
Capítulo III

Elementos esenciales de la infracción administrativa: la tipicidad y la antijuricidad

1. Introducción.

El elemento de tipicidad y sus efectos sobre el Derecho Sancionador ha sido objeto de una especial atención por parte de la doctrina y jurisprudencia, por lo que existe al respecto una abundante literatura jurídica. Y, en concreto, su previsión constitucional -art. 25.1 C.E.- ha constituido la fuente de la que se han extraído abundantes consecuencias para el Derecho Sancionador. No obstante, creo que el elemento de tipicidad constituye una cuestión sobre la que deben realizarse, todavía, algunas consideraciones aclaratorias. Por ello, me parece importante, de entrada, distinguir, por una parte, aquellos aspectos o efectos suficientemente consolidados que deben considerarse un punto de partida ineludible para cualquier acercamiento a esta cuestión y, por otra parte, aquellos aspectos que son susceptibles, aún hoy día, de alguna matización o que incluso no han sido objeto de suficiente atención por la doctrina.

El punto de partida se encuentra en el marco general que se infiere desde una óptica constitucional. Como es sabido, dentro del principio de legalidad es posible distinguir dos manifestaciones diferentes. Por un lado, la exigencia de reserva de ley en esta materia que hace referencia al contenido material propio que debe contener la Ley y al contenido de la posible remisión al Reglamento. Se refiere, por tanto a las fuentes del Derecho penal o administrativo sancionador. Pero por otro lado, el principio de legalidad se materializa asimismo en la exigencia de que sólo sean sancionables aquellas conductas típicamente antijurídicas o típicas y antijurídicas. La tipicidad exige que la norma predetermine las acciones sanciona-

bles con suficiente claridad y ello con independencia del rango normativo de la norma, legal o reglamentaria.

Se trata, por otra parte, de una distinción que resulta pacífica tanto en la doctrina como en el Tribunal Constitucional. En la doctrina, ya señaló F. SANZ GANDASEGUI en uno de los primeros estudios sistemáticos sobre esta materia publicados después de la aprobación de la Constitución, que el principio de legalidad “exige un determinado rango formal, el de la Ley, y una efectiva regulación en el contenido que excluya la discrecionalidad del reglamento en el supuesto que se deba complementar. El principio de tipicidad atiende a la directa aplicación de la norma legal o reglamentaria e implica una adecuada descripción de la conducta sancionable”¹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones esta doble consecuencia formal y material del art. 25.1 C.E: Por un lado el tradicional aforismo “nullum crimen nulla poena sine lege” conlleva, la exigencia de carácter formal de una norma con rango de Ley con un contenido sancionador propio; pero por otra parte, exige que la norma directamente aplicable describa con el suficiente grado de detalle las conductas tipificadas y las sanciones aplicables. En conocidas palabras del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental recogido por el art. 25.1 CE comprende una doble garantía. Por lo que se refiere a la orden material “tiene alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones administrativas”².

1. F. SANZ GANDASEGUI. La Potestad Sancionadora de la Administración: La Constitución Española y el Tribunal Constitucional. EDERSA, 1985, pág. 115.

2. STC 42/1987, de 7 de Abril, FJ 2. El mismo reconocimiento teórico cabe detectar en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este Tribunal, incluso con anterioridad, proyectó la estructura dogmática del ilícito penal y en concreto, el principio de tipicidad; en algunos casos justifica en un plano teórico la aplicación de los principios penales, a partir de la identidad ontológica entre el ilícito penal y administrativo, y en otros supuestos, con menor rigor dogmático, se limitó a aplicar los criterios penales. La Sentencia de 8 de Febrero de 1972 (Ar. 876), declaró expresamente la unidad sustancial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, incluyendo dentro del supraconcepto del ilícito, “la existencia de diversas manifestaciones denominadas entre las que se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal...”. Pero incluso la línea jurisprudencial que defendía la distinta naturaleza de la infracción administrativa, aplicaba los principios del Derecho Penal. Así en relación con la tipicidad, la Sentencia de 24 de Mayo de 1974 (Ar. 2533), parte de la distinción entre delito e infracción pero señala que “no es ello óbice a que tanto el factor típico como la imputación culpable en

Además, puede afirmarse que las consecuencias del reconocimiento constitucional del elemento de tipicidad afectan tanto al contenido de la norma sancionadora, en orden a la clara definición de infracciones y sanciones, como a la aplicación de la propia norma sancionadora, ya que dicha aplicación deberá realizarse de acuerdo con determinados criterios que se infieren de esta misma previsión constitucional. En efecto, además de las exigencias constitucionales relativas a la norma, de definir las infracciones y sanciones con la mayor precisión posible, la doctrina y la Jurisprudencia han venido estableciendo unos criterios para la aplicación de dichas infracciones y sanciones de acuerdo con un criterio interpretativo estricto. Este criterio general, se manifiesta, a su vez, en dos prohibiciones diferentes aún cuando lo cierto es que su distinción tiene una mayor importancia teórica que práctica: por una parte, en el ámbito sancionador se prohíben interpretaciones extensivas del contenido de las conductas y sanciones; y por otra parte, no cabe aplicar las infracciones y sanciones de forma analógica.

Estas consecuencias tienen un evidente anclaje en el Derecho Penal, aún cuando en realidad su existencia va más allá de lo penal al responder en un plano teórico a figuras reconocidas con carácter general en nuestro Derecho. Así, la analogía presupone la existencia de una laguna en la norma y consiste en la aplicación a un caso no previsto en la ley, de una norma extraída de la misma³. En concreto como señala J.M. TRAYTER son tres las características del procedimiento analógico: "a) Ninguna norma contempla de manera directa el caso planteado; b) Hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso; c) Existe, sin embargo, semejanza o similitud entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir"⁴.

Por su parte, la interpretación extensiva supone la delimitación del contenido de la norma mediante la elección del sentido y alcance, ante varias acepciones, más amplio posible⁵. La analogía, pues, comienza donde termina la interpretación ex-

cuanto base de la responsabilidad constituyan primarios elementos de modo común requeridos para declarar un hecho o infracción administrativa..."

3. Desde el punto de vista penal J.M. RODRIGUEZ DEVESA señala que "la doctrina ha considerado que es la aplicación a un caso no previsto por la ley de una norma extraída de la misma ley (analogía legis) o del ordenamiento jurídico" (analogía iuris)". Derecho Penal, Parte General, 11ª ed., Madrid, 1988, pág. 254). Desde el punto de vista civil ver L. DIEZ PICAZO Y A. GULLON Sistema de Derecho Civil, vol. I, Ed. Tecnos 4ª edición, Madrid, 1981, pág. 210). J.M. TRAYTER JIMENEZ. Manual De Derecho Disciplinario..., op. cit., pág. 176.

4. Manual de Derecho Disciplinario, op. cit., pág. 177.

5. Señala asimismo J. M. TRAYTER JIMENEZ que "en la interpretación extensiva hay una Ley o norma

tensiva, ya que únicamente cabe entender que se aplica a un caso distinto del contemplado (analogía), cuando se ha determinado claramente el contenido del supuesto recogido por la norma (interpretación)⁶.

que prevé el caso concreto, el cual se contempla por el espíritu y finalidad de la misma, aunque la letra de ésta, por expresar menos de lo que debe exteriorizar en relación con su espíritu, parece no abarcarlo. El intérprete, entonces, tiene que extender o estirar la palabra de la ley para ponerla de acuerdo con su espíritu, o lo que es lo mismo, con la voluntad de la ley que es lo que en definitiva trata de esclarecer". *Manual de Derecho Disciplinario...*, op. cit., pág. 178 y 179.

