El Tribunal Supremo, concretó este cambio de criterio a través del principio de presunción de culpabilidad, de manera que el causante del daño debía probar la existencia de un motivo de exclusión de la culpabilidad¹³. Esta doctrina ha tenido su principal proyección en relación con aquellas actividades cuyo ejercicio conlleva “per se” un riesgo para los bienes y personas, pues se considera que, en las mismas, la responsabilidad surge por el solo daño producido, lo que lleva a plantear esta exigencia como una suerte de contrapartida a la utilidad proporcionada¹⁴.

Quiero resaltar que se trata, en todo caso, de una presunción relativa a la concurrencia de negligencia, pero no a la autoría de los hechos ocurridos. En estos supuestos el perjudicado debe probar los hechos y determinar el sujeto causante

13. En el ámbito contractual, la carga de la prueba de haber actuado con la diligencia debida la tiene el incumplidor de su obligación -art. 1183 CC-. En el ámbito extracontractual se ha venido entendiendo que la carga de la prueba de que el daño ha sido causado por una acción negligente compete al perjudicado. Como señala J. L. LACRUZ BERDEJO, “partiendo de la idea de que el causante del daño extracontractual no es un obligado frente a un concreto acreedor, parece, a la vista del art. 1124 C.C. (según el cual al acreedor incumbe la prueba de que lo es), que será al perjudicado que reclama el resarcimiento a quien corresponda demostrar no sólo el daño y su autoría sino asimismo la culpa o negligencia del agente” *Derecho de Obligaciones. Vol. Primero. Parte General, Delito y Cuasidelito, Segunda Edición, Librería Bosch*, pág. 510. Pero posteriormente el Tribunal Supremo ha ido flexibilizando esta exigencia mediante la elaboración del principio contrario de presunción de culpa. Tal como señala J. L. LACRUZ BERDEJO, la doctrina civil ha señalado dos argumentos teóricos: “uno, que el causante de un daño es un obligado (a respetar la integridad de la persona y el patrimonio ajenos) de modo que infringiendo su deber sobre cosa que resulta “ex re ipsa” del hecho del daño causado, es él quien tiene que justificar el incumplimiento. Y otro que si el art. 1903 obliga a responder por actos ajenos es decir a personas distintas del agente presumiéndolas culpables “in vigilando” o “in eligendo” a partir de la mera realización del hecho dañoso, con mayor razón se habrá de presumir la culpa de quien responde por actos propios”. *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., pág. 511.

14. La Jurisprudencia es, desde hace años, uniforme por lo que dos ejemplos darán idea de lo expuesto. Por una parte, la Sentencia de 30 de mayo de 1992 (Ar. 4832), señala que en los casos de actividad de riesgo “se ha llegado a la objetivación de la responsabilidad prescindiéndose de la culpabilidad al contemplarse estados de riesgo creado es decir no existente pero que se aporta a la vida social por el hacer voluntario de determinada persona o entidad lo que encuentra fundamento en justicia efectiva al concentrar la responsabilidad en quien crea riesgo, pues los daños así ocasionados no deben quedar inánimes y han de ser debida y necesariamente reparados”. En otras ocasiones ha evitado emplear el término responsabilidad objetiva por cuanto lo considera incompatible con la propia enunciación del art. 1902 CC. Así, la Sentencia de 12 de enero de 1993 (Ar. 762), relativa a un supuesto de responsabilidad por tendido eléctrico con motivo de los daños producidos a unos pintores de semáforos cuya escalera contacta con el tendido, señala que existe un acercamiento al criterio de soluciones cuasiojetivas en actividades de peligro, mediante la exigencia de una apurada diligencia en el actuar del que cree la situación de peligro.

de los daños y es, una vez acreditado todo ello, cuando entra en juego la presunción de que tal autor ha causado los daños a título de negligencia. Este doble aspecto, que en un plano teórico resulta claro, pone de manifiesto la equívoca confrontación de principios entre presunción de inocencia y presunción de culpabilidad. El Derecho a la presunción de inocencia, tal como viene aclarando la doctrina penalista, hace referencia únicamente a la realización de los hechos y a la participación en los mismos. La concurrencia de negligencia no se encuentra protegida por el citado derecho fundamental, siendo el resultado, según se ha dicho, de la valoración conjunta de la prueba practicada por parte del juez¹⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional confirma el contenido del derecho a la presunción de inocencia en cuanto prohibición de una imputación objetiva de los hechos, al señalar que el derecho a la presunción de inocencia -ex art. 24 de la Constitución- ha de entenderse en el sentido de no autoría, de no participación en él mediante la producción material en el resultado. De forma que no deja lugar a dudas, la Sentencia de 92/1987, 3 de junio declaró que "hay que añadir a ello que de la presunción constitucional de inocencia no deriva necesariamente el carácter fortuito o no negligente de los hechos. Si los hechos y entre ellos el comportamiento causante del resultado previsto por la Ley penal han sido probados, decidir si tal comportamiento ha sido imprudente o fortuito es materia dejada a la valoración judicial"¹⁶.

15. El sentido equívoco del término culpable se pone asimismo de manifiesto en relación con el derecho constitucional a la presunción de inocencia. La propia doctrina penalista ha puesto de manifiesto esta aclaración. Como señala J. M. LUZON CUESTA, "la presunción de inocencia tiene naturaleza y carácter procesal al no incidir directa o indirectamente sobre la calificación típica de los delitos ni tampoco sobre la responsabilidad penal de los inculcados sino que su ámbito de aplicación se circunscribe a que la culpabilidad de los mismos resulte debida y suficientemente constatada en las actuaciones" pero siendo consciente de lo equívoco del término empleado aclara a continuación: "Entendiendo este término de culpabilidad según matiza la jurisprudencia no como inserto en el sentido propio del vocablo en el área o ámbito jurídico penal sino equivalente a participación a su vez considerada como intervención material en el resultado". La presunción de inocencia ante la Casación, Ed. Colex, Madrid, 1991, pág. 21.

El derecho fundamental alegado, se refiere únicamente a la participación en los hechos delictivos desde una perspectiva procesal, pero excluye el elemento subjetivo si el resultado antijurídico se ha producido por imprudencia o a pesar de la diligencia debida. Recuerda asimismo J. M. LUZON CUESTA que "la presunción de inocencia, según la jurisprudencia, tampoco proyecta su ámbito de aplicación sobre la concurrencia de atenuantes o eximentes, de tal modo que las partes acusadoras se vean obligadas a acreditar que todas y cada una de ellas no han concurrido en el caso, ya que la prueba de su existencia recae sobre el acusado...". La presunción de inocencia..., op. cit., pág. 24.

16. El Tribunal Constitucional señala respecto de la presunción de inocencia, que "es, asimismo, una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos que pueden ser objeto de prueba, incluyendo, como es lógico dentro de los hechos, la prueba de la autoría de quien resulte imputado o su

Esta doctrina jurisprudencial se ha reflejado en la actitud del Tribunal Supremo que ha diferenciado asimismo en términos muy evidentes los dos planos materiales (hechos y participación en los mismos y existencia o no de negligencia). El contenido del derecho a la presunción de inocencia se refiere únicamente a la participación en los hechos¹⁷. Por el contrario, la existencia o inexistencia de imprudencia es el resultado de la valoración del conjunto de pruebas practicadas donde cada parte habrá intentado probar lo alegado: la acusación deberá probar la imprudencia del inculcado, y éste su propia diligencia o en su caso, la concurrencia de una causa de exculpación.

Presunción de inocencia, pues, y presunción de culpabilidad hacen referencia a planos diferentes de la responsabilidad. La primera, además de informar la participación de los hechos, es un derecho fundamental; el segundo es una característica que tiene su origen en del Derecho Civil, ajeno por lo tanto a los principios de Derecho Penal, pero no es contrario al contenido material de ningún derecho fundamental, pues se refiere únicamente a la concurrencia o no de negligencia.

Además, esta puntualización permite distinguir con claridad el doble alcance que tiene la responsabilidad objetiva. Por una parte, toda imputación de hechos constitutivos de una acción típicamente antijurídica "ex lege" como consecuencia de las condiciones objetivas del inculcado (relación de parentesco, propiedad o

participación. Como dice la Sentencia 141/1986, de 12 de noviembre, la inocencia de que habla el art. 24 de la Constitución ha de entenderse en el sentido de no autoría, no de producción del daño o no participación en él. Hay que añadir a ello que de la presunción constitucional de inocencia no deriva necesariamente el carácter fortuito o no negligente de los hechos". -STC 92/1987, de 3 de junio FJ 1- En el mismo sentido, la STC 150/1989, de 25 de septiembre. Igualmente señala la Sentencia de 21 de noviembre de 1985 que la prueba de tal participación "ha de referirse a cada uno de los elementos de hecho por el cual el juez penal decide condenar en la Sentencia." En relación con la exclusión de los elementos subjetivos del ámbito de la presunción de inocencia, señala el Auto de 20 de diciembre de 1983 que "los elementos subjetivos, de imposible percepción directa, solamente pueden fijarse a través de un proceso de inducción que no implica presunción de culpabilidad, siendo perfectamente compatible con la presunción de inocencia y formando parte de la valoración de los hechos probados cuyo enjuiciamiento corresponde a los tribunales ordinarios."

17. Entre las múltiples Sentencias que confirman esta idea excluyente del elemento de culpabilidad, se encuentra la de 6 de enero de 1985 (Ar. 1577) que señala lo siguiente: "La intención es un factor anímico que no cabe ser captado sensorialmente al permanecer ignoto en el arcano psíquico de cada sujeto debiendo los juzgadores penales deducirlo necesariamente de la manifestación externa y resultado que arroje la exteriorización de la conducta enjuiciada..." o la Sentencia de 2 de enero de 1993 (Ar. 638), que señala el carácter procesal del derecho de presunción de inocencia, que hace referencia a la carga de la prueba referida a la realidad del hecho criminoso y a constatar la culpabilidad del imputado entendida como autoría material del hecho.

posesión) que configura una modalidad de responsabilidad objetiva que parece lógico entender contraria al derecho fundamental de presunción de inocencia. Pero, por otra parte, se encuentra la imputación de, una vez probada la participación en los hechos, haber actuado a título de culpa; esta segunda modalidad de responsabilidad objetiva, en mi opinión, resulta irrelevante desde el punto de vista constitucional pues se refiere a un plano de la actuación excluida de la protección constitucional. Creo que la aclaración de estos términos puede resultar muy útil en el examen del elemento culpable dentro del Derecho Sancionador, ya que el uso que, en ocasiones, se hace de estos conceptos en este orden, no resulta todo lo claro que sería deseable, y su explicación puede dar algunas claves sobre el funcionamiento de este elemento en el Derecho Sancionador, tal como analizo a continuación.

2. La cuestión en el derecho sancionador.

2.1. Aproximación a la controvertida aceptación del elemento culpable en la infracción administrativa. Su situación actual.

Seguramente la determinación de la concurrencia, y en su caso, del contenido y efectos de la culpa dentro de la infracción administrativa resulta, aún hoy día, uno de los elementos más controvertidos del concepto de infracción administrativa¹⁸.

Pero, aunque el debate persiste tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, lo cierto es que cabe detectar un cambio de planteamiento a lo largo del tiempo, de tal manera que los actuales términos difieren de aquellos otros que definieron el marco del debate en las iniciales afirmaciones sobre la potestad sancionadora. En efecto, en un primer momento, la doctrina que analizó la potestad sancionadora parecía inclinarse por no dotar al elemento culpable en la infracción administrativa de un carácter esencial, aunque algún autor llegó a criticar las injustas consecuencias de una estricta aplicación de la responsabilidad objetiva¹⁹. Aunque la década de los años 70 fue testigo de conocidos intentos de replan-

18. Un posterior repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde -hoy día- conviven pronunciamientos contradictorios sobre la efectiva concurrencia de la culpa en la infracción administrativa, despejará cualquier duda sobre el alcance de esta afirmación.

19. Así, F. CASTEJON Y MARTINEZ DE ARIZALA se inclinó por un concepto de infracción que excluye la culpa. *Faltas penales, gubernativas y administrativas*. IEAL., 1950, Madrid, pág. 67. Por su

tear globalmente las pautas de la potestad sancionadora de la Administración, lo cierto es que la culpabilidad no fue objeto de atención por parte de estos autores, seguramente como consecuencia del evidente carácter prioritario que en aquel momento tenía aclarar otras cuestiones²⁰.

Los primeros pasos tendentes a una justificación teórica del elemento culpable fueron dados por el Tribunal Supremo. Puede, incluso, señalarse como punto de inflexión un pronunciamiento concreto, que posteriormente ha sido recordado con reiteración por el propio Alto Tribunal, por su carácter histórico, en la exigencia de la culpabilidad en la infracción administrativa. Esta exigencia surgió como consecuencia de un planteamiento más amplio de la infracción administrativa fundamentada en su identidad sustancial con la naturaleza del delito²¹.

Con ello se introdujo un planteamiento alternativo sobre la culpabilidad que ya no desaparecerá dentro de la doctrina jurisprudencial y, aunque convivirá con

parte M. MONTORO PUERTO pareció adoptar la postura contraria, al criticar algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo de imposición de sanciones con fundamento en una relación objetiva -dueño de la embarcación- por sus injustas consecuencias. La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción. Ediciones Nauta S.A., pág. 105.

20. De esta manera, los trabajos de J. R. PARADA VAZQUEZ Y L. MARTIN RETORTILLO -referencias ineludibles de los años 70-, no plantean el problema de la culpabilidad. Los grandes problemas sobre la judicialización de las sanciones administrativas, o la gravedad que suponía la ausencia de garantías mínimas del administrado, exigían en aquel momento una atención sobre cuestiones previas a la propia culpabilidad. No obstante, una expresa aunque escueta mención se encuentra en J. GONZALEZ PEREZ que, en sus Comentarios a la Ley de Orden Público -Publicaciones Abella. Madrid. 1971- defiende la existencia del elemento de culpa en los siguientes términos: "Por último, es necesario que la acción voluntaria sea imputable a un sujeto culpable. No puede hablarse de contravención en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor", pág. 67.

21. La Sentencia de 9 de enero de 1972 (Ar. 876), -Ponente Sr. Mendizabal y Allende-, con ocasión de una multa impuesta a tenor del Reglamento de Policía de aguas y sus cauces de 14 de noviembre de 1958 señala "que las contravenciones tipificadas en los arts..., no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal ya que se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoméricas entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal...". Señalando más adelante que "además, la imputabilidad, elemento esencial de la culpabilidad, significa que el hecho antijurídico ha de constituir el efecto del comportamiento de una persona determinada y conocida...sin posibilidad de responsabilidad objetiva o basada en una simple relación con una cosa para legitimar la potestad sancionadora". Esta Sentencia ha sido calificada posteriormente por el propio Tribunal Supremo de verdadero "leading case". Ejemplo de ello es la Sentencia de 8 de enero de 1990 (Ar. 7316), entre otras, que señala que "en este doble aspecto conviene traer a colación que el art. 25 de la Constitución Española equipara en sus líneas maestras el "Ius Puniendi" del Estado y la potestad sancionadora más arriba mencionada, equiparación que tiene su origen inmediato en la Sentencia que el "9-2-1972", había dictado la vieja Sala Tercera de este Tribunal Supremo donde se anticipan lúcidamente, con los materiales legislativos de la época, planteamientos y soluciones ahora consolidados".

la tesis contraria -aceptación de la responsabilidad objetiva- hasta nuestros días, su presencia y efectos puede considerarse cada día más intensa²².

Pero el debate interno del Tribunal Supremo no se ha reflejado, desde un punto de vista teórico, en nuevas aportaciones al problema. Efectivamente, la doble línea jurisprudencial ha girado desde entonces en torno a los mismos términos extremos. En unas ocasiones se niega su existencia y en otras se afirma, pero siempre dentro de un mismo planteamiento: o bien lo considera una exigencia general del Derecho Punitivo, o bien lo niega por considerar que el Derecho Sancionador origina una responsabilidad objetiva²³. A partir de este primer paso el desarrollo del efectivo contenido de la culpabilidad en el ámbito administrativo obedece a un esfuerzo de la doctrina dentro del renovado replanteamiento general de la potestad sancionadora que posibilitó la Constitución.

En concreto, el contenido y alcance de la culpabilidad como elemento de la infracción ha surgido como verdadero objeto de reflexión, una vez delimitadas las grandes pautas constitucionales sobre la infracción administrativa²⁴. La doctrina elaboró dos tesis en función de visiones más o menos penalistas del ilícito administrativo²⁵. En un caso, la exigencia a ultranza de proyectar la

22. En el examen de los diferentes aspectos que plantea la culpabilidad creo que cabe detectar una mayor inclinación por su exigibilidad, de tal manera que son cada día más numerosos los pronunciamientos que admiten los efectos de la culpabilidad que los contrarios. J. SUAY RINCON ha señalado el año 1983 como fecha decisiva en el cambio del Tribunal Supremo, aunque admite la imposibilidad de detectar unos trazos claros que definan una doctrina general de la Jurisprudencia. Sanciones administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 187. A. DE PALMA DEL TESO ha realizado un interesante estudio sobre la evolución del principio de dolo en nuestro Derecho Sancionador. El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 109 y sgtes.