6. Esta distinción, en mi opinión, no tiene unos efectos claros en la aplicación del sistema sancionador, ya que por una parte, en la realidad resulta muy difícil su distinción, y por otra parte, las consecuencias jurídicas son similares en uno y otro caso, pues en ambos casos se deriva la anulación de la sanción por lo que con carácter general puede considerarse que el elemento de tipicidad exige que las conductas sancionadas reúnan los elementos del tipo definidos por la norma, interpretados tales elementos de forma estricta con exclusión por tanto de cualquier forma de aplicación analógica o extensiva.

En la realidad jurisprudencial se detecta asimismo la irrelevancia de esta distinción. Así, la STS de 2 de Marzo de 1981 (Ar. 1303), señala, al analizar el supuesto que la aplicación de la norma que había dado lugar a la sanción, "entrañaría una hermeneútica extensiva en uso de un criterio de analogía contrario a los principios restrictivos que en este aspecto informan y de modo común estructuran todo orden jurídico sancionador".

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adquirido un carácter esencial el examen de la adecuada calificación de los hechos dentro de un criterio restrictivo de la norma. Así la STS de 22 de Junio de 1989 (Ar. 4874), anuló una sanción en materia de viviendas de protección oficial por entender que la infracción consistente en la "realización de obras no autorizadas" no era de aplicación al supuesto examinado consistente en el cerramiento mediante una estructura metálica sin obra civil que el particular había llevado a cabo. Y dentro de este contexto afirma expresamente el Tribunal Supremo que "en materia sancionadora no pueden interpretarse las normas con carácter extensivo sino restrictivamente", o bien (que), "el principio de proporcionalidad y de que la subsunción del hecho imputado en la norma sancionadora debe hacerse de acuerdo con un criterio interpretativo estricto". Dentro de esta misma línea jurisprudencial, la STS 20 de Junio de 1988 (Ar. 4639) anuló una sanción impuesta por la Administración a una empresa por el impago de unos salarios previstos en el Convenio correspondiente por considerar, entre otros motivos, que no eran constitutivos de "la infracción tipificada en los arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, por discriminación salarial de ciertos trabajadores, por no aceptar una propuesta de la empresa, en cuanto que la Administración para imponerla hizo una interpretación analógica y extensiva de los preceptos citados que únicamente se refieren a discriminación fundada en circunstancias de sexo, edad, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión sindical, parentesco o lengua, pero a la que se tuvo en cuenta por la Administración..."

Asimismo la STS de 13 de Mayo de 1991 (Ar. 3891) anuló una multa impuesta a una entidad bancaria por infracción del art. 15.2 del R.D. 1338/84, de 4 de Julio, de medidas de seguridad, y en concreto por cuanto la Administración había entendido que "la puerta de entrada no está protegida contra asaltos". El Tribunal Supremo considera, por una parte, que la cámara acorazada o caja fuerte existente en el interior de la sucursal cumplía los requisitos exigidos por el art. 17.1 y por otra parte señala que la explicación dada por la Administración - no estar protegida contra asaltos - suponía una interpretación extensiva de la norma aplicable. Dentro de esta línea, la STS de 14 de Abril de 1994 (Ar. 3125) anuló una sanción en materia de transportes por carretera - Ley 38/1984, de 6 de Noviembre - impuesta a una empresa de transporte por considerar que había realizado un servicio de transporte escolar sin la preceptiva autorización. El Tribunal Supremo analiza la norma que describe la acción como infracción y recuerda que a efectos de la aplicación de dicha normativa debe distinguirse entre transporte escolar y transporte ocasional específico de menores a partir de lo cual

En principio, por tanto, la propia existencia del elemento de tipicidad constituye un elemento común al Derecho Penal y al Derecho Sancionador. No obstante creo que a partir de este reconocimiento existen diferencias que permiten diseñar un tratamiento parcialmente diferente para el Derecho Sancionador.

Por una parte, el Derecho Sancionador tiene una doble naturaleza administrativa y punitiva, ya que constituye una manifestación del "Ius Puniendi" del Estado que se integra en cuanto potestad administrativa dentro del Derecho Administrativo. Esta doble naturaleza incide sobre esta cuestión de forma importante ya que el principio de legalidad en su vertiente de "lex certa" conlleva, además de las consecuencias propias del Derecho Penal, unos efectos propios en cuanto potestad administrativa sujeta al Derecho Administrativo.

Por otra parte, la extrapolación de los efectos del derecho penal tampoco resulta automática. Cuestiones como el alcance de la necesaria predeterminación normativa en el Derecho Sancionador, la función real que cumple la tipicidad dentro de la estructura del ilícito, o las relaciones que mantienen la antijuridicidad y la tipicidad, no resultan plenamente coincidentes por lo que su examen permitirá dilucidar en qué medida la tipicidad tiene una funcionalidad propia dentro del ámbito administrativo frente al penal.

Para ello, analizaré de forma separada estos dos ámbitos: en primer lugar, los efectos que como consecuencia de la doble naturaleza, penal y administrativa tiene el principio de legalidad en el Derecho Sancionador. Como tendremos ocasión de comprobar, la superposición de estos dos planos jurídicos otorga al Derecho Sancionador una complejidad especial, que, en ocasiones, sugiere una falta de depuración técnica. En segundo lugar, examinaré el alcance y efectos del elemento de tipicidad a través de las dos vertientes que tradicionalmente tiene en el Derecho

concluye que la Administración no había probado que el servicio realizado tuviese el carácter permanente que caracteriza al transporte escolar permanente. Por su parte, la Sentencia de 29 de Enero de 1994 (Ar. 2038), anuló una sanción impuesta a una empresa que gestionaba el abastecimiento de aguas a un Municipio por incumplimiento de la normativa en materia de tarifas y sobre el contenido de los recibos. En relación con la cuestión relativa a la tarificación, señala que la Administración no concreta "en qué consiste esa incorrecta inaplicación de tarifas". Y por lo que se refiere al contenido del recibo, el Tribunal Supremo sostiene que "no se contiene en dicha normativa precepto alguno sobre la información que debe contener la facturación". En todas ellas, pues, el Tribunal Supremo exige una relación inmediata entre el precepto vulnerado y la acción realizada por el supuesto infractor lo cual le lleva en todos estos casos a anular las sanciones impuestas ya que la Administración había dotado de una cobertura normativa indeterminada, o dicha cobertura se encontraba en una pluralidad de preceptos de contenido diferente.

Penal: por un lado, como elemento positivo a fin de conocer que efectos pueden derivarse de este principio en el Derecho sancionador; por otro lado, como elemento negativo, es decir, en qué supuestos puede entenderse que a pesar de concurrir los elementos del tipo, puede afirmarse que una acción es lícita. En términos penales, se trata de conocer en qué medida en el Derecho Sancionador cabe hablar de causas de justificación de la antijuridicidad.

Por último, analizaré los efectos que el principio de tipicidad tiene en relación con la predeterminación de las sanciones. Se trata de un aspecto escasamente tratado en la doctrina, pero sobre el que existe un abundante material jurisprudencial, que pone de manifiesto algunas carencias en el tratamiento normativo de las sanciones que conviene superar.

No obstante, con anterioridad al estudio de estas cuestiones, creo conveniente exponer, aunque sea sucintamente, el planteamiento general en el ámbito penal respecto al elemento de tipicidad y sus relaciones con el elemento de la antijuridicidad, a fin de tener una referencia que nos permita examinar en qué medida el Derecho Sancionador responde a un planteamiento similar y hasta qué punto responde a unos criterios propios.

2. Tipicidad y antijuridicidad en el derecho penal.

La antijuridicidad y la tipicidad son dos elementos esenciales del delito que se encuentran íntimamente ligados en el Derecho Penal. Es sabido que la elaboración teórica de dichos elementos, así como la relación que dentro de la estructura del delito mantienen, ha sido objeto de constante atención por parte de la doctrina penalista. De todo este marco teórico interesa aquí traer a colación las pautas principales, lo que sin duda supone una evidente simplificación de la rica discusión penalista sobre esta materia. Interesa, en concreto, conocer el planteamiento doctrinal sobre el concepto de los elementos de la antijuridicidad y de la tipicidad, así como la relación teórica que puede detectarse entre ellos. Los examinamos a continuación.

2.1. Antijuridicidad.

Aún cuando dentro del Derecho Penal existen matizaciones en su elaboración teórica, puede afirmarse que la antijuridicidad es un juicio de valor en virtud del

cual se califica una conducta o comportamiento humano como contrarios al Derecho. El juicio de antijuridicidad supone una calificación negativa de la conducta teniendo en cuenta la totalidad del Derecho, o en palabras de F. MUÑOZ. CONDE⁷ la antijuridicidad “es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico”.

Por ello se viene afirmando que el “el juicio de antijuridicidad es el juicio objetivo de desvalorización que se desprende de una norma jurídica”⁸ o como de forma más precisa indica J. CERESO “la antijuridicidad viene determinada por la infracción de las normas en su conjunto”⁹. El elemento de antijuridicidad conlleva, puede concluirse, un juicio de valor por el que se declara que la conducta no es aquella que la norma demanda, sin que ello suponga todavía un juicio concreto en el orden penal ya que tiene en cuenta la totalidad del Derecho.

2.2. Tipicidad.

La exigencia de que todo delito se encuentre tipificado en una norma penal es uno de los principios comúnmente aceptados dentro de la doctrina penalista. Se trata de una consecuencia del principio de legalidad penal expresado desde la formulación del “Ius Puniendi” del Estado en la Ilustración. Del aforismo “Nullum crimen sine lege” se ha venido infiriendo la exigencia de que toda acción u omisión penada se encuentre descrita por la norma penal, de tal manera que los ciudadanos puedan tener conocimiento de las consecuencias de sus acciones.

Dentro de la doctrina penalista importa resaltar dos aspectos sobre el elemento de tipicidad. Por una parte, la función que el elemento de tipicidad cumple dentro de la estructura del delito. Y en segundo lugar, los requisitos que debe contener el elemento de tipicidad para cumplir la función asignada dentro del ilícito.

Desde un punto de vista funcional, puede afirmarse que la tipicidad consiste en la descripción de la acción u omisión contraria a Derecho desde el específico ámbito penal: es la exigencia de una relevancia penal del hecho contrario al Derecho. No basta con que el hecho sea contrario a Derecho o, si se prefiere, a la norma

7. F.MUÑOZ CONDE. Teoría del Delito. Ed. Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1989, págs. 40 y 41.

8. S.MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, PPU, Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.

9. J.CERESO MIR, Curso de Derecho Penal Español, Tecnos. 1985.

jurídica entendida en su totalidad, sino que es necesario que el ámbito penal lo haya previsto como una acción u omisión relevante penalmente. No existe mayor discusión sobre el contenido del elemento de tipicidad. Para F. MUÑOZ CONDE es “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”¹⁰ o, como indica S. MIR, los tipos penales expresan la desvalorización objetiva que el ordenamiento jurídico penal atribuye a ciertas clases de hechos¹¹. Para J.M. RODRIGUEZ DEVESA el tipo “es el conjunto de características del delito en virtud de las cuales venimos en conocimiento de cuáles son las conductas antijurídicas que deben tomarse en consideración a efectos penales¹². Se trata por tanto de una función de selección de los comportamientos antijurídicos a los que el legislador otorga una relevancia penal.

Pero esta asunción por el Derecho Penal de aquellos comportamientos más relevantes para la sociedad debe llevarse a cabo cumpliendo unos requisitos mínimos. El principio de legalidad penal exige que la descripción de comportamientos penalmente reprochables se materialice de tal modo que posibilite al ciudadano el conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus acciones. Finalidad íntimamente unida al principio de seguridad jurídica que únicamente puede alcanzarse mediante la mayor concreción de las conductas penalmente relevantes y de las consecuencias jurídicas que llevan aparejadas¹³.

Ello supone que la norma que seleccione para el ámbito penal los comportamientos antijurídicos debe llevar a cabo una descripción precisa de los hechos y de sus consecuencias jurídicas. La doctrina penalista viene entendiendo que esta exigencia impide aceptar términos elásticos o cláusulas imprecisas y oscuras que no determinen con exactitud la esfera de lo punible. Motivo por el cual se viene criticando la redacción de algunos preceptos del Código Penal¹⁴. No obstante, la pro-

10. Teoría General del Delito, op. cit., pág. 39.

11. Derecho Penal. Parte General. op. cit.

12. Derecho Penal Español. Parte General, Volumen I, DYKINSON, Madrid, 1989, pág. 414.

13. Desde el punto de vista de la estructura organizativa del Estado, esta manifestación del principio de legalidad proyecta sus efectos dentro de las relaciones entre el poder Judicial y el Legislativo, por cuanto exige que sea el legislador quien defina lo más pormenorizadamente posible las conductas y penas a fin de restringir a los mínimos posibles el ámbito interpretativo y discrecional del juzgador.

14. M.COBO DEL ROSAL y T.VIVES ANTON al analizar las exigencias que se derivan del elemento de tipicidad critican la redacción de algunos preceptos del Código Penal. Entre otros ejemplos, alude al art. 499 bis del derogado Código Penal -hoy art. 311- que tipificaba el delito contra la libertad en el trabajo en los siguientes términos “1º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabaja-

pia doctrina penalista es consciente de las dificultades de alcanzar el rigor deseado en este campo; así M. COBO DEL ROSAL y T. VIVES han señalado que las exigencias de taxatividad no pueden llevarse “hasta extremos que no podrían ser cumplidos en ninguna legislación pensable”¹⁵. Pero para dichos autores, estas dificultades prácticas no deben llevar a renunciar al rigor “sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose cada vez, como meta a alcanzar, cotas más elevadas de seguridad y certeza”¹⁶.

De esta manera, la certeza, la certidumbre, la taxatividad descriptiva no es tanto una meta definible de una vez por todas sino una idea, una finalidad que debe obligar a un constante esfuerzo de legislador a fin de mejorar el contenido descriptivo de las normas.