23. Pero como luego veremos, tras esta doble línea jurisprudencial tan aparentemente irreconciliable, subyace otra realidad que puede servir como punto de partida para intentar establecer un cierto hilo conductor en su Jurisprudencia: no siempre es el planteamiento teórico previo sobre el elemento culpable el que guía el examen sobre el supuesto concreto, sino que el supuesto y su potencialidad aparente para admitir un elemento subjetivo, es lo que le lleva a realizar las afirmaciones generales sobre la configuración de la infracción administrativa.

24. En su libro La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional. EDESA, 1985, F. SANZ GANDASEGUI realiza un estudio sobre los efectos de la constitucionalización de la potestad sancionadora. Por su parte, J. SUAY RINCON a partir de su defensa sobre la identidad sustancial entre ilícito administrativo y penal, reivindica la aplicación de los fundamentales principios penales al Derecho Sancionador. Sanciones administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

25. Estas dos tesis han sido mantenidas fundamentalmente por dos autores -M. REBOLLO PUIG y A. NIETO GARCIA- que posteriormente analizaremos con atención.

estructura dogmática del delito en la infracción administrativa obliga a interpretar su contenido en clave penal. La segunda posición, con un espíritu más realista del orden sancionador, parte de su configuración como un orden jurídico integrado bajo los mismos principios del "Ius Puniendi" pero, por entenderlo autónomo frente al Derecho Penal, reconoce concomitancias con el orden civil.

A pesar de esta doble posición, lo cierto es que ambas tesis arrancan de un punto de partida común. No se trata -dirá el A. NIETO- de plantear la existencia o inexistencia del elemento culpable, sino de delimitar el contenido de la culpabilidad en el Derecho Sancionador, de concretar las peculiaridades, las específicas características del elemento culpable en la infracción administrativa²⁶.

El problema no consiste, pues, en la actualidad, en averiguar si la culpabilidad concurre en la infracción administrativa, sino que, aceptada su existencia, la cuestión se reconduce a conocer cuál es su comportamiento y características. En la propia doctrina se han señalado algunas especialidades del elemento culpable en el Derecho Sancionador. Por una parte, M. REBOLLO y A. DE PALMA consideran que existe una diferencia en la intensidad de esa culpabilidad en el Derecho Administrativo respecto del Derecho Penal, de tal manera que aquél exige una diligencia más intensa, lo que supone una reducción del campo de acción de la culpabilidad. Se trata de una diferencia cuantitativa. Como justificación de tal diferencia cuantitativa M. REBOLLO señala dos aspectos. Uno de carácter general para todo el Derecho Administrativo, por cuanto, desde el momento en que se inicia una actividad especial, debe exigirse una determinada diligencia específica, que además, varía en función de la naturaleza de la actividad de que se trate²⁷. El segundo

26. A. NIETO GARCIA, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos., Madrid, 1993, pág. 294.

27. Señala M. REBOLLO PUIG que "el deber objetivo de cuidado depende de la concreta acción que desarrolle el sujeto ...y esta diversidad, incluso dentro de los mismos delitos, tiene una razón evidente ya que el cuidado requerido en cada caso es determinado por el ordenamiento y éste no lo exige con la misma intensidad para pilotar un avión, un coche o para pasear como peatón". Potestad sancionadora, alimentación y salud pública. Ministerio para las Administraciones Públicas, Colección Estudios, Madrid, 1989, pág. 639. En esta misma línea parece situarse A. DE PALMA DEL TESO cuando señala que "en el Derecho Sancionador Administrativo, al igual que en el Derecho Civil y al contrario de lo que sucede en el Derecho Penal, que daría una tercera categoría que sería la modalidad menos grave: la culpa levísima. Coincide con la "simple inobservancia" a que se refiere el art. 130.1 de la LRJ-PAC, y supone la vulneración de la norma de cuidado, que respetaría la persona más diligente, la inobservancia del cuidado y atención que debería respetar al más cuidadoso. Sin embargo, este máximo deber de diligencia sólo se impon-

aspecto, tiene un carácter específico de la materia de alimentación que analiza, y deriva del riesgo potencial que entraña su condición de actividad dedicada al público "por lo que nada tiene de singular que se exija un especial cuidado a quien la desarrolla, distinto del que puede requerirse a quien acomete una actividad de la que rara vez resultará un daño o cualquier forma de perturbación del orden público"²⁸.

Por otra parte, el Derecho Sancionador adelanta la barrera de protección del bien protegido, ya que configura, con carácter general, infracciones de peligro abstracto, donde no existe ni un daño real, ni un peligro concreto sino únicamente estadístico o hipotético²⁹; y dentro de ellas, se encuentra generalizada la tipificación de infracciones de mera conducta o de omisión de tales obligaciones formales, siendo una excepción las infracciones de resultado³⁰.

Para M. REBOLLO y A. DE PALMA, esta generalización en el orden sancionador de lo que en el ámbito penal es excepcional (y normalmente objeto de crítica), implica una mayor dificultad para percibir la existencia del elemento cul-

drá en ciertos casos". El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, 1996, pág. 142.

En concreto, M. REBOLLO PUIG, siguiendo a O. MAYER, señala que la mayor intensidad se debe a la especialidad propia de la actividad de tal manera que existe un deber preexistente de cuidado: "el que comienza una actividad y no está en condiciones de dirigirla conforme a las reglas de policía resulta "efectivamente un hecho contrario a la policía." La cita de O. MAYER es recogida por M. REBOLLO PUIG para defender la tesis de la irrelevancia del deber subjetivo de diligencia en la actividad alimentaria Potestad sancionadora... op. cit. pág. 640. M. REBOLLO PUIG concreta en la materia alimentaria el deber de actuar conforme a la normativa en los siguientes términos: "si acomete tal empresa, concretamente una actividad alimentaria que afecte a los consumidores, debe presumirse a efectos sancionadores la capacidad suficiente para desarrollarla sin perturbar la salud pública y para cumplir con todos los deberes que a tal fin se le imponen pues de lo contrario ya estaría actuando contra su deber .Potestad sancionadora... op. cit., pág. 642.

28. Potestad sancionadora..., op. cit., pág. 639.

29. Aunque lo cierto es que el Derecho Penal cada día protege más situaciones de peligro abstracto. Como señala J. M. RODRIGUEZ DEVESA "la teoría de que todo delito es lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es insostenible a la luz del derecho positivo, pues es incuestionable que hay numerosas figuras de delito en que no se precisa la concurrencia ni por lo tanto la demostración de que se ha producido tal lesión o puesta en peligro, para que la acción se reputé punible". Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 425.

30. Ejemplo de todo ello son las múltiples obligaciones formales, de plazos, de documentos, de autorizaciones, de cuya transgresión no se derive ni daño, ni peligro concreto directo. De manera que, lo que en el ámbito penal es excepcional (y normalmente objeto de crítica) en el orden administrativo se admite por tratarse de una consecuencia inevitable del propio objeto y contenido del Derecho Sancionador como garantía de la efectiva aplicación del ordenamiento jurídico.

pable, propia de este tipo de ilícitos formales o de mera conducta. Consideran que, a diferencia de los ilícitos de resultado donde se distingue con claridad la voluntariedad de la acción (el autor desea apretar al gatillo) y previsibilidad del resultado antijurídico (saber que como resultado de esa acción se va a producir un resultado de muerte)³¹, en los ilícitos de mera conducta cabe, aparentemente, confundir la voluntariedad de la acción, y la previsibilidad y evitabilidad del resultado antijurídico³². Por ello, no resulta extraño encontrar pronunciamientos del Tribunal Supremo que, ante supuestos de infracciones de mera conducta, afirman sin dudar que en las infracciones administrativas no es necesario que concurra el elemento culpable para que de lugar a la responsabilidad sancionadora³³.

Por su parte, A. NIETO³⁴, encuentra dos especialidades que cabe predicar del

31. Los dos planos se distinguen claramente: no es lo mismo la voluntad de apretar un gatillo que el deseo de obtener el resultado de muerte como consecuencia de dicha acción.

32. En todas estas infracciones, como presentación de documentación, solicitud de autorizaciones, etc... se confundiría este doble plano, ya que al identificar el resultado antijurídico con la propia omisión, el elemento subjetivo de los dos, según se indica, tenderían a confundirse. Así M. REBOLLO PUIG señala como causa de esta diferencia lo siguiente: "En primer lugar la tendencia generalizada a crear infracciones de mera conducta; también la generalización de infracciones de peligro abstracto; la no exigencia de resultado al que referir la culpa como se hace normalmente en Derecho Penal; puede finalmente afirmarse que deriva del hecho de que estas infracciones administrativas lo que en verdad tipifican es la imprudencia". Continúa más adelante afirmando que "cuando el resultado falta como ocurre en las infracciones (y también en delitos) de mera conducta esta consideración de la culpa se hace difícil. Entonces la previsibilidad y evitabilidad hay que referirlas a acción no al resultado que no es el elemento del tipo de manera que la culpa se convierte aparentemente en que la acción sea conocida y evitable. Potestad sancionadora, alimentación... pág. 635. En esta misma línea, A. DE PALMA DEL TESO señala lo siguiente: "Desde esta misma perspectiva, hemos de tener en cuenta, asimismo, que si en el Código Penal la mayor parte de tipos son de resultado y de lesión, la mayoría de las infracciones administrativas son de mera actividad y de peligro abstracto". El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, pág. 138. Por su parte, A. CARRETERO PEREZ Y A. CARRETERO SANCHEZ consideran un matiz diferencial del ámbito penal -pág. 143- que "las infracciones administrativas pueden ser de menor entidad, formales, de peligro abstracto y no requieren un resultado. Entonces la previsibilidad se refiere a la acción. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 143.

33. Es ejemplo de ello la Sentencia de 2 de mayo de 1982 (Ar. 4183), (referida precisamente a un recurso de aditivos de vinos) en la que se declara que "si bien la infracción administrativa es un ente fundamentalmente objetivo aunque con el obvio componente subjetivo de la voluntariedad de la acción, la referida objetividad fundamentada en el carácter efectivo incompatible con excusas hermenéuticas y exculpaciones por error iuris". O la Sentencia de 30 de noviembre de 1981 (Ar. 5332) que afirma que "las sanciones administrativas corresponden a infracciones de índole ciertamente subjetiva pero limitada a voluntariedad de la acción o vínculo entre ésta y el sujeto agente como presupuesto de constitución a nivel social de la relación de base individual de imputabilidad propia".

34. Las particularidades que este autor encuentra en el elemento culpable se sitúan dentro de la necesidad que plantea de una visión propia del Derecho Sancionador: "Si el Derecho administrativo Sancionador se limita a navegar en la estela del Derecho Penal y a reproducir miméticamente lo que en él se está haciendo,

elemento culpable³⁵, y en particular, del error sobre la antijuridicidad de la acción. Así, por una parte, considera que la conciencia de la antijuridicidad tiene una explicación coherente dentro del ámbito penal cuyos tipos tienden a coincidir con la conciencia social, lo que no ocurre en el Derecho Administrativo, dada la inabarcabilidad del ilícito administrativo. En el primer caso, existe una relación coherente entre conciencia de la antijuridicidad y error sobre la misma; en el segundo, la conciencia de la antijuridicidad no puede ser real al no tener sentido la exigencia de su general conocimiento, lo cual hace que el error sobre el contenido antijurídico de la conducta deba tener un papel modulador de la culpabilidad diferente³⁶. En su opinión, la vía para salvar la contradicción entre esa ficción sobre el principio de conciencia o conocimiento de la antijuridicidad, y la eventual concurrencia de error, se encuentra en la sustitución del deber de un conocimiento real del contenido antijurídico de sus acciones por la obligación “genérica”, no ya de conocer todo el repertorio de ilícitos, sino de procurar conocerlo³⁷. Por otra parte, considera que en el Derecho Sancionador la conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada se encuentra determinada por la específica posición de la Administración Pública que, por ser normalmente titular del bien jurídico protegido y de la potestad sancionadora, reúne la doble condición de sujeto pasivo de la

cometerá un error dogmático gravísimo y, lo que es lo peor, traicionará los intereses de la Justicia y del Orden Social. Porque si es bueno que el Derecho Administrativo Sancionador abandone definitivamente las actitudes autoritarias del pasado, tampoco es deseable que pierda su identidad ahogándose en los moldes del Derecho Penal, que no son los suyos.” *Derecho Administrativo Sancionador...*, op. cit., pág. 304.

35. A. NIETO GARCIA trata estas especialidades sin perjuicio de las particularidades y modulaciones que señala a lo largo de su estudio para cada uno de los aspectos y elementos donde se proyecta el elemento culpable.

36. Señala textualmente que “en el Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, la situación es muy diferente. Aquí los repertorios de ilícitos son inabarcables y el Estado no puede exigir a nadie que los conozca. El conocimiento real es sustituido por la ficción legal de que se conoce. Por tanto, si la culpabilidad se concibe como conciencia y voluntad de alcanzar un resultado ilícito y se ignora de hecho que es ilícito, el sistema cae por su propia base. En consecuencia, si nos atenemos a la culpabilidad en el sentido penal, el Derecho Administrativo Sancionador se disuelve y queda sustituido por un juego de ficciones y presunciones”. *Derecho Administrativo Sancionador...*, op. cit., pág. 303.

37. Y continúa señalando que “en consecuencia, su responsabilidad le será exigida no ya por sus conocimientos reales sino por los conocimientos exigibles a la diligencia debida.” *Derecho Administrativo Sancionador...*, op. cit., pág. 304. Señala este autor asimismo que “resulta inadmisibles tanto la absolución genérica de quien alega error o ignorancia (y pide que la administración le pruebe lo contrario) como la condena genérica basada en la presunción de que se conocen todos los ilícitos”. A. NIETO GARCIA considera que la matización viene dada por cuanto resulta irrelevante la perspectiva sobre el efectivo conocimiento del ilícito teniendo por el contrario relevancia sancionadora precisar si estaba obligado a conocerlo o no “puesto que eso se mide por la diligencia exigible a cada persona.” *Derecho Administrativo Sancionador...*, op. cit., pág. 304.

acción y “juez” de los hechos constitutivos de infracción administrativa. Esta especial relación entre autor y Administración dota de un contenido especial al elemento culpable, ya que la propia actuación de la Administración podrá inducir a error y, por tanto, podrá modular o excluir la creencia o conciencia de la antijuridicidad³⁸.

Creo que sobre el planteamiento descrito del elemento culpable cabe realizar alguna puntualización adicional al funcionamiento del elemento culpable en el Derecho Sancionador, pues entiendo que si bien es cierto que la diligencia exigible, el cuidado debido, resulta más intenso que en el orden penal, ello no explica el funcionamiento real y completo del elemento culpable dentro de la infracción administrativa. En efecto, creo que la declaración sobre el menor campo de acción del elemento de culpabilidad constituye una conclusión generalizada para todo el Derecho Sancionador que no permite ver con claridad que la culpabilidad se mueve de una forma heterogénea dentro del Derecho Sancionador, en función de las características específicas de cada sector del ordenamiento. De esta manera entiendo que las declaraciones genéricas para todo el Derecho Sancionador deben dejar paso a otras manifestaciones que tengan en cuenta la heterogeneidad que caracteriza al Derecho Sancionador. Se trata de una conclusión que exige analizar con detenimiento dos de las causas de exculpación más importantes dentro del Derecho, el “caso fortuito” y el “error exculpable”, pues tal heterogeneidad se pone de manifiesto en el examen de los supuestos concretos. Aunque las causas de exculpación no se reducen a estos motivos de exculpación, ya que tal como se pone de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son diversas las circunstancias que pueden dar lugar a la no exigibilidad de una conducta³⁹, examinaré el

38. A. NIETO GARCIA aclara la idea con dos ejemplos: “Si la Administración cambia de la noche a la mañana el sentido de dirección de una calle, resulta difícilmente exigible a los conductores el cumplimiento inmediato de la prohibición, aunque esté debidamente señalizada, puesto que el hábito de circular en un determinado sentido provoca inevitablemente la desatención de las señales. Imaginemos ahora una zona en la que está prohibido aparcar, pero en la que tradicionalmente la Administración tolera que así se haga hasta que un día impone un cumplimiento riguroso. En ambos casos opera para los infractores formales la buena fe; la confianza legítima en una determinada conducta tolerante de la Administración, que puede exonerar de la responsabilidad”. *Derecho Administrativo Sancionador*., op. cit., pág. 304.

39. A título de ejemplo de este amplio campo de actuación para la buena fe dentro del Derecho Sancionador, pueden citarse los siguientes ejemplos: La Sentencia de 22 de noviembre de 1996 (Ar. 8965), examinó la sanción impuesta por la Administración en materia laboral a otra Administración por el pago de los salarios con retraso. El Tribunal de primera instancia señaló que “los trabajadores contratados por la Administración de correos sufrieron retrasos en la percepción de sus haberes entre un mes y cinco meses, quedó acreditado

funcionamiento de este elemento a través del “caso fortuito” y “error invencible”, ya que, por una parte, constituyen los paradigmas más claros del funcionamiento del elemento culpable de la infracción, y por otra parte, tienen unas posibilidades concretas en el Derecho Sancionador que creo merecen una atención específica.