2.3. Relación entre tipicidad y antijuridicidad.

Dentro de la teoría del delito, la antijuridicidad y la tipicidad, han aparecido formuladas a lo largo de la Historia, de forma íntimamente conectadas, entrelazadas en unas relaciones pluridireccionales. Pero esa misma visión histórica ofrece un panorama controvertido a la hora de fijar el grado de intensidad en la relación que les une. Esta cuestión ha dado lugar a diversas tesis que han incidido en las diferentes teorías de delito¹⁷. Pero no interesa aquí exponer dicha controversia doc-

dores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales”.

Estos autores consideran que, además de su conflicto con la reserva de Ley que afecta a esta materia, “se vulnera también materialmente en tanto en cuanto no se circunscribe la esfera del injusto penalmente relevante: todo injusto laboral que perjudique los derechos reconocidos a los trabajadores se transmuta en injusto penal, sin que la Ley penal haya cumplido el indispensable proceso de tipificación exigido por la Constitución”. M. COBO DEL ROSAL Y T. VIVES ANTON. Derecho Penal. Parte General, Universidad de Valencia, 1984, pág. 290.

15. Continúan afirmando estos autores que “como ha subrayado ENGLISH, la mayor parte de los conceptos jurídicos tienen “un campo conceptual” difuso. De suerte que las exigencias de certeza se cumplen, no mediante una absoluta taxatividad, sino mediante la exhibición permanente de la zona problemática, del área de duda o incerteza”. Derecho Penal..., op. cit., pág. 293.

16. M. COBO DEL ROSAL Y T. VIVES ANTON. Derecho Penal..., op. cit., pág. 293.

17. S.MIR PUIG resume las diferentes posturas que a lo largo de la historia se han planteado sobre las relaciones entre tipicidad y la antijuridicidad en las dos tesis que expresan, por una parte, el finalismo, y, por otra parte, la teoría de los elementos negativos del tipo. El finalismo defiende el carácter independiente de la tipicidad respecto de la antijuridicidad: “El tipo se concibe, así como “materia de prohibición”, como la materia prohibida. Las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permiten su infracción”. Como señala este mismo autor para la teoría de los elementos negativos del tipo “la tipicidad implica

trinal, ni mucho menos entrar a tomar posición en ella; interesa únicamente poner de manifiesto las efectivas manifestaciones de la antijuridicidad y la tipicidad en el ámbito penal.

Se ha indicado anteriormente que la antijuridicidad supone un juicio general sobre la conformidad a Derecho de un comportamiento concreto. Tiene, pues, un carácter general, supone una visión unitaria del Ordenamiento. Por su parte la tipicidad selecciona aquellas conductas que suponen una lesión o puesta en peligro más grave de aquellos bienes jurídicos cuya protección resulta necesaria desde un punto de vista penal. Por tanto, la conducta descrita en el Código Penal como típica, supone en principio su disconformidad a Derecho, ya que realiza la clase de desvalor que la Ley penal asigna al tipo correspondiente. Pero esta lesión o puesta en peligro no significa que definitivamente la conducta deba ser considerada como antijurídica. El juicio de antijuridicidad no finaliza con la selección que el tipo penal lleva a cabo de los comportamientos antijurídicos más relevantes. Como indican M. COBO DEL ROSAL y T. VIVES “en determinados casos el ordenamiento jurídico puede contemplar como adecuadas y conformes a Derecho ciertas lesiones de bienes o intereses jurídicamente protegidos. La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico deja en tales casos de ser contraria a Derecho”¹⁸.

Se trata de situaciones de conflicto entre la protección de diferentes bienes jurídicos. El Ordenamiento Jurídico debe optar entre la protección de uno u otro, en función del que estime superior. De conformidad con este planteamiento encontramos cómo la Ley penal asume la idea de que en algunos supuestos, la conducta típica no es antijurídica: a pesar de tratarse de una conducta que realiza el desvalor del tipo, la considera conforme al Ordenamiento Jurídico, al concurrir en conflicto

siempre la antijuridicidad y, viceversa, la presencia de las causas de justificación excluye la tipicidad”. Derecho Penal ..., op. cit., pág. 118 y sgtes.

18. Continúan estos autores señalando que “tamaño consecuencia tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico permite el sacrificio de determinados bienes o intereses en beneficio de otros que estima superiores...”, así como que “la ley penal regula los casos de conflicto y establece las situaciones en que determinados bienes pueden, de conformidad con las valoraciones del ordenamiento, sacrificarse para salvaguardar otros. Así, junto a los diversos tipos, se contienen en los Códigos Penales causas de justificación, esto es, causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta típica, pues la hacen conforme a Derecho. Por consiguiente, en el juicio de antijuridicidad procede examinar, primero, la formulación y realización del tipo y posteriormente, la presencia o ausencia de causas de justificación. El juicio de antijuridicidad queda, pues dividido en dos partes, versando la primera sobre la problemática del tipo de injusto y la segunda sobre la justificación” Derecho Penal..., op. cit., pág. 261.

otro bien jurídico que considera superior. Es por ello, por lo que -como señala M. COBO DEL ROSAL y T. VIVES - junto a "los diversos tipos, se contienen en los Códigos penales causas de justificación, esto es, causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta típica pues la hace conforme a Derecho"¹⁹, o como señala S. MIR "las causas de justificación impiden considerar prohibido el hecho típico realizado bajo su amparo por lo que no puede ser antinormativo"²⁰.

Se trata en consecuencia de la concurrencia de unos supuestos que configuran la acción descrita en el tipo penal como adecuada a Derecho. El indicio de antijuridicidad que conlleva la inclusión de un comportamiento en un tipo penal es descalificado por la concurrencia de una causa de justificación.

3. El elemento de tipicidad de las infracciones y el derecho sancionador en cuanto potestad administrativa.

3.1. Introducción.

Como he señalado anteriormente, el principio de legalidad adquiere manifestaciones específicas en el Derecho sancionador, como consecuencia de su doble naturaleza, punitiva y administrativa. En efecto, desde un punto de vista sustantivo, el Derecho Sancionador constituye, además de una manifestación del "Ius Puniendi", una potestad administrativa, y en cuanto tal se encuentra sujeta a los límites inherentes a toda potestad administrativa.

Como ha señalado E. GARCIA DE ENTERRIA, "la legalidad atribuye potestades a la Administración, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos"²¹. Tales límites dependen de la naturaleza de la potestad, pero el contenido mínimo a que está sujeta toda potestad administrativa se refiere, tal como señala este mismo autor, a la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia y al fin²².

19. M.COBO DEL ROSAL y T.VIVES ANTON, Derecho Penal..., op. cit., pág. 257.

20. Derecho Penal..., op.cit., pág. 158.

21. Curso de Derecho Administrativo, I, 4ª Ed., op. cit., pág 418.

22. En concreto, señala E. GARCIA DE ENTERRIA que puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlos: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y -dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera y, por último,

Entre los límites enunciados, el fin constituye uno de los instrumentos básicos sobre los que se sustenta el control de los ámbitos discrecionales de la actuación administrativa a través de la técnica de la desviación de poder. En virtud de dicha técnica, expresamente recogida tanto en el ámbito de la legislación ordinaria –art. 83.2 LJCA y art. 63 LRJAP y PAC-²³ como en el más alto rango normativo –art. 106.1 C.E.-²⁴, los fines perseguidos por la Administración deben ajustarse a los previstos por la norma. Dentro de un contexto más amplio, la Administración, en cuanto poder público, se encuentra sujeta a los principios generales del Derecho –a la Ley y al Derecho en los términos empleados por el art. 103.1 C.E.-²⁵ entre los que cabe resaltar el principio de seguridad jurídica y el principio de interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 C.E.-²⁶, es decir la prohibición de las actuaciones abusivas, discriminatorias o irrazonables de la Administración, y que a su vez conectan, además de con determinados derechos fundamentales, con las técnicas de control de la Administración, tales como el control de los hechos determinantes, o la propia desviación de poder citada anteriormente.