3. Caso fortuito.

El Código Penal, fundamentalmente a partir de la reforma de 1983, ha recogido el caso fortuito como una causa de exculpación⁴⁰. La Ciencia Penal define el caso fortuito como todo accidente que interrumpe el nexo causal entre la acción y el resultado, cuando además no ha existido negligencia imputable al agente. El Tribunal Supremo -Sala Segunda-, a través de una uniforme doctrina jurisprudencial, viene señalando que son dos los elementos que constituyen la definición legal del “caso fortuito”: por un lado, el elemento objetivo constituido por la producción del hecho “por mero accidente” y por otro, el subjetivo cual es que el resultado dañoso no sea achacable al agente a título de dolo ni al de culpa⁴¹. Exime, pues, de

que ello vino motivado, en unos casos, porque la contratación laboral por parte de la Administración debe discurrir por un cauce procedimental reglado, ...sobre contratación para la realización de trabajos específicos, impone una tramitación compleja con una fase de preparación, fiscalización y formalización y posterior intervención crítica de las nóminas de salarios, que se complica en supuestos en el que como el de autos aún autorizándose la exención de aquellos trámites...supone un plus de complejidad ...Esta circunstancia excluye la intencionalidad o malicia en el actuar de la Administración contratante, el elemento subjetivo del injusto, de inexcusable concurrencia en el tipo infraccional que se considera que, como bien argumenta la demandante, mira al impedimento y consiguiente extremo que la propia Administración demandante intentó paliar facilitando a los trabajadores cantidades a cuenta...” -FJ primero de la Sentencia paleada. En la Sentencia de 3 de enero de 1996 (Ar. 3584), el Tribunal Supremo analizó una sanción impuesta en materia de Seguridad Social, por no haber comunicado en tiempo y forma el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio. Entre otras circunstancias señala el Tribunal Supremo que “la empresa sancionada ha acreditado que cumplió con el deber de comunicación del alta de la trabajadora, ya que, tal como refleja la sentencia de instancia, en el expediente administrativo aparece una carta de la Asociación de empresarios Hortofrutícolas de Murcia en la que se manifiesta que Correos llevó la comunicación del alta un sábado, dentro de los cinco días naturaleza, que por estar cerrada la oficina no la volvieron a llevar hasta el siguiente miércoles, día 15 produciéndose efectivamente un retraso que no es imputable a la entidad ...sino que es imputable al mal funcionamiento de un servicio ajeno al afectado...”

40. El derogado art. 6 bis b), según redacción de la Ley Orgánica de reforma de 1983 señala ba que “si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible”. Esta Ley dejó sin contenido el supuesto particular del caso fortuito recogido en el número 8 del art. 8 que eximía de responsabilidad a quien “en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo”.

41. SSTs de 25 de enero de 1985 (Ar. 2138), de 9 de diciembre de 1986 (Ar. 7859), y de 30 de enero de 1990 (Ar. 2665).

responsabilidad, lo imprevisible, o lo que siendo previsible es inevitable, lo que resulta de forma inopinada, sin conexión lógica con el discurrir de la acción del agente⁴².

Por su parte, la doctrina y jurisprudencia civil, a pesar del silencio legal respecto de la responsabilidad extracontractual, han considerado asimismo -con fundamento en la regulación de la responsabilidad contractual-, que la causación del daño debida a un agente imprevisible, irresistible o inevitable, exime de responsabilidad, es decir en los casos en que el daño es producido como consecuencia de "caso fortuito" o de "fuerza mayor"⁴³. Sin embargo, la fuerza mayor contiene unos efectos jurídicos diferentes del caso fortuito, en todos aquellos supuestos en que por tratarse de una responsabilidad objetiva, el caso fortuito desaparece como causa de exoneración de la responsabilidad, de tal manera que exoneran de responsabilidad los accidentes de carácter extrínseco o externo -fuerza mayor-, frente al caso fortuito que tiene un carácter inherente o interno a la propia actividad⁴⁴. Algunos supuestos de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, y con carácter general la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas del Estado, constituyen claros ejemplos de este criterio⁴⁵.

42. Fortuito es lo que no puede preverse - Sentencias de 30 de enero de 1960 (Ar. 244), de 13 de noviembre de 1973 y 7 de enero de 1985 (Ar. 898), o que habiéndose previsto no puede evitarse como factor extraño a la causalidad ordinaria inopinado y súbito que parece sin conexión lógica con el acto o conducta observada - Sentencia de 18 de enero de 1987 (Ar. 2186)-. O en fin como señala la Sentencia de 18 de enero de 1993 (Ar. 2392), se trata de un acontecimiento imprevisto o que siendo previsto fuera inevitable.

43. Señala J. L. LACRUZ BERDEJO que "cuando en la concatenación de causas entre el hecho inicial y el daño se interfiere otro hecho no atribuible al agente primero y si a intervención de los cuales el resultado dañoso no hubiera tenido lugar, el agente primero puede quedar exento de responder si no pudo prever la ocurrencia de la causa extraña en el momento de actuar él...o si la irresistibilidad era un riesgo que no debía asumir". Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero. Parte General. Delito y cuasidelito. Librería Bosch, Barcelona, 1985, Segunda Edición, pág. 531.

44. E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ distinguen la fuerza mayor del caso fortuito en los siguientes términos: "El elemento esencial y el que da la razón, incluso del que acabamos de indicar, es el de la interioridad del evento por relación a la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata, en efecto, de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto. Estos dos elementos faltan, por el contrario, en la fuerza mayor, que como ya hemos notado, se caracteriza por sus contrarios, identificándose con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista". Curso de Derecho Administrativo. Vol. II, Civitas, Cuarta Edición, 1986, pág. 351. J. L. LACRUZ BERDEJO al comentar la responsabilidad ex art. 1985 C.C. señala que la responsabilidad sólo cesa "cuando el perjuicio no nace del riesgo inherente a la tenencia o utilización del animal, interviniendo una causa ajena a la actividad del poseedor o usuario". Elementos..., Vol. II, op. cit., pág. 583.

45. El art. 1905 CC establece que "el poseedor de un animal o el que se sirve de él, es responsable de los

En mi opinión el “caso fortuito” responde, en el Derecho Sancionador, a unas reglas específicas, ya que no tiene el mismo alcance en todos los sectores del ordenamiento. En efecto, algunos sectores del ordenamiento permiten la concurrencia efectiva del “caso fortuito”, pero las exigencias propias de otros sectores ha llevado a un planteamiento que no deja ningún margen de acción a esta causa de exclusión de la culpabilidad. Creo que merece la pena examinar esta cuestión a través de algunos ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por cuanto únicamente a partir de situaciones reales cabe hacerse una idea cabal del problema que rodea a esta figura. En concreto, iniciaré su examen con la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 1981, (Ar. 5332) ya que, no sólo ha sido citada y analizada por diferentes autores que han examinado esta cuestión, sino que, además, creo que pone de manifiesto el juego equívoco que el “caso fortuito” tiene dentro del Derecho Sancionador. En concreto, dicha Sentencia confirmó una sanción impuesta como consecuencia del vertido a aguas públicas sin previa depuración de las mismas y que había acontencido por haberse cerrado una “tajadera que se había dejado abierta”. Según el relato concreto de los hechos, el acequero encargado del centro de bombas había dejado abierta una tajadera de entrada a una finca para que en ningún momento se produjera el desborde de la finca anterior que se estaba regando. Pero en un momento determinado, vio con sorpresa que la tajadera que había dejado abierta estaba cerrada, provocando, al devolver lo que rebosaba en regatos interiores, un pequeño vertido. El Tribunal Supremo ante la alegación del caso fortuito exculpatorio, considera que ha concurrido culpa por parte del vigilante con fundamento en dos afirmaciones:

a) Por un lado, apoya su desestimación en la falta de diligencia del vigilante, ya que considera que el resultado podía haberse evitado mediante una diligencia exigible “por lo que(su conducta) es reprochable al menos a título de culpa”. Entiende, pues, que se ha incumplido el deber de cuidado, lo que excluye el caso fortuito.

b) Pero al mismo tiempo, parece apoyar la exclusión de caso fortuito en la natu-

perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor...”. Por su parte el art. 1908 CC señala que “Igualmente responderán los propietarios de los daños causados...por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito cuando no sea ocasionada por fuerza mayor”. La doctrina y la jurisprudencia ha extendido esta previsión a las llamadas actividades de riesgo. El art. 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor...”

raleza de la actividad de que se trata: “se niega (dice la Sentencia resumiendo la alegación del recurrente) que haya habido dolo o culpa en su causación lo que no puede admitirse en un supuesto como éste, en que se concede un aprovechamiento de aguas públicas que determinen una contaminación de éstas, por lo que se exige un sistema de depuración de las residuales antes de ser devueltas al río”.

c) Por último, la Sentencia alude a un argumento de carácter procesal. En efecto, para el Tribunal Supremo en el Derecho Sancionador, a diferencia del orden penal y civil, rige el principio de presunción de culpabilidad “con el consiguiente desplazamiento de la carga probatoria”⁴⁶.

Pues bien, del contenido de esta Sentencia, se han extraído conclusiones diversas. Por una parte, M. REBOLLO, al comentar la Sentencia, señala que “no se sanciona por un hecho fortuito sino porque existe culpa”, ya que los resultados se habrían “podido evitar mediante una diligencia exigible que era especialmente intensa por el deber de evitar la contaminación”⁴⁷. Parece, pues, concluir que no puede haber técnicamente “caso fortuito”, en la medida en que el vertido se ha producido por una falta de diligencia del vigilante. Por su parte, A. NIETO, que también ha analizado esta Sentencia, lleva a cabo una interpretación contraria del contenido de la Sentencia, ya que parece entender que el “caso fortuito” puede ser punible pues se está sancionando un vertido producido, precisamente, por un accidente⁴⁸. En realidad, para A. NIETO, lo que sucede en estos casos es que, tal como señala la propia Sentencia, se sustituye el principio punitivo de culpabilidad por el de presunción de culpa, en virtud del cual el infractor debe probar los motivos de exculpación⁴⁹.

46. Sentencia de 30 de noviembre de 1981 (Ar. 5332) que en concreto señala que, “mientras que en el ámbito civil o penal la culpa no se presume y ha de probarse frente al presunto responsable, en el Derecho Administrativo Sancionador basta el hecho del vertido tóxico desde una industria con titular responsable de su funcionamiento ante la Administración Pública autorizante, para acreditar la imputabilidad y presumir la culpabilidad con el consiguiente desplazamiento de la carga probatoria”.

47. Considera en concreto este autor “que la aparente responsabilidad por hechos fortuitos que se presenta en este campo de infracciones no es tal sino una modulación como consecuencia de la amplitud del deber de cuidado y del deber de no perturbar que lleva ocasionalmente a admitir la existencia de una conducta culpable por no haber hecho todo lo necesario para evitar la infracción”. Potestad sancionadora..., op. cit., pág. 649.

48. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 338.

49. Afirma textualmente este autor que “esta forma de razonar conduce lógicamente a la exclusión en estos casos del principio de la culpabilidad (a lo que se resiste no obstante, M. REBOLLO PUIG para no romper con los principios del Derecho Penal) y sustituirla por la presunción de culpa, cuya exculpación corresponde al propio infractor”. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 339.

Parece, pues, claro que las afirmaciones sobre las relaciones entre el caso fortuito y el deber de cuidado debido se entremezclan en lo que a veces más parece un juego inteligente de palabras, y, por otra parte, dichas afirmaciones sugieren una utilización del argumento procesal relativo a la presunción de culpabilidad que, en mi opinión, no resulta clarificadora.

Por ello, creo que merece la pena efectuar dos puntualizaciones sobre el alcance de estas dos técnicas. En efecto, por una parte, conviene apuntar que, según hemos recordado anteriormente, en la medida que se considere que se ha incumplido un deber de diligencia no cabe hablar de "caso fortuito" en sentido técnico, ya que dicha causa de exculpación exige la concurrencia de dos elementos: el evento accidental y haber puesto la diligencia debida. En un plano teórico, el "caso fortuito" tiene cabida en función de la mayor o menor intensidad de la diligencia debida hasta el punto de que si el deber de diligencia es absoluto, no podrá existir, efectivamente, la sanción de un "caso fortuito", precisamente por cuanto no cabe pensar en ningún supuesto accidental cuya previsión no entre dentro de la diligencia debida. En consecuencia, se debe tener en cuenta que la diligencia debida o exigida es un concepto dinámico que a medida que se intensifica reduce el ámbito del "caso fortuito" como causa de exculpación hasta llegar, en los casos de diligencia absoluta, a su exclusión. Por ello, aunque la Sentencia parte de un planteamiento que a mi juicio es correcto -no puede existir "caso fortuito" en la medida que se ha incumplido un deber de diligencia-, creo que con ello no aborda la cuestión que realmente interesa, es decir, si la diligencia exigible del agente es tan intensa que, en realidad, excluye cualquier supuesto de caso fortuito, o, lo que es lo mismo, si dicha diligencia incluye incluso los eventos imprevisibles.

La segunda puntualización se refiere al alcance del argumento procesal aludido en la Sentencia comentada por A. NIETO. En mi opinión, el principio de presunción de culpabilidad, como asimismo he señalado anteriormente, no se contrapone ni resulta incompatible con el principio de culpabilidad, ni con ningún principio procesal penal. En efecto, el "principio de culpabilidad" expresa la exigencia de que los hechos, para ser punibles, deben ser realizados al menos a título de culpa. Pero como hemos visto, la exigencia derivada de la "presunción de culpabilidad" según la cual, una vez acreditados los hechos, debe ser el supuesto infractor quien acredite la concurrencia de una causa de exculpación, no es una característica específica del orden administrativo sino general del orden punitivo. Y, en fin, como asimismo hemos comprobado, el "principio de culpabilidad" resulta plenamente compatible con el derecho a la "presunción de inocencia" ya que éste afecta

únicamente a los hechos materiales, y aquél, es decir, “la presunción de culpabilidad” a la concurrencia del elemento culpable⁵⁰. La diferencia, por tanto, no debe buscarse en quién debe probar la existencia de una causa de exculpación, sino en qué medida cabe realmente la eventual existencia de un hecho accidental que pueda constituir una causa de exculpación. Por ello, en mi opinión, el alcance efectivo del “caso fortuito” debe plantearse desde una perspectiva más general consistente en averiguar si el deber de diligencia, que implícitamente está exigiendo la Sentencia del infractor, abarca, en realidad, cualquier evento inopinado de carácter interno del funcionamiento de la actividad o, si por el contrario, cabe pensar en algún posible supuesto de carácter imprevisible o accidental que no resulte exigible del infractor⁵¹.

50. No obstante, se debe puntualizar que es cierto que existe una relación entre el grado de exigencia de deber de cuidado y el esfuerzo probatorio del inculpado, pues resulta mucho más intenso en el penal que en el orden civil. En el orden penal, donde la diligencia exigible normalmente es de menor intensidad que en el civil y que en el sancionador, la prueba de su propia diligencia es también menor. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1987, (Ar. 7511) señala que no hay inconveniente en aceptar que el reventón de una rueda sea previsible, pero en el relato no hay datos o elementos de juicio que permitan justificar juicio de previsibilidad al no estar demostrado el grado de uso y el estado de la banda de rodaje u otras causas como podrían ser la defectuosa sujeción o pérdidas súbitas de presión. El inculpado debe probar su propia diligencia acreditando que los hechos se produjeron por un pinchazo, pero su prueba no debe llegar hasta acreditar cual era el estado de la rueda en el momento anterior al reventón. En el ámbito civil, la mayor diligencia intensifica coetáneamente su deber de probarla. De esta manera, en la jurisdicción civil, tal como se infiere de los supuestos citados por J.L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de obligaciones*, Vol I, op. cit., pág 511, el titular del tendido eléctrico o el dueño de la casa donde hubo un escape de gas butano, o el conductor de la hormigonera que produjo daños, o el propio conductor de un vehículo de motor, deben probar su diligencia de forma exhaustiva, hasta sus últimos aspectos, porque exhaustiva es la diligencia que se les exige.

51. Pero, por otra parte, ambas afirmaciones contienen algo que resulta válido. Así en el supuesto de la Sentencia, la tajadera se cierra de forma inopinada, ante la sorpresa del vigilante. Podría por tanto calificarse como accidental, pero desde el momento en que se entiende que no concurrió la diligencia exigible, nunca podría considerarse en sentido estricto que se estaba penando un caso fortuito. Sin embargo, tiene razón también A. NIETO GARCIA cuando dice que un evento accidental ha sido sancionado por incumplimiento del deber de cuidado. Se trata de un cierto juego de palabras que impide analizar con claridad el problema. Es un planteamiento formal que no explica su contenido material, ya que no aclara si el Tribunal considera que la diligencia es tan intensa que, en realidad, excluye cualquier supuesto de caso fortuito.