El principio de legalidad referido a la Administración tiene, pues, sus propias manifestaciones ya que dicho principio se concreta en técnicas específicas dentro del Derecho Administrativo (control de los hechos determinantes, desviación de

el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específico, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública” Curso de Derecho Administrativo. I...op cit., pág 431, En relación con esta cuestión este mismo autor puso los pilares de esta doctrina en La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo, RAP 38.

23. Señala el art. 83.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de Diciembre de 1956, que la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriese en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico incluso la desviación de poder”. Por su parte, el art. 63 de la Ley 30/1992 de 26 de Diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

24. Establece el art. 106.1 de la Constitución lo siguiente “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

25. El art. 103.1 de la Constitución establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

26. El art. 9.3 establece que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

poder) que a su vez conectan con determinados principios generales del Derecho (congruencia, proporcionalidad, etc.)²⁷.

Por tanto la potestad sancionadora se incrusta dentro de un sistema jurídico que tiene sus propias técnicas, su propio sistema de integración del ordenamiento jurídico al que lógicamente debe someterse. Por ello las acciones u omisiones realizadas en contra del ordenamiento, para que sean sancionables, no solamente deben reunir los elementos descriptivos y normativos del tipo de la infracción, con referencia a una tradición jurídica claramente penal, sino que además debe sujetarse a los demás requisitos que definen en cada caso la potestad sancionadora, y en todo caso a los principios generales que configuran el marco de actuación de toda potestad administrativa.

Este solapamiento de órdenes jurídicos ha supuesto, por una parte, la aplicación del principio de legalidad al Derecho Sancionador con un contenido que alcanza a aspectos que resultan extraños al Derecho penal, como consecuencia de los específicos efectos que se derivan de la sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho. Pero, por otra parte, el principio constitucional de legalidad, pone de manifiesto con especial intensidad la necesidad de compaginar dos sistemas jurídicos, el penal y el administrativo, lo cual conlleva a su vez la necesidad de armonizar un complejo entramado de técnicas propias de cada uno de los órdenes, que el Derecho Sancionador no ha asimilado plenamente. Algunos ejemplos jurisprudenciales darán idea del específico alcance que tienen estas consideraciones.

3.2. Algunos ejemplos jurisprudenciales sobre la relevancia constitucional de aspectos específicos del Derecho Sancionador.

La relevancia constitucional de determinadas técnicas de control de la actividad administrativa, como la adecuada utilización de la potestad sancionadora, o

27. E. GARCIA DE ENTERRIA ha puesto de manifiesto cómo además de las técnicas tradicionales de control de la Administración como manifestación del principio de legalidad (desviación de poder, y hechos determinantes), la Administración se encuentra sujeta a los principios generales del Derecho. –Curso de Derecho Administrativo, op. cit. pág 449 y sgts. Por su parte J. LEGUINA VILLA incluye dentro de los principios generales del Derecho y en concreto del principio de interdicción de la arbitrariedad, además de otros principios aplicables a todo poder público, las propias técnicas que tradicionalmente han servido de instrumentos de control de la Administración (desviación de poder, hechos determinantes, principio de igualdad). Principios generales del Derecho y Constitución, RAP núm. 114, 1987.

su sujeción a las normas administrativas de orden competencial, se pone de manifiesto en algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ha extendido el alcance derivado del art. 25.1 CE a este tipo de técnicas de control propiamente administrativas. La doble naturaleza -punitiva y administrativa- dota al principio de tipicidad de un mayor contenido al conllevar como efecto directo, no sólo la sujeción a los efectos típicamente punitivos, tales como la exigencia de una predeterminación normativa de las infracciones y sanciones y una aplicación estricta de los mismos, sino que se extiende a aspectos que tienen un carácter específico del Derecho Sancionador en cuanto potestad administrativa.

Así, por una parte, cabe citar como ejemplo de este específico alcance del artículo 25.1CE respecto del Derecho Sancionador, la Sentencia 136/89, de 19 de Julio, en el que el fundamento último del amparo otorgado fue la técnica de control del ejercicio de las potestades administrativas que exige su utilización conforme a la finalidad legalmente prevista. En dicha Sentencia en el Tribunal Constitucional examinó la sanción impuesta por el Presidente del Parlamento cántabro a dos Diputados, con motivo de la conducta contraria al orden, mantenida por tales Diputados durante una sesión plenaria²⁸. En concreto, los Diputados alegaban la vulneración del art. 25.1 de la Constitución, toda vez que la normativa invocada como fundamento de la sanción circunscribía el uso de la potestad sancionadora al desarrollo de la sesión parlamentaria, siendo que la corrección impuesta había tenido lugar varios días después de la sesión parlamentaria en la que se habían desarrollado los hechos.

Por tanto, los recurrentes consideraron que si bien el Presidente de la Cámara

28. Los hechos que analiza dicha Sentencia son resumidos en los Antecedentes de la siguiente manera:

“En la sesión de la Asamblea Regional de Cantabria celebrada el día 25 de febrero de 1988, el Diputado señor CONDE YAGÜE se dirigió al Presidente señalando que al señor G. M. que acaba de hacer uso de la palabra, le había llamado “chulo”. Replicó el Presidente que no había oído esa expresión pero que rogaba a los Diputados moderación en sus expresiones y la no utilización de ese léxico. El día 29 de febrero siguiente, en la reunión de la Junta de Portavoces, el Presidente de la Cámara manifestó que al no haber oído la expresión aludida no había podido actuar inmediatamente, pero que ello no entrañaba la prescripción de la posible falta. En relación con la misma cuestión, y en la reunión de la Mesa de la Asamblea que tuvo lugar también ese día, el Presidente indicó que pensaba convocar a la Comisión de Reglamento. Esta Comisión se reunió el día 9 de marzo con carácter secreto y escuchó repetidas veces la grabación de lo sucedido en el Pleno del 25 de febrero. Asimismo, el día 9 de marzo el Presidente dictó Resolución en la que, invocando las atribuciones que le confieren los arts. 96 y 102 del Reglamento de la Asamblea, decide suspender a Don G.G.L. y a don J.H.C. en su condición de Diputados durante diez días; ello “por la gravedad de vocablos que por su parte fuer on proferidos en un momento del Pleno del pasado día 25 de febrero contra un Diputado que acababa de terminar su turno de intervención en la tribuna de oradores”.