En mi opinión, la teoría del deber preexistente del que habla OTTO MAYER impide la existencia de un caso fortuito en sentido técnico. Como he indicado, la justificación de su carácter culposos, no se encuentra en la acción concreta, sino en la remota de haber iniciado una actividad de acuerdo con la adecuada preparación y conocimiento. Ello excluye la efectiva concurrencia del caso fortuito, ya que éste siempre tendrá una relación inmediata con el evento concreto que configura el ilícito. La justificación de la existencia de culpa en un caso concreto -en este caso el vertido contaminante- en el incumplimiento de un deber preexistente, imposibilita el examen de la efectiva existencia de incumplimiento del deber de diligencia en el supuesto y por tanto, excluye con carácter general el caso fortuito.

En mi opinión, parece claro que, en realidad, tras la argumentación de la Sentencia concurre la exigencia de una diligencia absoluta, pues si el caso analizado -vertido por el cierre inopinado de una tajadera- no configura un caso fortuito, no resulta fácil imaginar qué evento hubiese constituido un "caso fortuito". En efecto, entiendo que si una tajadera que se cierra inopinadamente cuando, de acuerdo con una razonable previsión, debería haberse mantenido abierta no configura un supuesto excluido de la diligencia debida, parece difícil pensar en la posible existencia de un evento que pudiera constituir un hecho accidental excluido del ámbito de previsión exigido del autor de los hechos. Y si cualquier fallo interno imaginable (vr. gr. de alguna pieza de la tajadera en normales condiciones de utilización, o de alguna pieza del sistema de depuración) integra el ámbito de previsión exigible del infractor, parece claro que nos encontramos ante un supuesto en el que el ordenamiento está exigiendo una diligencia absoluta⁵².

Pero, al mismo tiempo, entiendo que de esta posible conclusión, no cabe excluir con carácter general la eventual concurrencia del "caso fortuito" en el Derecho Sancionador. En efecto, la formulación adecuada de esta cuestión pasa por aceptar que, dentro del Derecho Sancionador coexisten una variedad de situaciones que pueden responder a criterios diversos, de tal manera que algunos sectores del ordenamiento permiten asumir esta causa de exculpación y otros no. En mi opinión, la Sentencia comentada apunta la dirección adecuada cuando alude, en la explicación de la solución adoptada, a las circunstancias específicas del sector del ordenamiento que examina -la protección de la contaminación de las aguas públicas-, que exige un deber de cuidado muy intenso⁵³. En concreto, la alusión de la Sentencia a las características de la actividad que analiza -vertido de aguas- sugiere una configuración del "caso fortuito" en el Derecho Sancionador de carácter heterogéneo, en la medida que parece señalar que la exigencia del deber de cuidado no resulta homogénea en todos los sectores del ordenamiento, sino heterogénea, en función del interés público concurrente, de tal manera que algunos sectores pueden llegar a vaciar de contenido el supuesto de "caso fortuito". De hecho, de

52. Creo, por tanto, que está implícitamente afirmando que se trata de un ámbito donde el caso fortuito no existe, es decir donde el deber de cuidado incluye la previsión de cualquier situación accidental.

53. Señala la Sentencia de 30 de noviembre de 1981 que "se niega que haya habido dolo o culpa en su causación, lo que no puede admitirse en un supuesto como éste, en que se concede un aprovechamiento de aguas públicas que determinen una contaminación de éstas, por lo que se exige un sistema de depuración de las residuales antes de ser devueltas al río".

un examen más general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede extraerse una posición cercana a esta conclusión:

1.- Así, por una parte, de otros pronunciamientos del Tribunal Supremo que han analizado supuestos similares en relación con la contaminación de aguas puede confirmarse la exclusión del “caso fortuito” de determinados ámbitos. Y ello, a pesar de lo que pudieran sugerir, aparentemente, el contenido de las declaraciones que tales pronunciamientos recogen en un plano teórico.

En concreto, en relación con un supuesto de vertido de “alpechines” al cauce de un río como consecuencia de la rotura de una balsa donde estaban depositados, señala el Tribunal Supremo que se encontraba probado en el expediente que dicho vertido había sido causado por la avería de la estación depuradora municipal que provocó una fuerte avalancha de agua y el subsiguiente rebosamiento de las balsas destinadas a recibir los “alpechines”. De ello concluye que es claro que el rebosamiento y rotura de dichas balsas no pueda imputarse al sancionado, por cuanto, entre su comportamiento y el vertido no se deduce una relación de causa a efecto ⁵⁴.

En un caso similar de vertido de residuos industriales, el Tribunal Supremo exonera de responsabilidad al expedientado por entender que dicho vertido se produjo como consecuencia del deterioro de la red de alcantarillado municipal y de las lluvias que el infractor no pudo materialmente asumir. En concreto, señala que “los deterioros existentes en la red de alcantarillado que evacua en la antigua Estación Depuradora lugar donde actualmente hay unas balsas para alpechines” dio lugar a que dicha agua entrara en las balsas haciéndolas rebosar⁵⁵.

54. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990 (Ar. 6589). Un supuesto similar fue examinado por la Sentencia de 11 de diciembre de 1995 (Ar. 9328). En esta ocasión, el Tribunal Supremo anula la sanción por cuanto “ha quedado probado que el vertido se produjo por la rotura de la tubería por la construcción de una salida al alcantarillado de una nueva edificación y su reparación, utilizando un tubo de material distinto, lo que originó una fuga en el alcantarillado”.. En el mismo sentido y sobre la misma materia, la Sentencia de igual fecha -11 de diciembre de 1995- (Ar. 9138), indica que “falta el nexo causal que es necesario para imputar a título de dolo o culpa responsabilidad a la cooperativa sancionada, al haber quedado acreditado de modo palmario la intervención de terceras personas en el origen de la avería y subsiguiente vertido del alpechín a cauces públicos...”

55. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1989 (Ar. 9464). El supuesto de un buque extranjero que arribó a un puerto español sin que las “artes y útiles estuvieran debidamente arrumados” lo que se encontraba tipificado en la Ley 53/82, de 13 de julio. El Tribunal Supremo entiende que concurrió una causa de exculpación ya que dicha arribada fue forzada por el temporal reinante. Ello es calificado de “fuerza mayor externa y extraña a la voluntad del agente” (STS de 9 de mayo de 1990, Ar. 3807).

En estos ejemplos, los vertidos son causados por hechos o agentes externos al sistema de funcionamiento del causante directo, lo cual ninguna relación guarda con el ámbito del "caso fortuito", que como sabemos, tiene un carácter intrínseco de la propia actividad. En todo caso, me interesa comparar el alcance de estos pronunciamientos de carácter estimatorio en supuestos claros de "fuerza mayor", con el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1981 comentado anteriormente, de carácter desestimatorio en un claro ejemplo de accidente interno del funcionamiento, pues creo que pone de manifiesto, en la realidad, el criterio que puede resultar generalizable sobre el contenido del deber de diligencia en materia de vertidos, de manera que incluye la responsabilidad por todos los hechos imprevisibles salvo que constituyan un caso de "fuerza mayor".

2.- Por otra parte, aunque son escasos los pronunciamientos del Tribunal Supremo que versan sobre esta cuestión, puede detectarse alguna Sentencia en la que dicho Tribunal ha dotado de relevancia jurídica a la circunstancia accidental de carácter interno con que se comete una infracción en otros sectores del ordenamiento. Así se pone de manifiesto en el supuesto examinado por el Tribunal Supremo relativo a la sanción impuesta al titular de un cinematógrafo, por "obstrucción resistencia o desacato a la inspección" -Orden Ministerial de 26 de julio de 1968, R. 1426-. En concreto, la sanción había sido impuesta por no haber comparecido el titular del cinematógrafo el día y hora en que se realizó la inspección por la Administración en los locales donde se realizaba la actividad, a pesar de que había sido citado previamente. Pues bien, el Tribunal Supremo entendió que se debía anular la sanción ya que la ausencia del empresario había sido accidental y sin culpa ya que según acreditó posteriormente el supuesto infractor, se encontraba enfermo el día de la inspección⁵⁶.

56. Sentencia de 18 de junio de 1991 (Ar. 5094), que cita en un caso similar la Sentencia de 3 de enero de 1992 (Ar. 1992)-. El análisis del supuesto hubiera exigido un segundo eslabón, es decir, hubiera necesitado examinar si se trata de una enfermedad que le imposibilitaba cualquier movimiento físico o no pues en la primera situación, el supuesto no hubiera constituido, tanto una cuestión del elemento culpable sino de falta misma de la acción. En otro supuesto, el Tribunal Supremo desecha la concurrencia de caso fortuito en un supuesto de sanción a una agencia de viajes por incumplimiento del contrato. Considera el Tribunal Supremo que no era de aplicación el art. 1105 del Código Civil ya que no podía considerarse que el hecho de que el incumplimiento se debiese a empresa subcontratada por la Agencia de Viajes pudiese configurar un supuesto de exculpación de ésta ante los perjudicados. Lleva a cabo, de esta manera, un examen de la regulación civilista del caso y señala "En la interpretación del art. 1105 del Código Civil y normas que cita el recurrente se sigue un criterio personalista y subjetivado para extraer la consecuencia negatoria de su exención por que el princi-

En mi opinión, los supuestos examinados en los que se dan resultados antijurídicos acontecidos como consecuencia de una circunstancia accidental, permiten sugerir, como señalaba anteriormente, una idea del funcionamiento del "caso fortuito" de carácter heterogéneo donde el margen sería mayor o menor en función de las propias características de cada sector del ordenamiento. La gran diversidad de sectores hace difícil encontrar pautas o criterios generalizables de graduación. Pero cabe apuntar que este mayor o menor campo para el caso fortuito puede estar en función, entre otros motivos, del riesgo que la actividad conlleva para la colectividad, de manera que en los sectores donde puede existir un perjuicio general para los ciudadanos (sanidad, salubridad, seguridad pública...etc), la diligencia exigible pueda ser absoluta. Ello explicaría que el Tribunal Supremo, en actividades industriales que conllevan o pueden conllevar vertidos a aguas públicas, intensifique la diligencia exigible abarcando incluso eventos accidentales que supondría la reducción, cuando no la exclusión, del "caso fortuito". Por el contrario, en ramas del Derecho referentes a actividades donde tal riesgo para la colectividad no existe, la diligencia exigible sería menos intensa, por lo que el campo para la relevancia jurídica exculpatoria del accidente acaecido dentro de la actividad, resulta mayor. Ello justificaría que el Tribunal Supremo, en la Sentencia que examina la sanción al empresario cinematográfico, dote a la enfermedad alegada como motivo de su ausencia, de relevancia exculpatoria, pues la actividad de cinematografía no conlleva el mismo riesgo para la colectividad que el vertido de aguas⁵⁷.

Lo expuesto, evidentemente, no puede explicar en su totalidad el problema que se plantea pero sí pone de manifiesto la necesidad de adoptar un punto de partida diferente del que tradicionalmente ha guiado el debate sobre la culpa-

pio general que inspira la contratación, referido al caso fortuito y fuerza mayor, se trata de distorsionar diluyendo la propia responsabilidad amparado en la subcontratación del servicio y en el incumplimiento del contratista..." -STS 7 de octubre de 1988 (Ar. 7932)-.

57. Es evidente que desde el punto de vista penal, el planteamiento y análisis que normalmente se hace de las infracciones administrativas resulta pobre. En este caso, en el del empresario enfermo, la Sentencia no se interesa por el alcance concreto de la enfermedad. Pero desde un punto de vista teórico no es un problema indiferente. Una enfermedad de tal gravedad que físicamente le impidiera llegar al lugar de la inspección supondría una falta de acción normalmente; por el contrario, la enfermedad que no le impidiera andar o llegar por otros medios, pero que simplemente no fuera racionalmente exigible excluiría simplemente la culpabilidad. Normalmente la distinción carecería del menor relieve en el orden administrativo, pero en el ámbito penal tendría una plena relevancia.

bilidad en la infracción administrativa. Desde un aspecto teórico, creo, de entrada, que debe procederse a un adecuado uso de los conceptos: presunción de inocencia, presunción de culpabilidad, diligencia exigible y caso fortuito en los términos descritos, que eviten equívocos conceptuales sobre esta materia. Y creo que, un adecuado tratamiento del contenido del “caso fortuito” permite atribuirle cabalmente un carácter heterogéneo en el Derecho Sancionador, de tal manera que en unos sectores del ordenamiento su campo de acción resulta más amplio que en otros, en función del propio interés público que concurre, y que a su vez, puede conectarse con los posibles efectos negativos o perjudiciales de la infracción para la colectividad. Es evidente que el alcance del elemento culpable no acaba con las posibilidades reales y efectivas del “caso fortuito”, -al tener aquél manifestaciones de muy diversa índole-, pero lo cierto es que la reflexión sobre el funcionamiento del “caso fortuito”, puede extrapolarse con carácter general al propio elemento culpable. Y en este sentido creo que permite sugerir una visión menos uniforme del elemento culpable en el Derecho Sancionador ya que los diferentes sectores que abarca -la práctica totalidad del ordenamiento administrativo- permiten desarrollar, en función de sus necesidades, un mayor o menor campo de acción para el elemento culpable.

4. Error invencible.

4.1. Planteamiento actual en el Derecho Sancionador. Diferencias con el orden penal.

A diferencia del “caso fortuito”, la elaboración teórica del “error” como causa de exclusión de la culpabilidad, corresponde exclusivamente a la Ciencia Penal, ya que la estructura del ilícito civil no resulta compatible con esta causa de exculpación. En efecto, en el ilícito civil, a diferencia del delito, la antijuridicidad no es un elemento autónomo e independiente del daño producido⁵⁸, ya que se

58. Como señala J. L. LACRUZ BERDEJO, “mientras en el ámbito penal el requisito de la antijuridicidad se destaca netamente de los restantes presupuestos de la infracción, pues toda conducta que configura un delito o falta es antijurídica, cause o no daño y sea o no imputable el agente; en cambio en el ámbito civil la llamada “responsabilidad extracontractual”, con la consiguiente obligación de reparar, nace de un número ilimitado de conductas atípicas que vulneran una regla tan general como la que ordena “alterum non laedere” (la responsabilidad resulta de la mera causación del daño, a no ser que concurra una causa de justificación):

produce un comportamiento antijurídico en la medida que se ha producido un daño efectivo, por lo que no cabe establecer una relación de la conducta antijurídica con la existencia o inexistencia de un conocimiento de la antijuridicidad al margen de la propia existencia del daño producido.

La referencia, pues, en este caso, hay que buscarla exclusivamente dentro del Derecho Penal. En este orden, el "error" tiene su reconocimiento normativo en el art. 14 CP El "error", cuando supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, bien porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, o por considerarse que, a pesar de ello, su conducta era lícita, excluye en el Derecho Penal la culpabilidad⁵⁹. La justificación del "error", como causa de exclusión de la culpabilidad deriva de la necesidad de que el autor tenga, al menos, la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada. En un plano teórico, la relevancia del "error" surge dentro de la teoría del delito como necesaria consecuencia del elemento culpable pues para actuar de forma culpable es necesario conocer y querer el resultado antijurídico o que, al menos, que haya tenido la posibilidad de preverlo.

Por su parte, el Tribunal Supremo -Sala Segunda- ha elaborado unos criterios sobre los requisitos exigibles para que pueda entenderse que concurre esta causa de exculpación que creo importante tener presentes en el examen del "error" en el orden sancionador y que pueden resumirse en los siguientes aspectos:

A.- Por una parte, ha señalado que la aplicación del "error" exige no solamente

conductas que, además de ser ilícitas, para producir la obligación de resarcimiento han de causar daño efectivo." Elementos de Derecho Civil, Vol. II, op. cit., pág. 502.

59. El derogado art. 6 bis a) del Código Penal, según la reforma de 1983, regula el error de tipo señalando que "el error...sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal...excluye la responsabilidad criminal". Para J. M. RODRIGUEZ DEVESA de dicha definición: "se desprenden los elementos que configuran el error de tipo que son : a) Error (en la formación de la voluntad); b) Que ese error sea sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal (tipo) y c) Se excluye el dolo y la culpa (para el error invencible y sólo el dolo para el error vencible)." Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 633. Por su parte, el art. 6 bis a) párrafo tercero, se refiere al error de prohibición, al establecer que "la creencia errónea...de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal". J. M. RODRIGUEZ DEVESA señala que se dan aquí, igualmente, los elementos que integran el error de prohibición: "a) Error (en la formación de la voluntad); b) El error lleva a desconocer la antijuridicidad de la conducta (creer estar obrando lícitamente) y c) Se excluye el dolo y la culpa (para el error invencible) y sólo el dolo (para el error vencible)." Derecho Penal Español..., op. cit.

la falta de conciencia de la antijuridicidad, sino también la falta de conciencia de una alta probabilidad de ello.

B.- En segundo lugar, excluye la aplicación del “error” en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente. Y por lo que respecta a las infracciones en las que sea invocable por tratarse de prohibiciones no evidentes, el Tribunal Supremo ha señalado los requisitos que se deben valorar en cada caso:

1.- En primer lugar, entiende que los condicionantes “psicológicos y culturales de la persona” constituye un elemento valorativo a tener en cuenta en cada caso.

2.- En segundo lugar ha señalado que, en cada supuesto se deben ponderar las posibilidades que tenía el inculpaado de recibir, haber recibido, o acudir a medios que faciliten el conocimiento y trascendencia de la acción.

C.- Desde un punto de vista procesal, viene señalando que tiene la carga de la prueba quien alega la causa de exculpación⁶⁰.

En principio, la estructura de la infracción administrativa resulta compatible, al menos desde un punto de vista teórico, con la posible concurrencia de esta causa de exculpación, ya que, en la infracción administrativa, a diferencia del ilícito civil y a semejanza del delito, la concurrencia del elemento típico, es decir la necesaria descripción normativa de lo antijurídico, configura un referente sobre el que exigir el conocimiento. Por ello, con independencia de su efectiva concurrencia, la co-

60. Sentencias de 20 de noviembre de 1990 (Ar. 6163), de 12 de diciembre de 1991 (Ar. 9297), y de 20 de enero de 1992 (Ar. 244). Puede resultar de interés para conocer el alcance real en el orden penal, traer a colación algunos razonamientos del Tribunal Supremo sobre su aplicación. Así, en un supuesto de venta de boletos de rifa o azar por delito de contrabando, señala el Tribunal Supremo, -Sentencia de 14 de enero de 1992 (Ar. 1227)-, que “debemos examinar si un ciudadano medio de este país puede o no ignorar que el sistema de apuestas y loterías se explota en régimen de monopolio por el Estado. Son de todos conocidos, por público y notorio, las diversas y numerosas informaciones difundidas por los medios de comunicación sobre actividades de asociaciones de minusválidos en el campo del juego de azar y las controversias de autorizaciones a otras entidades semejantes. Esto unido a la continua propaganda en la televisión en todos los medios de la celebración de sorteos periódicos que son objeto de atención preferente en determinadas épocas. Todo ello nos lleva a la conclusión de que el procesado conocía perfectamente que su actividad no era lícita en cuanto que no había recabado las oportunas autorizaciones. En otro supuesto, consistente en apoderamiento de cables del tendido correspondiente a la línea de ferrocarril, el Tribunal Supremo señala, en relación con la alegación de error sobre el agravante específico del apoderamiento de material dedicado al servicio público, que “la red de consecuencias sobrevenidas, aunque no se contemplasen en exhaustividad, sí eran advertibles en su esencia para cualquier persona de mediana inteligencia. Cual recoge la sentencia recurrida, no cabe presumir error en delitos de índole natural cuya ilicitud es evidente, no siendo creíble que los autores no supieran la finalidad, si no concreta, general de que los hilos que cortaban y sustraían estaban para un servicio de RENFE”- Sentencia de 31 de enero de 1991 (Ar. 507)-.

nexión estructural entre infracción administrativa y “error” sobre la conducta prohibida, hace posible el examen de su eventual existencia. De hecho, dentro del Derecho Sancionador, y de forma cada día más firme, se reconoce la existencia de esta causa de exculpación, y ello tanto en lo que se refiere al “error” sobre el tipo, como en lo referente al “error” de prohibición como lo prueba la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en la que se encuentra cada día una mayor sensibilidad sobre esta causa de exculpación.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el proceso paulatino de asentamiento ha tenido una evolución similar al del “caso fortuito”. En realidad, puede decirse que el Tribunal Supremo ha proyectado sobre el “error exculpante”, una actitud y evolución similar a la comentada para el “caso fortuito”. Durante un tiempo, el planteamiento teórico sobre esta causa de exculpación resultaba deudor de la propia actividad o sector del Ordenamiento que analizaba, o incluso de la propia infracción cometida en cada caso. De esta manera, las declaraciones teóricas del Tribunal Supremo se alternaron, sosteniendo ante una eventual alegación de “error”, tanto la tesis de la responsabilidad objetiva del Derecho Sancionador, como, de la responsabilidad culpable, cuando en realidad su posición teórica surgía de la efectiva concurrencia del “error” en el concreto supuesto que analizaba.

Y, por otra parte, resultan asimismo similares los motivos para entender esta doctrina contradictoria. Por un lado, esta falta de uniformidad puede encontrar una explicación, en los términos descritos para el “caso fortuito”, en la heterogeneidad de los distintos ámbitos del Derecho Administrativo, donde la diligencia exigible varía; y por otra parte, parece obvio que el hecho de que no concurra en un supuesto, no debe excluir, por sí solo, su exclusión del Derecho Sancionador. La ausencia de estos matices podría explicar la falta de claridad y coherencia de la posición del Tribunal Supremo. En efecto, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es posible encontrar pronunciamientos tan faltos de unidad doctrinal como pueden ser, por una parte la Sentencia que en un supuesto de embotellado de productos para los que se carecía de autorización, además de desestimar el “error” alegado, declaró, tan innecesariamente, la responsabilidad objetiva del Derecho Sancionador; y por el contrario. Sentencias como la dictada en un supuesto de infracción de contrabando, en la que el Tribunal Supremo rechazó la existencia de “error” en el supuesto examinado, pero analizó su eventual existencia a partir de su reconocimiento teórico; o, en fin, la abundante jurisprudencia dictada en materia tributaria, en la que el Tribunal Supremo no solamente reconoce en un plano teórico su existencia dentro de la infracción administrativa, sino que se ana-

liza su posible concurrencia en el caso examinado, y en una gran variedad de supuestos estima su efectiva existencia⁶¹.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene superando esta actitud contradictoria, fundamentalmente a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/90, de 26 de enero, en la que tuvo la oportunidad de pronunciarse en favor del reconocimiento teórico del “error” en el Derecho Administrativo⁶², de tal

61. En la Sentencia de 22 de enero de 1985 (Ar. 2220), se analiza un supuesto de indebido empleo del signo distintivo correspondiente a la modalidad “Granvís” para la elaboración de vinos “Cava” -art. 36 del Reglamento de Consejo Regulador de Vinos espumosos y gasificados de 27 de junio de 1972. La alegación de error invencible se desestima señalando que dicho error en el embotellado no puede justificarse ya que la sociedad sancionada carecía de autorización “para la elaboración de productos de una y otra modalidad” y, resultando que únicamente estaba autorizada para una de ellas, “no es explicable que la misma estuviera en su poder, de no ser con un torcido designio, tapones privativos de una modalidad de caldo para cuya producción no se hallaba autorizada”. Ante su inexistencia declara que “en la esfera del Derecho Administrativo sancionador en esta materia no se requiere una conducta dolosa sino simplemente irregular en la observancia de las normas”. Y posteriormente, señala que “la norma, abstracción hecha de esta circunstancia, lo que tiende a proteger es la confianza de legos y expertos en que el producto por ellos adquirido tiene realmente las características que en los distintivos de su presentación se expresan”. Se trata de afirmaciones que de una forma sistematizada hubieran aproximado a una realidad más sutil. Sin duda, tal como se viene señalando, la protección del consumidor puede intensificar el cuidado del empresario que reduce el campo del error; de acuerdo con este planteamiento, y a la vista de las circunstancias cabía afirmar que no se detectaba en el supuesto la convicción de tal error. La afirmación sobre la responsabilidad objetiva resultaba, ya no sólo cuestionable sino seguramente innecesaria. A partir de esta tendencia que permite deducir ese replanteamiento señalado, el Tribunal Supremo analiza si ha concurrido el motivo de exculpación. Pero ante su ausencia en el caso concreto no concluye su inexistencia en el marco sancionador. De ello creo que es ejemplo la Sentencia de 30 de septiembre de 1989 (Ar. 6519). Con motivo de una sanción impuesta por la comisión de una infracción de contrabando analiza la alegación de error sobre la normativa española en materia de introducción de esmeraldas o piedras preciosas. El Tribunal Supremo lleva a cabo una análisis pormenorizado de las declaraciones que constaban en el expediente y las circunstancias concurrentes, de lo que concluye que no cabe entender tal eximente. Su ausencia no comporta la exclusión teórica. No obstante, puede ser que esta materia sea mas propicia para un análisis paralelo al penal dada la existencia del delito de contrabando.

62. Sentencia 76/1990, de 26 de enero, en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 10/1985, de 26 de enero, de modificación parcial de la Ley General Tributaria que señala lo siguiente: “Los Senadores recurrentes reprochan también a la Ley impugnada la falta de mención expresa del error de Derecho como causa de exención de responsabilidad por infracción tributaria. Esta omisión redundaría a su juicio en una vulneración de los principios de seguridad jurídica y de legalidad sancionadora (arts. 9.3 y 25 de la Constitución)”. El Tribunal Constitucional entiende que la ausencia de un expreso reconocimiento no significa que el error de Derecho carezca de relevancia en el orden sancionador. Justifica esta posición conectando el error de Derecho con el carácter esencial del elemento culpable que había declarado con anterioridad, y finaliza señalando lo siguiente: “Precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una previa conducta culpable, es evidente que el error de Derecho - singularmente el error invencible- podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva, pero su falta de contemplación expresa en la norma no constituye defecto de inconstitucionalidad”.

manera que, como luego veremos, cada día puede encontrarse una jurisprudencia más rica y con mayores matices sobre esta materia.

Por su parte, la doctrina ha señalado diversos matices sobre el alcance del "error" en el orden sancionador que, de alguna forma, se corresponden con las limitaciones señaladas para el "caso fortuito" y sobre las que creo de interés realizar alguna puntualización.

Desde un punto de vista material, se ha indicado que en el Derecho Sancionador concurre una mayor exigencia sobre el deber de conocer la antijuridicidad de los hechos lo que en definitiva deja un menor margen de actuación al "error" en el Derecho Sancionador. M. REBOLLO considera que su aplicación en el Derecho Administrativo será siempre de menor amplitud dado el deber de conocer el contenido de las normas, por lo que desde un punto de vista material existe una relevante diferencia en la menor amplitud del error invencible o excusable, dado el intenso grado de conocimiento que es exigible en el orden administrativo⁶³. Esta mayor diligencia, esta intensa exigencia de conocer lo antijurídico, tendrá un diferente alcance en función de las condiciones del autor, y en concreto de su grado de especialidad, que llega en los casos de profesionales a configurar un supuesto de responsabilidad objetiva⁶⁴. Sobre este aspecto ha abundado A. NIETO al señalar que, ante la inabarcabilidad del ilícito administrativo, y la consecuente dificultad para conocerlo en todo su alcance, el dilema que aparece en el Derecho Sancionador es que ni el ciudadano puede conocer las infracciones que las normas crean continuamente, ni cabe otorgar al eventual "error" un valor absoluto por cuanto "sería -además de una excusa demasiado sencilla- un desprecio para el Estado y para los intereses públicos protegidos por el ilícito"⁶⁵. Para el propio A. NIETO esta tensión tiene una vía de solución en el Derecho Administrativo a través de una distinta forma de exigir el conocimiento de la antijuridicidad ya que no se trataría de un exigir un conocimiento real de los ilícitos, sino de los exigibles en función del infractor: "su responsabilidad le será exigida no ya por sus conocimientos reales sino por los conocimientos exigibles a la diligencia debida"⁶⁶. En realidad, este

63. La Potestad Sancionadora..., op. cit., pág. 657. y sgtes.

64. Esta diferencia es llevada en algunos casos hasta sus últimas consecuencias. A. CARRETERO opina que es difícil aceptar dicho error cuando se trate de profesionales. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 144 y en A. NIETO GARCIA que como luego veremos más detenidamente considera que existe aquí una presunción "ius et de iure" sobre la existencia del elemento culpable.

65. Derecho administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 303.

66. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 304.

mismo autor parece señalar que dentro del Derecho Sancionador, más que un error sobre el contenido de la norma, el “error invencible” puede derivar del propio actuar de la Administración frente a los particulares como consecuencia de la actuación de buena fe del administrado al seguir las expectativas creadas por la Administración⁶⁷. Con especial precisión, A. NIETO ha puesto de manifiesto el alcance de la buena fe dentro del Derecho Sancionador, al señalar que buena fe “se refiere esencialmente a las relaciones entre el autor y la Administración Pública” y se manifiesta en “la confianza legítima en una determinada conducta tolerante de la Administración que puede exonerar de responsabilidad”⁶⁸.

Pero además de esta matización de carácter material, A. NIETO ha señalado, al igual que en el supuesto de “caso fortuito”, un argumento de carácter procesal por cuanto considera que en el orden administrativo “la presunción de inocencia no cubre el error, es decir, que la Administración no tiene que probar que el autor ha obrado sin error”⁶⁹, es decir, corresponde al expedientado la carga de la prueba relativa a la concurrencia de “error invencible” de tipo o de prohibición. Dicha presunción de haber actuado con pleno conocimiento sobre la antijuridicidad de la acción adquiere para este autor un carácter de presunción “*iuris et de iure*”, en los supuestos en que la infracción es cometida por profesionales dentro de su actividad específica, por entender que, en estos casos, el ordenamiento exige de estas personas un deber absoluto de conocimiento sobre el contenido de su actividad.

No obstante, en relación con estas características específicas que se vienen atribuyendo al Derecho Sancionador, cabe realizar alguna puntualización, ya que, en mi opinión, los requisitos o condicionantes del “error” en el Derecho Sancionador funcionan, en un plano teórico, de una forma similar al orden penal y las diferen-

67. M. REBOLLO PUIG cita como una de los motivos de exculpación, el error inducido por la misma Administración al determinar en su actividad de policía los concretos deberes y limitaciones a que han de conformar su actividad los particulares, ya sea infringiendo el principio de jerarquía normativa, ya mediante actos administrativos contrarios al ordenamiento, ya imponiendo o permitiendo cotas que pueden producir el resultado lesivo, aunque no se infrinja ninguna norma. La regla general será, como anticipábamos, la de admitir un error exculpante porque normalmente habría que considerar que se trata de un error invencible en el que se incurre, sin omitir el deber objetivo de cuidado por riguroso que este sea. La potestad sancionadora, op. cit., pág. 659.

68. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 304.

69. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 324.

cias se encuentran en las manifestaciones o situaciones en que puede aparecer en la realidad, como tendremos ocasión de examinar.

En concreto, entiendo que como señala la jurisprudencia penal que resumía anteriormente, la concurrencia del error resulta invocable en aquellas infracciones cuya ilicitud no sea notoriamente evidente, en función de las circunstancias de la persona (cultura, formación, especialidad...etc), de las posibilidades de recibir, haber recibido o acudir a medios que faciliten el conocimiento y trascendencia de la acción, todo lo cual, además, deberá ser probado por quien lo alega. De esta manera, no creo que constituya una diferencia cualitativa con el orden penal la exigencia del ciudadano, no de un conocimiento real de las infracciones sino de haber puesto los medios para conocer el contenido de la norma, ya que en el orden penal -según hemos visto que resume la Sala Segunda del Tribunal Supremo- en los casos de "error" exculpante, se trata de valorar "las posibilidades de recibir, haber recibido o acudir a medios que faciliten el conocimiento y trascendencia de la acción" -SSTS de 20 de noviembre de 1990 (Ar. 6163) y de 12 de diciembre de 1991 (Ar. 9297), entre otras-; es decir, el Derecho Penal tampoco parte de los conocimientos reales del ciudadano sino de los conocimientos que le son exigibles. En consecuencia, el "error", tanto en el orden penal como en el sancionador, únicamente tiene cabida en aquellos ilícitos tipificados que no tengan un carácter notorio, y por tanto el alcance del error depende, en cualquier orden jurídico, del asesoramiento o información con que haya contado o con el que debía haber contado para conocer su antijuridicidad o la alta probabilidad de su antijuridicidad. En definitiva, el error únicamente podrá concurrir cuando haya existido una actuación diligente por parte del autor a fin de conocer la situación antijurídica. El punto de partida, pues, en el Derecho Sancionador no difiere del penal ya que en definitiva la efectiva existencia del error depende igualmente del conocimiento del ilícito que sea razonablemente exigible.

En segundo lugar, la distinta valoración del error en función del grado de formación o especialización del infractor tampoco constituye una característica del orden sancionador, pues como asimismo hemos comprobado anteriormente, la jurisprudencia penal valora la concurrencia del "error" en función de "los condicionantes psicológicos y culturales de la persona" -SSTS de 20 de noviembre de 1990 (Ar. 6163) , de 12 de diciembre de 1991 (Ar. 9297), entre otras-. Por otra parte, no creo que, como se ha indicado por la doctrina administrativista, dicho criterio lleve a establecer una exigencia absoluta de haber conocido la antijuridicidad de la acción en caso de actividades especializadas o profesionales. Al contrario, en

la jurisprudencia contencioso-administrativa existen abundantes ejemplos que ponen de manifiesto que el "error" puede funcionar igualmente en este tipo de situaciones. Así, el Tribunal Supremo ha estimado la concurrencia del error exculpante en infracciones cometidas por autores tan especializados como puedan ser un agente de aduanas, o una Mutua de Seguros, por citar algunos ejemplos, en el ejercicio de actividades profesionales. En el primer supuesto, -Sentencia de 5 de enero de 1990 (Ar. 1071)- el Tribunal Supremo anuló una sanción impuesta a un agente de aduanas que había declarado una partida de cacao de 50.480 Kilogramos cuando era en realidad de 99.730 Kilogramos. Confusión que el Tribunal considera justificable por cuanto este último dato correspondía a otra partida transportada en el mismo buque en lo que abundaba el hecho de que no pudiera existir beneficio alguno para el agente de aduanas. En el segundo supuesto, -Sentencia de 17 de diciembre de 1988 (Ar. 9407)-, el Tribunal Supremo anuló una sanción impuesta a la Mutua General de Seguros que había dejado de abonar unas cantidades por incapacidad, en la creencia de que una vez dado de alta, desaparecía su obligación de abonar la invalidez⁷⁰.