había impuesto una sanción prevista en la norma (suspensión de su condición de Diputado por el plazo de un mes), como consecuencia de una conducta que está tipificada como infracción (alteración del orden de la sesión parlamentaria), la potestad sancionadora había sido ejercida fuera de las circunstancias que habilitan o autorizan su empleo²⁹ ya que los preceptos que habilitaban para imponer dicha sanción tenían una finalidad concreta: el orden inmediato en la sala y la represión de plano de los perturbadores. El Tribunal Constitucional estimó la argumentación de los recurrentes, admitiendo que había sido aplicada la norma extendiendo el supuesto analógicamente “in malam partem”, con claro perjuicio para los sancionados. En este sentido confirmó la tesis de los recurrentes que mantenían que la potestad correctiva del Presidente estaba prevista para mantener el orden actual de las sesiones parlamentarias, por lo que las sanciones debían adoptarse durante el transcurso de las mismas y no con posterioridad. En concreto, el Tribunal Constitucional, a la vista de la normativa aplicable, considera que el Presidente de la Cámara estaba autorizado “a ejercer unas facultades correctoras únicamente previstas reglamentariamente para ser ejercitadas en el transcurso de las sesiones parlamentarias”. Por tanto, el Tribunal Constitucional no cuestiona la sanción desde el punto de vista de la subsunción de los hechos en el tipo, ya que nada objeta a su calificación como infracción, ni desde la predeterminación de la sanción, ya que estaba expresamente prevista. Cuestiona el propio ejercicio de la potestad del Presidente de la Cámara por cuanto la sanción impuesta extralimitaba la finalidad para la cual la norma le había atribuido las facultades correctoras. Por ello, termina declarando el Tribunal Constitucional que “una sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas” que

29. En concreto el Tribunal Constitucional resume la posición de los actores en los siguientes términos:

“Así el art. 96 (del Reglamento de la Cámara), se refiere a la expulsión inmediata de un diputado, decisión que ha de adoptarse frente a una agresión actual del orden en el hemiciclo y que carece de sentido cuando se usa para sancionar una conducta ocurrida días antes. Por su parte, el art. 102 configura una potestad para decidir que sea “inmediatamente expulsado” quien promueve desorden grave con su conducta de obra o de palabra, esto, es quien promueva alteraciones en el orden de la sesión entendido como orden actual o presente. Tampoco este precepto sirve, pues, para exigir responsabilidades pasadas, ni para prevenir desórdenes futuros...Por eso, y aunque la quiebra de las garantías de los sancionados se justifique en la excepcionalidad de las circunstancias, no cabe que los poderes excepcionales que posee el Presidente se ejerzan fuera de las circunstancias que habilitan o autorizan su empleo. En todo caso, las potestades públicas, ordinarias o extraordinarias, sólo pueden usarse si se dan “los hechos determinantes de las mismas.”

aparece como un “plus” sobre las exigencias constitucionales relativas a la predeterminación de la infracción y de la sanción.

Parece, por tanto, que aquí el principio de predeterminación normativa extralimita el contenido de la predeterminación de los tipos y de las sanciones correspondientes, pues está calificando como una manifestación del principio de tipicidad la genérica adecuación del uso de la potestad reglamentaria a cuantas normas acoten dicho ejercicio, y en concreto, por lo que a este supuesto se refiere, a la adecuación del ejercicio de la potestad a la finalidad para la que se le atribuye dicha potestad³⁰.

Por otra parte, la relevancia constitucional de la sujeción de la potestad sancionadora a las normas de orden competencial se pone de manifiesto en la STC 120/1996 de 8 de Julio en la que el Tribunal Constitucional analizó la sanción impuesta por la Alcaldía de Fuengirola a un policía municipal por diversas faltas y entre ellas, el incumplimiento sobre las normas de “uniformidad” a las que debía sujetarse el policía por “llevar el pelo más largo de lo correcto, e incluso recogido habitualmente en forma de coleta”. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado por diversos motivos, pero por lo que aquí importa³¹, por entender que vul-

30. En similares términos la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1995, de 20 de Noviembre que examinó el recurso de amparo 2273/1993, contra la Resolución del Presidente del Parlamento de Galicia confirmando la decisión del Presidente de la Comisión de Modificación del Reglamento de suspender al Diputado recurrente en el ejercicio de sus derechos parlamentarios por el plazo de un mes. También en este supuesto concluye que “en último término, por tanto, ha venido a conculcarse el derecho fundamental del actor “ex” art. 25.1, pues se le ha aplicado un precepto sancionador para supuestos como el considerado en la Resolución sancionadora.”- FJ 3-

Dentro de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe, asimismo, detectar técnicas de control de las sanciones impuestas por la Administración que únicamente son aplicables como consecuencias de las rasgos específicos del Derecho Sancionador. Configura un ejemplo de estas circunstancias específicas del Derecho Sancionador frente al orden penal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1994 (Ar. 10657). En la precitada Sentencia, el Tribunal Supremo analiza la sanción impuesta por el Colegio de Abogados de Madrid de expulsión del citado colegio profesional. Dicha expulsión se fundamentó en la información facilitada por el Colegio de Abogados de Baleares que había impuesto la sanción de expulsión. El Tribunal analiza en qué medida la sanción impuesta por el Colegio de Baleares es extensible al del Colegio de Madrid. Su conclusión, contraria a esta extensión, se fundamenta en la exigencia material de determinación normativa y en el contenido del Estatuto General de Abogacía que no “contempla ni permite ni autoriza la extensión de esa sanción disciplinaria...” La cuestión esencial no es, pues, las calificación de los hechos, o la adecuación de las sanciones concretas, sino la adecuada utilización de la propia potestad administrativa.

31. En concreto en dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional analizó el recurso de amparo promovido por don JC L.C., agente de la Policía Local contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 584/83, de 15 de Julio, que había desestimado el recurso interpuesto por la vía de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección de Derechos Fundamentales contra la

neraba el art. 25 de la Constitución. En concreto, la infracción por la que se le había sancionado se encontraba recogida en el conjunto normativo constituido por el artículo 8.6 del Real Decreto 834/1989 (incumplimiento de las normas de uniformidad) y el Decreto de la Alcaldía de Fuengirola sobre uniformidad y saludo de la Policía, en el que se concretaba el tipo abstracto de la norma reglamentaria estatal. Pues bien la vulneración de la exigencia de predeterminación normativa de las conductas derivada del art. 25 .1 de la Constitución se encontraba en este caso en el vicio de competencia que concurría en el Decreto de la Alcaldía, ya que el artículo 22.2 d) de la LBRL 7/1985, de 2 de Abril, atribuye la competencia para la aprobación del Reglamento orgánico y de las Ordenanzas al Pleno y no a la Alcaldía³². Por tanto la vulneración del principio de legalidad se encuentra en este caso en un problema de competencia orgánica dentro de la Administración Pública, lo cual evidentemente constituye una materia específica de la potestad sancionadora en cuanto sujeta al Derecho Administrativo, lo cual atribuye al principio de legalidad un alcance y extensión que evidentemente resulta desconocidos en el orden penal.

Por tanto el principio de legalidad conlleva efectos específicos sobre la potestad sancionadora de la Administración frente al Derecho Penal, pero sin renunciar a la estructura del delito y las penas. Por ello para que las acciones u omisiones realizadas en contra del ordenamiento, para que sean sancionables, no solamente deben reunir los elementos descriptivos y normativos del tipo sino que además debe sujetarse a los demás requisitos que definan en cada caso la potestad sancionadora, donde adquiere una especial relevancia técnicas propias del Derecho Ad-

Resolución de la Alcaldía de Fuengirola de 26 de mayo de 1992, sancionadora de dos faltas graves de falta de consideración con los superiores y por una falta leve de incumplimiento de las normas de uniformidad.