En ninguna de ellas el Tribunal Supremo alude a la mayor o menor preparación o especialización del infractor. El error se detecta al margen de ello, pues el Tribunal Supremo analiza la concurrencia de una duda exculpante a partir de datos objetivos, con omisión de las circunstancias personales del infractor; examina si existen suficientes motivos objetivos para considerar interpretable o dudosa la aplicación de la norma⁷¹. A la vista de dichos ejemplos y de los muchos que cabría formular como hipótesis, parece lógico aceptar que, en mayor o menor medida, toda persona, incluso las más especializadas, resultan "a priori" susceptibles de cometer una acción ilícita por error. Por ello, las exclusiones de la aplicación del error de bloques enteros de infracciones, resultan en este campo un tanto arriesgadas, como consecuencia de la gran complejidad de la realidad sancionadora.

70. El Tribunal Supremo considera que existe asimismo un problema interpretativo que excluye su responsabilidad sancionadora, sin perjuicio del efectivo abono de dichas cantidades. En concreto, considera que la Mutualidad dejó de abonar como consecuencia del informe del Tribunal Médico de la Comisión Técnica Calificadora de la Seguridad Social, que consideraba procedente el alta del accidentado.

71. Como veremos posteriormente, el Tribunal Supremo analiza situaciones diversas, definidas en ocasiones por ámbitos de la realidad muy especiales, y en otras, por ámbitos que afectan a los ciudadanos por su propia condición de tales, y el Tribunal Supremo en ningún momento matiza sus consideraciones por esta circunstancia. Y con mucho menos motivo aplica la presunción "iuris et de iure" en ningún momento, sea cual fuere la preparación del autor. casi todos los sectores regulan actividades que por definición exigen una especialidad por lo que la actitud del Tribunal Supremo parece lógica.

Por último, por lo que se refiere a la carga de la prueba que tiene el infractor sobre la concurrencia del error exculpante, tampoco constituye, como ya he señalado en relación con el “caso fortuito”, una característica específica del orden sancionador, sino común al orden penal, pues asimismo el Tribunal Supremo, en relación con el orden penal, ha señalado como característica del “error invencible”, precisamente, la carga que el alegante tiene de probar el error aducido. La presunción de culpabilidad, es decir, la presunción de que, una vez acreditada su participación, el autor de una infracción ha realizado tal infracción con conocimiento de su antijuridicidad no es por tanto un elemento característico del Derecho Administrativo. El infractor, pues, tanto en un orden como en otro tiene siempre la carga de probar su error exculpable por lo que no puede incluirse entre las características propias del Derecho Administrativo. En consecuencia, creo que se puede afirmar que los requisitos del error en el Derecho Sancionador no difieren de los que se exigen en el penal, ya que, en definitiva, la efectiva existencia del “error” depende igualmente del conocimiento del ilícito que sea exigible y por tanto concurrirá en cada supuesto error invencible en la medida en que no le fuera exigible el conocimiento de estar realizando un acto ilícito⁷².

No obstante, creo que existen algunos aspectos del planteamiento del “error” en el Derecho penal que, al menos de momento, cabe excluir del orden sancionador. En concreto, entiendo que el estado actual de elaboración normativa y doctrinal de la infracción y sanción administrativas permite excluir el estudio de las diferentes clases de “error” que el Derecho penal ha formulado -error de prohibición y sobre el tipo- ya que la estructura de la infracción administrativa no permite extraer unas consecuencias similares a las que prevé el Código Penal para cada

72. Por ello, no comparto la opinión de A. NIETO GARCIA sobre el carácter específico del Derecho Administrativo. En ambos ámbitos la concurrencia del “error” depende de la diligencia exigible por cuanto también en el orden penal se admite que no siempre existe un conocimiento real del ilícito. La diferencia estará en que en el Derecho Administrativo no existe ese ámbito de ilícitos notorios que excluye el “error invencible” y por el contrario existen ilícitos donde no cabe el “error” como consecuencia del alto nivel de exigencia de ese conocimiento. Nos encontramos con un punto de partida similar al caso fortuito. Pero dentro de un planteamiento teórico similar, el Derecho Sancionador reduce el campo para el error, a pesar de su menor evidencia en muchos casos. A partir de esta premisa, la cuestión se plantea en términos similares al caso fortuito o en definitiva a cualquier otra causa de exclusión, es decir, dentro de la tensión diligencia exigible-“error” exculpatario. De esta manera, se trata de saber si el grado de diligencia, en este caso de exigencia de conocimiento del ilícito, permite o no un campo de acción para el error exculpatario; o por el contrario, si el Derecho Administrativo exige un conocimiento tan exhaustivo del ilícito administrativo que excluye el error sobre la antijuridicidad de la acción.

uno de estos supuestos⁷³. En efecto, aunque la posibilidad de cometer una infracción como consecuencia de un error, bien sobre los elementos del tipo o sobre la concurrencia de una causa de justificación, existe en el Derecho Sancionador⁷⁴, no cabe aplicar los efectos que dicha distinción conlleva en el Derecho Penal. Así, el “error vencible” sobre un elemento esencial conduce, según señala el 14 C.P. al castigo de la infracción como imprudente y el error de prohibición vencible, supone el castigo disminuido, con una pena inferior en uno o dos grados a la señalada por el delito⁷⁵.

Como puede apreciarse, la distinción teórica entre “error vencible” de prohibición y del tipo, tiene en el Código Penal unas consecuencias prácticas y concretas, ya que en un caso conlleva únicamente la aplicación de una atenuante de la responsabilidad y en el caso de error grave el tipo, convierte el delito doloso en imprudente. Pero estas consecuencias, esta distinción, en ningún caso es trasladable

73. El primero, relativo a algún elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, y el segundo, conlleva “la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente”, que a su vez puede venir originada, tanto por error sobre la norma prohibitiva -el denominado error de prohibición directo- como por error sobre causa de justificación -error de prohibición indirecto-. El error sobre el tipo supone una representación falsa de la realidad (STS de 31 de enero de 1991, Ar. 507) y el error de prohibición consistiría en falta de conocimiento del contenido antijurídico. Dentro de nuestro panorama doctrinal han resumido el contenido de estos dos diferentes tipos de errores A. DE PALMA DEL TESO: “El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador”, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 157 y sgtes., A. NIETO GARCIA: Derecho administrativo Sancionador ... op. cit., pág. 317. M. M. REBOLLO PUIG La Potestad Sancionadora... op. cit., pág. 657. y sgtes.

74. M. REBOLLO PUIG entiende que el régimen penal sobre el error sobre el tipo o de prohibición resulta plenamente aplicable. Respecto al error sobre el tipo señala textualmente que “tanto el error sobre hechos normativos como descriptivos puede resultar frecuente en las infracciones sanitarias. Ejemplo de lo primero podría ser la venta para uso alimentario de un aditivo X no autorizado en la creencia errónea de que se trataba del Z que sí lo está; ejemplo de lo segundo la preparación, distribución, suministro o venta, de alimentos que contengan gérmenes capaces de transmitir enfermedades creyendo que no era así” La potestad sancionadora..., op. cit., pág. 654.

Por su parte A. CARRETERO PEREZ Y A. CARRETERO SANCHEZ señalan que resulta perfectamente aplicable en el Derecho Administrativo. Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 144. Y A. NIETO GARCIA, que también ha estudiado esta cuestión, señala que “si se acepta el dogma de que al Derecho Administrativo Sancionador son aplicables los principios del Derecho Penal habrá que aceptar también lógicamente la aplicación de lo dispuesto en el Código Penal a propósito del error y de sus variedades -error de tipo y error de prohibición- y de sus correspondientes subvariedades -vencible e invencible-.” Derecho administrativo Sancionador ..., op. cit., pág. 317.

75. Señala el art. 14, en su apartado primero que “si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Y, en el apartado 3, señala que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

al orden administrativo, ya que la infracción dolosa no se distingue cualitativamente de la culposa, sino que, como he señalado anteriormente, configuran aspectos de un mismo tipo de infracción, donde el dolo y la culpa funcionan como circunstancias modificativas de la responsabilidad. En concreto, en el orden administrativo la existencia de un "error vencible", sea de prohibición o sobre el tipo, tiene idénticas consecuencias, pues no se derivan efectos diferentes de uno y de otro error, ni, por otra parte, creo que sea oportuno, al menos en este momento, proponer una regulación específica sobre esta cuestión, pues exige un grado de elaboración de la infracción para el que el Derecho sancionador no está actualmente preparado. En mi opinión, en el Derecho Sancionador la única diferencia que resulta relevante, al menos hasta la fecha, es la que se refiere al error vencible e invencible, en la medida que la primera permite únicamente la atenuación de la responsabilidad y la segunda permite la exclusión total de la sanción⁷⁶. Por todo ello, considero que al menos en este momento, cabe prescindir de dicha distinción en el examen del error en el orden administrativo y centrarse en la distinción relativa al error vencible e invencible.

4.2. Manifestaciones más importantes del "error" en el Derecho Sancionador.

Las evidentes conexiones que la estructura general del delito y de la infracción tienen, no implica que sus manifestaciones en la realidad deban ser idénticas, ni pueden impedir que el Derecho Sancionador tenga características propias que intensifiquen la concurrencia del "error" en determinados ámbitos y lo dificulten en otros. Como he señalado anteriormente, la especial complejidad normativa y organizativa de algunos sectores del ordenamiento ha posibilitado campos propios del "error" dentro del Derecho Sancionador. Como se ha venido indicado por la doctrina, estas manifestaciones se han producido en dos ámbitos concretos: por una parte, como consecuencia de la errónea pero razonable aplicación de la norma infringida, y por otra parte, como consecuencia de la expectativa creada por la actuación de la Administración. A continuación, examinaré el alcance de ambos supuestos, si bien he de puntualizar de antemano que dado que el primero de ellos

76. En efecto, si bien es evidente que dentro de la infracción cabe hablar de error sobre un elemento del tipo o sobre la posible existencia de una causa de justificación, esta distinción no conlleva unos efectos concretos pues, tanto en uno y otro caso, lo único relevante es si constituye una atenuante o una eximente de la responsabilidad.

se enmarca dentro de unas pautas que pueden considerarse suficientemente consolidadas, me limitaré a indicar algunos ejemplos que puedan dar idea de su alcance. Por el contrario, creo que el alcance real del "error inducido" tiene unos contornos menos definidos ya que puede dar lugar a situaciones muy variadas, lo cual exige una atención más detenida a fin de intentar averiguar su efectivo alcance.

4.2.1. *En relación con la errónea aplicación de una norma.*

Las posibilidades del "error" en la aplicación de la norma como causa de exculpación, han sido desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo fundamentalmente en relación con la materia tributaria, así como en relación con el régimen de seguridad social, cuyo contenido la doctrina ha valorado de forma muy positiva⁷⁷.

De acuerdo con dicha jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha matizado el deber de conocimiento del contenido de las normas, en aquellos casos en que el contenido de la norma resulta equívoco y la interpretación del particular resulta razonable⁷⁸. En todos los pronunciamientos, el Tribunal Supremo analiza la normativa

77. Además de los estudios específicos en materia tributaria de C. LAMARCA PEREZ, La recepción del error de Derecho en el ilícito administrativo-tributaria, Gaceta Fiscal, n° 65, 1989 y de A. DURAN-SINDREU BUXADE El error como causa excluyente de responsabilidad por infracción, Gaceta fiscal, n° 61, 1988, ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia A. DE PALMA DEL TESO El principio de culpabilidad..., op cit., pág 163 y sgtes.

78. Así, el Tribunal Supremo ha considerado la concurrencia de dicha causa de exculpación en supuestos donde concurría una duda interpretativa sobre el Régimen de Seguridad Social -General o Especial- al que debía afiliarse al trabajador, o el conflicto sobre la aplicación del convenio o los pactos anteriores. En la Sentencia de 25 de octubre de 1982 (Ar. 6425), el Tribunal Supremo analiza una sanción impuesta con motivo de un acta levantada a una cooperativa, por considerar incorrecto que sus trabajadores se encontraran afiliados al Régimen Especial Agrario en lugar del General de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo, considera tal omisión como un error justificable ya que se trata de un ámbito donde "se plantea la duda real de cuál es la clase de Régimen de la Seguridad Social". Otras Sentencias citadas anteriormente ponen de manifiesto este mismo alcance. Así, en la Sentencia de 17 de diciembre de 1988 (Ar. 9407), el Tribunal Supremo examina una sanción impuesta a la Mutua General de Seguros, que había dejado de abonar unas cantidades por incapacidad, en la creencia de que, una vez dado de alta el accidentado, desaparecía su obligación de abonar la invalidez. El Tribunal Supremo, en este caso, considera que existe asimismo un problema interpretativo que excluye la responsabilidad sancionadora, sin perjuicio del efectivo abono de dichas cantidades. En concreto, considera que la Mutualidad dejó de abonar las mismas, como consecuencia del informe del Tribunal Médico de la Comisión Técnica Calificadora de la Seguridad Social, que consideraba procedente el alta del accidentado.

Por su parte, en la Sentencia de 17 de enero de 1990 (Ar. 43), examina una infracción, por no respetar un día de fiesta pactado pero no recogido en el Convenio, y tras recordar el debate que sobre la materia existe,

aplicable en cada supuesto; y en los casos en que deduce un margen para la diversidad interpretativa, y considera razonable la posición mantenida por el particular, excluye la responsabilidad sancionadora, aún en el caso en que la interpretación del particular resultase errónea. Aunque el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre diferentes sectores del ordenamiento, puede afirmarse que la materia tributaria ha posibilitado un especial desarrollo de esta causa de exculpación. En efecto, la aplicación de la normativa fiscal plantea abundantes dudas interpretativas, que el Tribunal Supremo considera con frecuencia, que constituyen supuestos de "error" exculpante; así, cuestiones relativas al hecho imponible, a la determinación del sujeto pasivo, o a los propios regímenes tributarios donde abundan conceptos jurídicos indeterminados, han dado lugar a motivos de exculpación⁷⁹.

señala "que no se puede decir que la empresa sostiene un criterio sin el menor fundamento o razón", anulando la sanción impuesta.

79. Esta doctrina ha sido puesta de manifiesto fundamentalmente en relación con las normas de naturaleza tributaria. Resume esta jurisprudencia la Sentencia de 24 de enero de 1994 (Ar. 608), en los siguientes términos: "esta Sala (lo) ha venido reconociendo como elemento esencial (se refiere al elemento de culpa) en todo ilícito administrativo y ha considerado que el mismo quedaba excluido cuando el comportamiento del sujeto pasivo venía amparado por un criterio de interpretación que, aunque finalmente pudiera no prosperar, podía considerarse suficientemente fundado, lo que implica un análisis de las razones expuestas por el sujeto pasivo como justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias para descartar las que sean meros pretextos o se basen en criterios de interpretación absolutamente insostenibles". Dentro de esta línea jurisprudencial, pueden citarse diversas Sentencias a título de ejemplo. Así, la Sentencia de 9 de enero de 1991 (Ar. 3447), examina un supuesto de declaración tributaria sobre máquinas recreativas cuya norma suscitaba diferentes interpretaciones -en concreto sobre si la cuota resultaba por máquina o aparato automático o por su capacidad de uso-. Ante la aportación de todos los datos por parte del sujeto pasivo, el Tribunal Supremo considera que complitud y veracidad eliminan la malicia y convierten la discrepancia entre la administración y el ciudadano en un debate cuya última palabra es la nuestra y no la de cualquiera de los sujetos activo o pasivo de la relación jurídica: "Como hemos dicho en ocasiones una diferencia de criterio razonable respecto de la interpretación de las normas tributarias puede ser causa de la exclusión de la culpabilidad en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración". En el mismo sentido, la Sentencia de 17 de junio de 1992 (Ar. 5915), en relación con la aplicación del sujeto pasivo del Impuesto Municipal sobre radicación. El Tribunal Supremo detecta un problema interpretativo sobre el sujeto pasivo en dicho supuesto, con motivo de una cesión del uso de un local. El propio Tribunal Supremo considera que la interpretación al respecto era diferente de la del Tribunal de instancia. Por ello, acaba señalando que "la naturaleza del contrato celebrado entre Mercabarna y Setram, permite una interpretación como la realizada por la sentencia apelada, favorable a la tesis de la no sujeción de la recurrente apelada al Impuesto de Radicación que, aunque no sea compartida por esta Sala no puede calificarse de irrazonable por lo que la regularización fiscal de la situación tributaria de dicha entidad ha de limitarse a la exigencia de las cuotas devengadas desde la celebración del referido contrato pero con exclusión de las sanciones impuestas."

En el mismo sentido, la Sentencia de 29 de enero de 1993 (Ar. 1115), en relación con el concepto de rendimientos irregulares -art. 27 de la Ley 44/78 de 8 de septiembre (IRPF)- que en su opinión ninguna relación guarda con el supuesto aplicado, consistente en actividad remunerada que sólo puede ejercitarse durante un

La utilización del criterio de lo que resulta o no razonable en la aplicación de la normativa tributaria, puede alcanzar no solamente a valoraciones jurídicas de la norma sino a valoraciones sobre la propia actividad o elementos materiales objeto de declaración. Esta segunda vertiente resulta menos evidente, pero de algún pronunciamiento del Tribunal Supremo pueden deducirse las posibilidades exculpatorias de la errónea valoración de los objetos declarados. Así, el Tribunal Supremo, con ocasión de una declaración del Impuesto sobre las Rentas de Sociedades, consideró improcedente la sanción impuesta con fundamento en unas incorrectas deducciones de la base imponible. En concreto, la Inspección había detectado un infravaloración del activo por no haber tenido en cuenta los gastos de obtención de una parte de dicho activo; esta diferencia de valoración, al tener su correspondiente reflejo contable en la cuenta de resultados, suponía una disminución de la base imponible. Se trataba, por tanto, de una cuestión valorativa donde no estaba en juego el contenido de precepto alguno, pero cuya aparente razonabilidad lleva a la anulación de la sanción⁸⁰.

La complejidad de la normativa tributaria, derivada de la exhaustiva regulación de la realidad, ha llevado al Tribunal Supremo a intensificar dentro de esta materia el alcance del "error". Así, la exigencia de una duda razonable sobre la interpretación de la norma en cada supuesto ha dejado paso, de una forma más o menos uniforme, a una implícita admisión de que tal duda razonable existe con carácter general en ese sector del Ordenamiento. De esta manera, el Tribunal Supremo, en ocasiones, ha dado paso al criterio de lo que podría denominarse exigencia de veracidad y complitud de la autoliquidación, de tal forma que una declaración veraz y completa, es decir, la no ocultación de los datos, puede llegar a

número de años menor que otras -pilotos de aviación-. Pero anula la sanción por entender que la liquidación se había realizado, en la creencia de que obraba con arreglo a la ley "por un disculpable error en la comprensión de una materia cuya complejidad se presta a mantener posturas divergentes sin merma de la buena fe del contribuyente". Asimismo, cabe citar la Sentencia de 9 de junio de 1993 (Ar. 4569), al indicar que "no es procedente en aquellos casos donde la cuestión dimana de una interpretación discrepante y razonable de la norma tributaria lo que asimismo tiene reiteradamente declarado esta Sala".

80. En la Sentencia de 12 de noviembre de 1992 (Ar. 8991), el Tribunal Supremo analiza un supuesto de declaración del Impuesto sobre las Rentas de Sociedades y demás entidades jurídicas. La Sociedad sancionada había deducido unas cantidades de la base imponible que no procedían. Se trataba de cantidades destinadas al aumento del capital mediante el saneamiento del activo, prohibido por el art. 185 del Texto Refundido, y detectado por la Inspección por el hecho de apreciar una infravaloración de los stocks finales al no haberse incluido determinados costos causados en su obtención.

eliminar el dolo o la negligencia. Esta jurisprudencia parece indicar que la complejidad de la normativa tributaria permite admitir que, con la aportación de todos los datos a la Administración, se agota la diligencia exigible por lo que, su eventual incorrección, no conlleva aparejada la sanción. A título de ejemplo, cabe citar el caso relativo a una importación de mercancías en que el contribuyente había declarado de forma correcta la mercancía importada, pero dentro de un epígrafe incorrecto; o el supuesto de una declaración tributaria de máquinas recreativas donde el contribuyente había declarado el número de máquinas correcto pero había liquidado incorrectamente por su capacidad y no por el número de máquinas, tal como exigía la norma; o, en fin, cabe citar el caso de una liquidación presentada por el impuesto de sociedades que había recogido de forma correcta los datos de la actividad, pero en la que el contribuyente se había desgravado de forma incorrecta parte de unas determinadas partidas⁸¹.

Pero, incluso, en algunos casos, -dando un paso más allá-, el Tribunal Supremo ha dotado de valor exculpante a circunstancias concurrentes expresivas de la buena fe del declarante en supuestos de declaraciones incorrectas⁸² o incompletas⁸³.

81. La Sentencia de 12 de enero de 1992 (Ar. 2047), examina un supuesto de sanción en relación con una infracción en la declaración del Impuesto de Sociedades. Tras describir el problema de una interpretación sobre la calificación del beneficio sobre una anotación contable, señala el propio Tribunal Supremo que “en cualquier caso, la situación producida es consecuencia de una disparidad de criterios, quizás, de una interpretación contable (acertada o equivocada, según cada una de las partes), pero nunca de una verdadera ocultación o sustracción al conocimiento de la Administración tributaria de los verdaderos elementos a tener en cuenta para la determinación del hecho imponible. Prueba de ello es que la Administración tuvo conocimiento de aquéllos a través, precisamente, de los datos aportados por el sujeto pasivo”. Asimismo la Sentencia de 6 de enero de 1989 (Ar. 2453), en materia aduanera donde se había descrito correctamente la mercancía importada si bien se había encuadrado en un epígrafe incorrecto. Con motivo del mismo impuesto, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de junio de 1988 (Ar. 5017), examina un supuesto de sanción a una sociedad que en su declaración había incluido, como previsión para inversiones, una cantidad que no era procedente. Tampoco hace falta al parecer una duda razonable, sino únicamente la aportación de todos los datos.

82. En la Sentencia de 5 de enero de 1990 (Ar. 1071), el Tribunal Supremo examina un supuesto de sanción en materia aduanera a un agente de aduanas que había declarado una partida de cacao de 50.480 Kilogramos cuando era en realidad de 99.730 Kilogramos. Confusión que el Tribunal considera justificable por cuanto este último dato correspondía a otra partida transportada en el mismo Buque, en lo que abundaba el hecho de que no pudiera existir beneficio alguno para el Agente de Aduanas.

83. En la Sentencia de 20 de julio de 1990 (Ar. 6163), el Tribunal Supremo analiza otra sanción impuesta por el mismo concepto de renta de Aduanas. En esta ocasión, se trataba de una declaración incompleta de los objetos descargados en el Aeropuerto, en un viaje internacional. La compañía aérea, una vez observada la omisión, solicitó del lugar de origen la aportación de la documentación complementaria recibida pertinentemente. El Tribunal Supremo considera que se debe presumir la ausencia de intencionalidad “cuando se ha justificado que la no inclusión de mercancías en el manifiesto ha sido debida a error oportunamente subsanado”.

En todos estos casos, la actuación no culpable del sancionado puede llegar a excluir la sanción, pero al resultar antijurídica conllevará, lógicamente, la aplicación de medidas no sancionadoras, como el abono de la nueva deuda tributaria, la adecuación de la situación a la norma o responsabilidad por daños, según los casos.

Como conclusión, cabe, pues, señalar que los supuestos descritos revelan un campo amplio del “error” que surge de la propia complejidad que, en ocasiones, caracteriza al ordenamiento jurídico y, muy especialmente, al tributario. Ello ha dado lugar a una doctrina jurisprudencial especialmente sensible respecto de las posibilidades del “error”, y que en materia tributaria ha supuesto un alcance seguramente desconocido en otros sectores del ordenamiento.

4.2.2. Expectativa creada por otras actuaciones de la Administración.

El denominado “error inducido” por la Administración incluye aquellas actuaciones ilícitas realizadas como consecuencia de unas expectativas de legitimidad creadas por la propia Administración. Se trata de un supuesto que, en los términos descritos, permite incluir casos específicos de muy distinto alcance, que examinaré de forma separada para una mayor claridad expositiva. Así, por una parte, analizaré las efectivas posibilidades del “error” existente en aquellas actividades donde concurren competencialmente varias Administraciones Públicas y, por otra parte, aquellas situaciones donde la expectativa surge como consecuencia de la actuación de una sola Administración. Pero, además, dentro de cada una estos casos pueden concurrir situaciones con un alcance diferente, en función de la expectativa bajo la que actúa el particular, según haya sido creada por una acción expresa de la Administración, o por una mera omisión. Por ello, examino a continuación cada una de estas modalidades y su alcance de forma independiente dentro del genérico supuesto relativo al “error inducido” por la Administración.

4.2.2.1. Diversidad de competencias concurrentes sobre una misma situación.

La especial complejidad que para el administrado entraña la concurrencia competencial de las diferentes Administraciones Públicas sobre una misma realidad, puede tener efectos concretos en este campo ya que puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a una actuación antijurídica del administrado pero en la creencia de estar actuando conforme a Derecho. El Tribunal Supremo, en ocasiones, ha dotado a estas situaciones de una relevancia exculpatoria que creo tiene interés recordar, a fin de poner de manifiesto sus posibilidades reales. Entre los

casos más relevantes, cabe citar la sanción impuesta por la Administración competente en materia de policía del dominio público de costas, al titular de una actividad de hostelería por la instalación de un velador en una zona de playa sin la preceptiva autorización de la Administración sectorial en materia de costas. En concreto, el Tribunal Supremo anuló la sanción al haberse probado que dicha instalación contaba con autorización municipal desde hacía diez años “sin que a tenor de los antecedentes que obran en estos archivos municipales se haya registrado hasta el pasado mes de enero una oposición”, lo que hizo, a entender del Tribunal Supremo, que el actor hubiera actuado “bajo la creencia de estar respaldado por una autorización válida que le habilitaba para ocupar los terrenos de la playa por los que es sancionado” de donde concluye la ausencia del elemento culpable⁸⁴.

Al igual que en el caso descrito, el Tribunal Supremo entendió que había concurrido un “error” exculpante en un supuesto en que la Administración competente en materia de aguas había sancionado a un particular como consecuencia del alumbramiento de aguas, sin la exigible autorización al encontrarse dentro de su zona de policía. El Tribunal Supremo puso de manifiesto dos circunstancias que le llevaron a la anulación de la sanción: por una parte, que se trataba de un pozo ordinario autorizado por la Administración competente en materia de minas, y que el proyecto técnico contaba con la correspondiente subvención del IRYDA. A la vista de estas actuaciones administrativas, el Tribunal Supremo consideró que la actuación del particular “fue precedida de la intervención de una serie de organismos que dentro de las esferas de sus respectivas actuaciones motivaron un actuar que se estimó como procedente”, lo que pone de manifiesto “la ausencia de imputabilidad para deducir las consecuencias sancionadoras cuando ...no se ha incidido en una conducta reveladora de mala fe”⁸⁵.

84. La Sentencia de 22 de enero de 1992 (Ar. 852), desarrolla un razonamiento teórico que incurre en las tradicionales contradicciones. Así, tras recordar la aplicación, con ciertos matices, de los principios del Derecho Penal, puntualiza que “si bien la culpabilidad debe ser apreciada en principio en las infracciones administrativas en función de la voluntariedad del sujeto infractor en la acción u omisión antijurídica, prescindiendo de su intencionalidad” entiende que “en el caso enjuiciado” no concurre uno de los elementos del delito cual es “la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el sujeto que sea contraria a la norma y antijurídica, para efectuar correctamente el reproche administrativo”. En principio, el elemento culpable no es exigible pero en este caso sí lo es. Lo que evidentemente no queda claro es en qué se justificaría esta excepción.

85. STS de 29 de junio de 1985 (Ar. 3939). Asimismo, dentro de esta misma línea jurisprudencial, cabe citar la Sentencia de 24 de enero de 1994 (Ar. 413), que anuló una sanción impuesta por la Dirección General del Instituto Español de Emigración a una empresa por utilizar una trabajadora extranjera sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo. La buena fe de la empresa contratante derivaba del hecho de haber solicitado

En los ejemplos citados concurren características similares ya que se trata de diversos sectores normativos que inciden en la misma actividad desde diferentes perspectivas, para cuyo ejercicio cada sector del ordenamiento exige la correspondiente autorización administrativa. Estas circunstancias exigen la nítida separación de dos aspectos claramente diferenciados: por una parte el ejercicio de este tipo de actividades únicamente se ajusta a Derecho, como exige el propio Tribunal Supremo, cuando cuente con todas las autorizaciones; pero por otra parte el carácter antijurídico o ilícito de una actividad que se ejerce sin la totalidad de tales autorizaciones no excluye que puedan darse situaciones donde, como consecuencia de esta complejidad normativa, pueda concurrir un “error” exculpante.

Se debe puntualizar, no obstante, que la concurrencia normativa y competencial de varias Administraciones sobre una misma situación no permite automáticamente excluir la culpabilidad, pues únicamente cabe inferir la existencia de tal “error” de las circunstancias concretas de cada supuesto como lo acredita la existencia de supuestos en la jurisprudencia en los que, a pesar de existir una concurrencia competencial entre varias Administraciones, el Tribunal Supremo, de una forma que considero plenamente razonable, entendió que no había producido una actuación del exculpante infractor. Cabe citar a título de ejemplo el caso de la sanción impuesta por el órgano competente en materia de carreteras de una Administración autonómica a un particular, por construir en zona de policía de carreteras al amparo de una licencia municipal -Sentencia de 22 de enero de 1992 (Ar. 746)-. Alegaba el recurrente haber actuado en la falsa creencia de que no concurría la competencia sectorial de la Administración autonómica, por tratarse de una red arterial de competencia municipal. Pues bien, rechazó el Tribunal Supremo esta alegación por considerar que la gran distancia entre el recorrido de dicho tramo de carretera y el pueblo de referencia, obligaba a saber “las escasas razones urbanísticas que podían existir para atraer la competencia de su Ayuntamiento...”⁸⁶.

informe a la Administración Laboral sobre la posibilidad de realizar dicha contratación, habiéndolo emitido con un resultado favorable. El Tribunal Supremo, a la vista de ello, concluye que “la buena fe de la parte está acreditada, al haber sido inducida a realizar la conducta por la que ha sido sancionada por un informe erróneo de la propia Administración, según se dejó sentado”.

86. De los antecedentes recogidos se deducen otras circunstancias que justifican esta distinta valoración. Efectivamente, en este caso la Administración Autonómica había denegado, previamente, la expresa solicitud de autorización por razones de policía de carreteras, por lo que la impugnación de la posterior sanción con fundamento en el desconocimiento de la competencia autonómica contradecía sus propios actos.

Se trata, en definitiva, de valorar en cada caso en qué medida las circunstancias pudieron llevar a una falsa creencia al particular. Pero en un plano teórico parece claro que los supuestos de concurrencia competencial configuran una fuente posible de “error” invencible, con la consiguiente exclusión del elemento culpable, por lo que al tratarse de una acción antijurídica pero no culpable procedería únicamente la imposición de las medidas relativas a la adecuación al ordenamiento de la situación, responsabilidad por daños...etc., con exclusión de la sanción administrativa.

4.2.2.2. *Actuación procedente de una misma Administración.*

A) El precedente administrativo y el error exculpante.

Una segunda manifestación del “error” exculpatorio puede encontrarse en la contradictoria actuación de una misma Administración a lo largo del tiempo, en los casos en que haya podido crear en el particular una falsa creencia sobre la antijuridicidad de su acción. Esta manifestación del “error”, de la ausencia de conciencia de la antijuridicidad, -de su actuar de buena fe, si se prefiere- está motivada por la actuación de la Administración en situaciones anteriores. Se trata de un supuesto que puede dar lugar a modalidades muy diferentes, cuyos efectos sobre el “error”, son necesariamente distintos ya que esa actuación precedente de la Administración puede haber tenido lugar, bien en relación con el particular que lo alega, o bien en relación con terceras personas, y por otra parte, dicha actuación administrativa puede haber tenido un carácter expreso u omisivo.

El examen de estas situaciones conlleva el análisis de figuras o técnicas que, dentro del Derecho Administrativo, han tenido normalmente su ubicación en el campo de la licitud o ilicitud de las actuaciones del particular, pero que nunca se han planteado con cierto rigor en relación con sus efectos exculpantes, ya que los efectos del precedente administrativo se han examinado, únicamente, desde el punto de vista de sus posibles efectos para convertir lo ilícito de una actuación en lícito.

El precedente administrativo, de acuerdo con su formulación tradicional, se fundamenta en la legítima expectativa creada sobre el administrado de que en una determinada materia o supuesto los efectos jurídicos de su actuación serán los que se han producido en situaciones anteriores. Pero, como he dicho, los efectos que se han pretendido extraer se mueven dentro del examen de la antijuridicidad de la acción, es decir, si como consecuencia de la vinculación de la Administración a sus

actos, una actuación puede llegar a ser lícita en aplicación del criterio seguido en actuaciones precedentes⁸⁷. El alcance que se ha otorgado al precedente administrativo desde esta perspectiva es más bien limitado; ya que tanto la doctrina como el Tribunal Supremo han limitado la fuerza vinculante al precedente en los casos en que tal precedente haya sido lícito o ajustado al ordenamiento jurídico, o en todo caso, cuando su licitud o antijuridicidad se mueva dentro de un contexto susceptible de interpretación; pero, en ningún caso el precedente antijurídico puede hacer lícita la actuación similar posterior ni cabe configurar un derecho a partir de él. Cuando el precedente administrativo se refiere a situaciones producidas en relación con terceros, este mismo planteamiento se ha formulado a través del contenido del principio de igualdad en unos términos similares; en este sentido, se ha señalado insistentemente, el principio de igualdad no cabe alegarlo en relación con situaciones antijurídicas, pues no cabe la igualdad en la ilegalidad, aunque lo cierto es que este principio cabe matizarlo cuando tal ilegalidad puede resultar dudosa⁸⁸.