32. Señala, en concreto, el Tribunal Constitucional en el FJ 8: En el presente supuesto estamos ante un problema formal de legalidad, pues, como afirma el Ministerio fiscal, el comportamiento sancionado no estaba tipificado en la norma aplicada. Y no lo estaba porque la norma de cumplimiento a la que se remite la misma en relación con el concreto conflicto suscitado, y sin la que queda sin contornos mínimamente precisos, no reúne los requisitos imprescindibles de validez. Frente a lo que afirma el encabezamiento del Decreto discutido de la Alcaldía de Fuengirola sobre uniformidad y saludo de la Policía Local, que justifica la atribución al respecto de aquélla en el art. 21.1.h) de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (ejercer la Jefatura de la Policía Municipal, así como el nombramiento y sanción de los funcionarios que usen armas"), es el propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (fundamento jurídico 8º de la Sentencia impugnada que, no obstante, por error no ampara el motivo) el que sitúa la competencia al respecto entre las propias del Pleno del Ayuntamiento (art. 22.2.d): "La aprobación del Reglamento orgánico y de las Ordenanzas"). La Ley habilita al Pleno del Ayuntamiento y no a la Alcaldía".

ministrativo como son su sujeción al fin previsto por la norma sancionadora o el orden competencial definido por la legislación.

La única objeción que cabe plantear al respecto, es la inclusión dentro del derecho fundamental recogido en el art. 25.1 no solamente de los efectos tradicionales del elemento de tipicidad, sino también de la sujeción del ejercicio de la potestad sancionadora a las normas que la regulan o a las técnicas de control de la actividad administrativa³³. No obstante, no sorprende esta actitud puesto que se encuentra dentro de una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional extensiva del contenido del art. 25.1 de la Constitución, iniciada desde el comienzo de su andadura, que le ha llevado a dotar de relevancia constitucional aspectos que indudablemente no se infieren directamente del mencionado precepto³⁴. La meritoria voluntad

33. El carácter extensivo que el Tribunal Constitucional otorga al contenido del art. 25.1 CE se pone de manifiesto también en la Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1997, de 30 de Octubre. La citada Sentencia conoció del recurso de amparo interpuesto por un Capitán de Artillería contra la sanción impuesta por el Ministerio de Defensa de separación del servicio por la comisión de la infracción de falta contra la dignidad militar. Según el relato de la Sentencia la Administración imputaba a dicho militar, casado, haber mantenido relaciones homosexuales con un Teniente de Infantería y el robo de 55.000 pesetas del hogar del Soldado del Regimiento. La orden Ministerial recurrida no recogió ninguna justificación sobre el carácter indigno de las actuaciones del militar pues se limitó a considerar que la conducta del recurrente consistente en el adulterio con consentimiento de su mujer era, sin más "deshonrosa". Por su parte, la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se había limitado a decir, según señala el Tribunal Constitucional, "que los actos contrarios a la dignidad y al honor fueron objeto de tipificación también entre las faltas militares tanto desde un punto de vista individual, como cuando afectaban al buen régimen de los Ejércitos o al prestigio de la institución militar (art. 443 del C.J.M.)". -FJ 6-. Por su parte, el Tribunal Constitucional lleva a cabo un examen desde la perspectiva de los arts. 25 y 18 de la Constitución, y recoge una extensa reflexión del contenido de ambos preceptos constitucionales. Por lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional resume sus consideraciones sobre el contenido del art. 25 en los siguientes términos: "De ahí que quepa apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión. En otros términos al igual que hemos dicho al examinar el principio de taxatividad, la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el art. 25.1 CE y convierte el problema de motivación reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva" -FJ4-.

34. El carácter extensivo del derecho fundamental recogido en el art. 25.1 de la Constitución ha sido señalado por F.SANZ GANDASEGUI -La potestad sancionatoria de la Administración... op. cit.-, en relación con el principio "non bis in idem". Señala este autor que "si la consideración del "non bis in idem" como principio general de Derecho o parece ponerse en duda, su consideración como derecho fundamental es - como ya se ha adelantado- polémica. La categoría de derecho fundamental debería restringirse por su importancia a aquellos así declarados por la Constitución -o a lo sumo incluir los no recogidos que tengan tal entidad-, pero sin ampliarse a principios generales o a derechos subjetivos que si bien pueden ser accionables por la vía ordinaria no lo deben ser por la de amparo teniendo en cuenta además que la excesiva ampliación puede llegar a colapsar la actividad del Tribunal." -págs. 137 y 138-.

de establecer unos límites a un mal que resultaba endémico en nuestro Derecho, y las dificultades de imponer un orden teórico a la norma, pueden explicar seguramente esta incursión por parte del Tribunal Constitucional en el control del ejercicio de esta potestad.

3.3. Algunos ejemplos que ponen de manifiesto la necesidad de depurar técnicamente los efectos de la estructura penal.

Como he señalado anteriormente, la doble naturaleza del Derecho Sancionador -punitiva y administrativa- dota a esta materia de una especial dificultad, al confluir dentro del orden sancionador un complejo entramado de técnicas propias de cada uno de los órdenes, penal y administrativo y que el Derecho Sancionador no ha asimilado plenamente.

Este panorama exige un especial esfuerzo de depuración técnica, a fin de utilizar de forma adecuada y armonizada los diferentes aspectos que derivan del elemento de tipicidad ya que en la actualidad la aplicación que se hace de este principio pone claramente de manifiesto que este esfuerzo se encuentra, todavía hoy día por realizar en gran parte. El Tribunal Supremo es fiel reflejo de esta falta de depuración técnica. En efecto, dentro del Tribunal Supremo, junto a una línea jurisprudencial donde el planteamiento teórico se anuda perfectamente con la conclusión práctica que se deduce³⁵, convive otra jurisprudencia donde se detecta una falta de claridad conceptual sobre los efectos de los principios aplicables, y en concreto del principio de tipicidad.

En realidad, es frecuente encontrar en estos pronunciamientos del Tribunal Supremo una argumentación teórica genérica e imprecisa del marco jurídico de aplicación cuya fundamentación última la encuentra en los principios de Derecho Penal, y entre ellos en el principio de tipicidad. Pero con frecuencia con posterioridad a tal enumeración no deja claro cuál de todos aquellos principios es del que deduce la incorrecta aplicación de la sanción.

Algunos ejemplos pueden aclarar el alcance de esta falta de depuración técnica. Así, la Sentencia de 23 de Diciembre de 1991 (Ar. 299) examina una sanción impuesta a una Empresa por unos hechos configurados por el almacenamiento de

35. Dentro de esta línea jurisprudencial pueden citarse las SSTs de 22 de Junio de 1989 (Ar. 4874); de 20 de Junio de 1988 (Ar. 4639); de 14 de Abril de 1994 (Ar. 3125); de 19 de Enero de 1994 (Ar. 2038).

bolsas de plástico impermeable “con finalidad de destrucción de la materia activa y no producción o almacenamientos”. Hechos que fueron sancionados en virtud del tipo recogido en el art. 6.22 de la Reglamentación Técnico-Sanitaria (Decreto 30 de Noviembre de 1983) que describía como infracción la conducta consistente en el almacenamiento de plagicidas cuya finalidad fuese la “fabricación, comercialización y utilización de las mismas”. Por tanto, los hechos admitidos como probados no configuraban o constituían la conducta tipificada ya que ésta exigía que el almacenamiento tuviera como finalidad su comercialización o utilización y en este caso su almacenamiento tenía como única finalidad su destrucción. Parecía, por tanto, claro que se había hecho una aplicación del tipo descrito por la norma a un supuesto diferente pero similar lo que constituía un supuesto de aplicación analógica “in malam partem”.