87. Señala L. M. DIEZ PICAZO que "en definitiva el principio de buena fe se basa en la legítima expectativa de que deben producirse en cada caso las consecuencias usuales las que se han producido en casos similares. Esta legítima expectativa es defraudada cuando la Administración, sin motivo, se aparta de sus precedentes." La doctrina del precedente administrativo, RAP núm. 98, 1982, pág. 14.

88. La materia urbanística ha dotado de abundantes supuestos, por la falta de uniformidad que caracteriza en muchos casos la aplicación de la norma. Así, resultan abundantes las desestimaciones de recursos contra denegaciones de licencias que en otros casos se habían otorgado. El Tribunal Supremo ha insistido sobre esta idea, con motivo del principio de igualdad ex art. 14 CE. En principio no cabe igualdad en la ilegalidad. Ningún precedente antijurídico puede convertir en lícita una actuación posterior. Así, en la Sentencia de 12 de noviembre de 1991 (Ar. 8667), el Tribunal Supremo examina una denegación de licencia de apertura para el establecimiento de carpintería. El particular alegaba que la actividad llevaba varios años, ante la permisividad implícita del Ayuntamiento, y la existencia de otras industrias análogas a la suya en la zona. Respecto de lo primero el Tribunal Supremo indica que no existe posibilidad de derechos adquiridos. Y en relación con lo segundo señala que "no es tampoco relevante la presencia de otras industrias análogas en la zona, pues la equiparación en la igualdad, que al amparo del art. 14 CE se postula, ha de ser necesariamente dentro de la legalidad pero nunca en la ilegalidad, conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional." No obstante cuando la licitud o ilicitud del referente comparativo no resulta clara el Tribunal Supremo ha modulado su propia doctrina. Así en la Sentencia de 17 de julio de 1991 (Ar. 6347), con motivo de unas obras de cerramiento sin licencia señala, ante la existencia de otras situaciones análogas, que "la escasa funcionalidad de la costumbre en el campo del Derecho Administrativo se ve compensada por la eficacia que se atribuye al precedente que puede alcanzar fuerza vinculante en atención a las exigencias del principio de igualdad" y señala posteriormente que ciertamente "la equiparación en la igualdad sólo opera dentro de la legalidad, pero cuando ésta presente lagunas, oscuridades o imprecisiones que suscitan dudas, las actuaciones anteriores de la Administración han de alcanzar fuerza vinculante por virtud de las consecuencias del principio de igualdad." En el mismo sentido pero en relación con una denegación de licencia para instalación de letrero luminoso, la Sentencia de 4 de enero de 1991 (Ar. 3286).

El Tribunal Supremo, en materia sancionadora, ha analizado normalmente los efectos del precedente administrativo desde el punto de vista, dicho en términos penales, de las causas de justificación de la antijuridicidad, es decir de la licitud de la acción tipificada como delito. De esta manera, ha extrapolado el planteamiento general del precedente administrativo descrito anteriormente y, en consecuencia, ha negado su relevancia en el ámbito de la antijuridicidad de la actuación en la medida que un precedente antijurídico no hace lícita la posterior infracción⁸⁹. Pero, por el contrario, el Tribunal Supremo raramente ha analizado la cuestión desde el punto de vista de la exclusión de la culpabilidad, es decir de la falsa creencia de haber actuado correctamente.

Por ello, creo que puede tener interés apuntar algunas reglas de funcionamiento aplicables a los posibles efectos de estos principios (precedente administrativo, o principio de igualdad), trasladados de la antijuridicidad a la culpabilidad, para lo cual intentaré poner de manifiesto en qué medida el precedente administrativo, en cualquiera de las modalidades expuestas anteriormente, puede adquirir relevancia como causa de exculpación al entender que puede llevar al particular a un convencimiento erróneo sobre la antijuridicidad de la acción⁹⁰, y en consecuencia no proceda la aplicación de la sanción, sin perjuicio de la imposición de las medidas de adecuación al ordenamiento jurídico o responsabilidad por daños y perjuicios.

B) Examen de los posibles supuestos en que puede concurrir esta circunstancia como causa de exculpación.

Resulta evidente la dificultad para definir, en abstracto, el alcance exculpatório

89. Así, en un caso de sanción por falta de autorización en materia de juego de la sustitución de una mesa de ruleta americana por otra de doble plano para la que no bastaba la mera comunicación del particular, el Tribunal Supremo rechaza la alegación de actuaciones anteriores de la Administración con fundamento en la imposibilidad de dotar de eficacia al precedente antijurídico -Sentencia de 20 de enero de 1991 (Ar. 1053)-. Por su parte, la Sentencia de 26 de mayo de 1992 (Ar. 3937), examina una sanción impuesta a una entidad de minusválidos por organización de lotería sin autorización. Ante la alegación de la discriminación frente a los no videntes señala el Tribunal Supremo que tal alegación resulta irrelevante en relación con la sanción, debiendo haberla alegado en el momento de la solicitud de la autorización. Señala textualmente "la recurrente debería haber impugnado e intentado desvirtuar las razones de una hipotética negativa, pero no habiéndolo hecho y tratándose de una actividad supeditada a previa autorización, ha de convenir que la simple práctica del juego no autorizado es ilegal, y que el principio de igualdad ha de ser invocado para la aplicación de la Ley en sus propios términos, pero no para su dispensa".

90. El planteamiento, en cuanto causa de exculpación no incidiría, lógicamente, en la ilicitud de la acción por lo que la exclusión de la sanción no alcanzaría a cualesquiera otras medidas que derivasen legalmente de la transgresión del ordenamiento jurídico.

del precedente administrativo, ya que en definitiva depende de las circunstancias que concurran, por lo que su alcance como causa exculpatoria se debe valorar en cada caso por el órgano sancionador o jurisdiccional.

Pero, a pesar de esta limitación, puede resultar de interés intentar estructurar las diferentes situaciones que, en principio, pueden darse en la realidad, en función, por una parte, de que la actuación previa de la Administración haya sido o no expresa, y por otra parte, en función de que, bien la actuación previa se haya producido en relación con el mismo particular que lo alega, o bien en relación con terceros:

a) En primer lugar, se puede citar el precedente configurado por una actuación administrativa expresa dentro de las relaciones mantenidas por el propio particular y la Administración. Parece lógico entender que se trata del supuesto que mayores posibilidades tiene como causa de exculpación, ya que al tratarse de una actuación expresa dentro una relación inmediata con el particular, las posibilidades de un convencimiento, si bien erróneo, sobre la licitud de la acción son amplias. Es ejemplo de ello el caso analizado por el Tribunal Supremo de la sanción impuesta por un Colegio de Arquitectos a uno de sus colegiados, por haber realizado una condonación o rebaja de los honorarios a su cliente, que el Tribunal Supremo anuló por considerar que actuaciones anteriores del propio Colegio habían creado una convicción falsa sobre la prohibición de su actuación⁹¹. El Tribunal Supremo, a partir de las circunstancias concurrentes, plantea la cuestión desde la distinción conceptual entre la antijuridicidad y culpabilidad de manera que, a pesar de la actuación ilícita del colegiado, la ausencia de dolo o culpa le lleva a anular la sanción⁹².

91. STS 17 de enero de 1986 (Ar. 56). Dos tipos de circunstancias fundamentaron la negativa valoración de la sanción: las primeras, referentes a las circunstancias del supuesto, se pueden desdoblar a su vez en dos: por un lado valoró la falta de posibilidades económicas del cliente para abonar y recoger el Proyecto, y por otra parte, su definitiva falta de objeto, al haber vendido el solar y haber encargado el tercer adquirente un nuevo Proyecto. La segunda, relativa a la propia actuación colegial, consistía en la existencia de una circular colegial que permitía la renuncia en algunos supuestos, lo que había motivado un precedente de renuncia autorizado por el Colegio en el propio sancionado.

92. De todo ello concluyó que la comisión del tipo del injusto adoleció de la falta de dolo o culpa lo que "excluye la imputabilidad que requiere que la acción del inculpa sea querida por éste conociendo la trascendencia y alcance de la misma y cuando esto sucede el principio de la buena fe impide sancionar una conducta que aún no siendo ajustada a la normativa vigente, está motivada por conductas anteriores de la Administración".

b) En segundo lugar, pueden citarse los supuestos en que el error deriva de la inactividad de la Administración dentro de la relación del propio particular con la misma Administración. Parece claro que si la Administración consiente durante un tiempo el ejercicio de una determinada actividad, el particular puede llegar a creer en la licitud de su situación. Constituye un posible ejemplo de este hipotético caso, el supuesto analizado por el Tribunal Supremo en el que anuló la sanción impuesta por la Administración al titular de un restaurante con velador, instalado dentro del dominio público costero, ya que la Administración había consentido la situación durante quince años por lo que entendió que la sanción impuesta al decimoquinto año no se ajustaba a Derecho⁹³.

c) Las posibilidades del "error inducido" disminuyen lógicamente cuando la actuación previa de la Administración no se ha producido en relación con el propio particular que lo alega, sino en relación con terceros. Creo, no obstante, que no cabe excluirlo totalmente ya que puede concurrir en determinadas situaciones en las que la Administración ha actuado de forma expresa. Cabría incluir entre ellas, por ejemplo, el supuesto consistente en la realización de las obras por parte del promotor una vez transcurridos tres meses desde la solicitud de licencia, en la creencia de que se trataba de un silencio positivo conforme al ordenamiento, al existir otras situaciones similares en las que la Administración había otorgado la correspondiente licencia. El particular no tendría derecho al otorgamiento de la licencia en el caso de que tales licencias no se ajustasen a Derecho, pero cabría alegar, razonablemente, un error exculpante.

d) Por último, entiendo que las posibilidades prácticamente se extinguen en los casos en que el precedente está configurado por una actuación de omisión de la Administración dentro de relaciones con terceros. Así, a título de ejemplo, cabe citar el caso del constructor de una edificación que se ubica dentro de una urbanización ilegal en suelo no urbanizable, que alega haber actuado de forma lícita como consecuencia de la existencia de otros 100 parcelistas ilegales tolerados implícitamente por la Administración, al no haber actuado contra ellos.

Normalmente, el caso del sancionado que alega la existencia de otras situaciones no sancionadas o consentidas, es analizado por el Tribunal Supremo desde el punto de vista de su antijuridicidad, pero no se plantea la posible concurrencia o inexistencia del elemento culpable -Sentencia de 15 de enero de 1992 (Ar. 4047),

93. La Sentencia de 22 de enero de 1992 (Ar. 852) citada anteriormente.

entre otras- aunque lo cierto es que parecería difícil acreditar, en estos casos, la falta de conciencia de la ilegalidad de la acción.

No obstante, en algún supuesto, el Tribunal Supremo ha dotado de relevancia exculpatoria al precedente configurado por la actuación omisiva de la Administración respecto de la situación de un tercero. Así, cabe citar la STS de 10 de enero de 1989 (Ar. 2461), que examinó la sanción impuesta a una empresa por extracción de áridos sin autorización administrativa por depositarlos en zona de dominio público, cuya conducta se amparaba en un contrato celebrado con la empresa anterior titular de la extracción de los áridos; contrato que establecía que esta última empresa garantizaba la plena titularidad de los mismos, es decir, la correcta adecuación jurídica de la actividad extractiva.

Pues bien, uno de los elementos que valoró positivamente el Tribunal Supremo fue el hecho de que la extracción de los áridos por la anterior titular, hubiera sido pública y notoria sin que la Administración hubiese realizado actuación contraria en momento alguno, "lo que hacía presumir que tal extracción se realizaba amparada por la correspondiente licencia ante lo ostensible de los trabajos"⁹⁴. Se trataba, pues, de una actuación previa de la Administración con un tercero que es alegada por el sancionado como una causa de exculpación y que lleva al órgano judicial a anular la sanción.

En fin, aunque las posibilidades reales del "error" exculpatorio dependen del examen de cada caso, puede señalarse que no todos los bloques descritos resultan igualmente susceptibles de producir una creencia errónea en el infractor: por una parte, la actuación expresa de la Administración siempre conllevará mayores posibilidades de "error" exculpatorio para el particular que los efectos permisivos que quieran inferirse de su falta de acción; y por otro lado, parece claro que la actuación precedente de la Administración para con el propio particular alegante del error, tiene más posibilidades exculpatorias que las consecuencias que pueden inferirse de situaciones derivadas en relación con terceros.

Pero, en todo caso, quiero insistir en que cabe plantear el precedente administrativo o el principio de igualdad dentro de dos planos diferentes que, a su vez,

94. De todo ello el Tribunal Supremo concluye "que no consta en las actuaciones el más mínimo elemento de convicción que permita afirmar que E. S.A. conociera o debiera conocer la irregular extracción por A. ni por consiguiente que actuaran en connivencia o como autor de tal ilícita extracción."

conlleven efectos jurídicos diversos: por una parte, el plano referente a la licitud o ilicitud de una actuación y por otra parte, el relativo a la culpabilidad de la misma. De tal manera que una determinada actuación administrativa, podrá ser irrelevante desde el punto de vista de la antijuridicidad, pero modular o excluir, ante las expectativas creadas, la sanción. Insisto, a modo de conclusión, sobre esta idea, por cuanto en ocasiones la ausencia de un examen de estos dos planos y de sus diferentes consecuencias lleva a pronunciamientos equívocos en la creencia de que con la estimación de una causa de exculpación, se excluye totalmente la responsabilidad cuando, obviamente, no es así ya que subsiste el resto de las medidas que surgen de la mera existencia de una conducta antijurídica (medidas de reposición del orden físico y jurídico vulnerado..etc)

4.3. Conclusiones.

A modo de conclusión, creo que puede afirmarse que el “error invencible” responde a un planteamiento formal, a una estructura teórica similar al Derecho Penal, si bien dentro de un planteamiento menos matizado, como corresponde a un estado de la infracción de menor elaboración teórica. Así, tanto en un orden como en el otro, la existencia de “error invencible” sobre la antijuridicidad de la acción, depende de la diligencia exigible del autor para conocer dicha antijuridicidad o para contar con el asesoramiento que le hubiera permitido conocer la misma. Error que dependerá del nivel de especialización y cultura del infractor y que, además, deberá ser probado por éste. En este sentido, se ha visto que no puede atribuirse, como característica específica del Derecho Sancionador, la carga de la prueba de la existencia de un error en la comisión de la infracción, ya que el Derecho Penal atribuye igualmente dicha carga al inculpaado que alega haber incurrido en un error en la comisión del delito. Por otra parte, tampoco constituyen un aspecto especialmente relevante en el Derecho Sancionador, las circunstancias personales del infractor, ni puede afirmarse que cuando se trata de actividades especializadas, la responsabilidad deba ser necesariamente objetiva. Al contrario, como hemos visto, el Tribunal Supremo no ha otorgado excesiva relevancia a las condiciones personales, o a la mayor o menor profesionalidad del infractor, y parece razonable que así sea dado que en el orden administrativo la gran mayoría de las actividades exigen una cierta especialización.

Las diferencias con el orden penal se encuentran en el efectivo alcance del “error” en la realidad. En el Derecho Sancionador, el error invencible tiene, al igual que el

“caso fortuito”, un carácter heterogéneo que resulta de la ponderación de dos criterios: por un lado, la mayor o menor complejidad del entramado normativo y organizativo que caracteriza al Derecho Administrativo, y por otro lado, de las propias actuaciones anteriores de la Administración, todo lo cual se debe graduar en cada caso en función del grado de incidencia o afección que de dicha acción puede derivar sobre los intereses de la colectividad.

Hemos visto también cómo la complejidad del ordenamiento jurídico administrativo, ha dado lugar a una jurisprudencia que exculpa al infractor en los casos en que ha llevado a cabo una interpretación errónea pero razonable. Esta situación se acentúa en aquellas materias que resultan especialmente complejas, como la tributaria. Por otra parte, constituye un ámbito especialmente proclive a la concurrencia de esta causa de exculpación aquellas actuaciones de los particulares realizadas bajo una expectativa creada por la propia Administración y dentro de ellas, cabe citar tanto aquellas situaciones en las que existe una competencia concurrente entre varias Administraciones Públicas, como las situaciones donde existe un precedente administrativo. A su vez, dentro de este último caso pueden distinguirse varias modalidades en función de dos criterios: por una parte, en función de que la actuación precedente se haya producido en el mismo ámbito de relación del particular con la Administración, o por el contrario de que tal precedente se haya producido en un contexto externo al interesado, es decir, en relación con terceros; y por otra parte, en función de que tal precedente haya derivado de una actuación expresa de la Administración, o, por el contrario, se trate de una actuación por omisión. Hemos podido comprobar que no todas las situaciones son susceptibles de producir los mismos efectos como causa exculpatoria y aunque resulta difícil establecer criterios generales, puede afirmarse que, por un lado, la actuación expresa de la Administración tiene más posibilidades de inducir a un “error” exculpante que su falta de acción y por otro lado, parece claro que la actuación precedente de la Administración para con el propio particular, tiene más posibilidades exculpatorias que en el caso de que tal precedente se haya producido en relación con terceros.