Por ello, resulta un tanto sorprendente la alusión conjunta que la Sentencia recoge de los principios de presunción de inocencia y del principio de tipicidad como marco jurídico donde sitúa la cuestión planteada. Así, señala textualmente el Tribunal Supremo que la aplicación del “principio constitucional de presunción de inocencia es porque, conforme a una reiterada doctrina de este Tribunal Supremo el Derecho Administrativo Sancionador ha de regirse por idénticos principios que el Penal: razón ésta por lo que además -y es ello lo más trascendente- esa plena asimilación inexcusablemente conlleva la necesidad de que el supuesto de hecho objeto de depuración por lo órganos administrativos coincida por sí misma y sin necesidad de aplicación analógica alguna con el literalmente previsto”. El párrafo no deja claro si el problema se centra en un problema formal de la prueba y considera que los hechos imputados no habían sido suficientemente acreditados o si, por el contrario, el problema incidía en la tipicidad de la infracción al considerar que los hechos probados no eran constitutivos de infracción alguna³⁶. En realidad,

36. Otro ejemplo similar lo constituye la Sentencia de 22 de Mayo de 1991 (Ar. 4338). Analiza en esta ocasión una sanción impuesta por el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación a una empresa vinícola por el empleo de antifermentos no autorizados en virtud del art. 62 del Decreto 835/72 de 23 de Marzo. En parecido sentido, la Sentencia de 16 de Enero de 1992 (Ar. 600), anula una sanción impuesta por un Ayuntamiento a un taxista que había cobrado la tarifa marcada en el taxímetro que resultó ser superior a la autorizada por el Ayuntamiento. La infracción tipificada consistía, precisamente, en el cobro de tarifas superiores a las autorizadas. El Tribunal Supremo considera que el cobro de lo marcado por el taxímetro, aunque éste no se ajustase a las tarifas autorizadas por el Ayuntamiento, no constituiría infracción alguna. El Tribunal Supremo justifica su conclusión en dos tipos de consideraciones: a) por una parte considera que el Ayuntamiento no había probado que el taxímetro tuviera “alguna irregularidad, deficiencia o manipulación fraudulenta en el

de la Sentencia se deduce que el Tribunal Supremo detecta que la Administración no había probado en el expediente sancionador que los antifermentos empleados no estaban autorizados. A pesar de que se trataba de una ausencia de prueba de los hechos constitutivos de la falta, el Alto Tribunal entiende que se debe estimar el recurso interpuesto “en razón a la falta de tipicidad en los hechos”. Idea que reitera en otro momento al señalar que la concreción de la clase de fermentos encontrados supone “una matización y especificación individualizadora que no se contiene en los hechos básicos de la sanción”.

Dentro de esta misma línea, cabe citar la Sentencia de 14 de Marzo de 1988 (Ar. 2155), en la que el Tribunal Supremo examina una sanción en materia de vigilancia y seguridad en entidades bancarias. En concreto, se trataba de una sanción por estar abierta la Caja fuerte durante el atraco. En un plano teórico, centra la cuestión dentro del principio de tipicidad y más específicamente dentro de la interdicción de interpretaciones analógicas “in malam partem” de la norma sancionadora. Señala textualmente que el Derecho Sancionador “exige la previa tipificación de las conductas que se estimen infractoras y por ende sancionables sin que pueda extenderse, basándose en criterios analógicos, terminantemente proscritos en este orden, a aspectos no específicamente previstos porque ello contrariaría gravemente el principio de legalidad que es lo que informa todo el derecho sancionador”. Parece, por tanto, que la idea que trae a colación es clara: en el ámbito del Derecho Sancionador no es factible una aplicación del supuesto previsto en la norma a otro diferente. Pero tras dicho anuncio concluye que no se puede sancionar sin acreditar que han concurrido los hechos mediante la oportuna actividad probatoria. En concreto, el órgano sancionador había dado por probados los hechos tipificados en la norma, lo que fue negado por el recurrente, quien afirmó que el dinero sustraído

autotaxímetro”; b) en segundo lugar, considera que el hecho consistente en haber cobrado la tarifa señalada en el taxímetro pero superior a la autorizada no configura una infracción por lo que vulnera el principio del art. 25 CE “de que no procede la aplicación de sanciones por conductas que no hayan sido tipificadas como faltas”. Resume sus posiciones el Tribunal Supremo en los siguientes términos “De todo ello debe concluirse que no existió tal falta y que en caso de que se hubiera dado una conducta irregular ésta ni se adapta a lo previsto en la ordenanza ni ha sido probada en debida forma por el Ayuntamiento”. Se trata nuevamente de un marco jurídico constituido por la falta de tipicidad y la falta de prueba que no resulta riguroso. Además, podría considerarse que desde un punto de vista jurídico habría una tercera opción que el Tribunal Supremo no cita: los hechos probados configuraban los elementos del tipo, si bien no era antijurídico al haberse ajustado el taxista a lo indicado por el sistema de control administrativo (el taxímetro). Más que una falta de prueba, o una falta de tipicidad como le llama el Tribunal Supremo, podría considerarse una causa de justificación o de exculpación.

procedía de recientes entregas. El Tribunal Supremo considera que no habían sido suficientemente probados los hechos (que la Caja estuviera abierta) y anula la sanción. Del conjunto de la Sentencia parece, pues, que se trataba de una cuestión de prueba de los hechos por lo que el enmarque conjunto con el principio de tipicidad revela una evidente confusión conceptual.

En fin, como último ejemplo dentro de estos botones de muestra, cabe citar asimismo la STS de 5 de Febrero de 1990 (Ar. 852), que examina una sanción impuesta en virtud del art. 82.4 del Reglamento de 24 de Julio de 1981 (R. 1981, 2275) en materia de Armas y Explosivos que señalaba que "Las armas de concurso y de caza sólo podrán ser usadas en los Polígonos, galerías o campos de tiro ...siempre que se lleven fuera de ellos, dichas armas irán desmontadas o dentro de sus cajas o fundas". El Tribunal Supremo anuló la sanción por considerar que "de las diligencias instruidas lo único que consta probado es que las armas se lanzaron desde un coche escondiéndolas en la maleza, pero sin que en ningún momento se pruebe o especifique si estaban o no desmontadas o dentro o fuera de sus cajas o fundas". Se trataba, por tanto, de un caso de falta de prueba de los hechos ya que "a diferencia de lo que ocurre en el marco del procedimiento penal, no es procedente acudir a indicios racionales o valoraciones de conciencia para dar por probada una infracción administrativa...". Por ello, resultan extrañas al planteamiento probatorio las consideraciones que realiza el Tribunal Supremo sobre el elemento de tipicidad: "viniendo condicionada la legalidad de las sanciones administrativas por la tipicidad de la falta y por la prueba concluyente e inequívoca de que el sancionado es el responsable de aquélla, recordando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el enjuiciamiento en concreto de una resolución administrativa que ultieme un expediente correctivo o sancionador, ha de partir del análisis del hecho o acto impugnado, para determinar y ver si el ilícito perseguido es o no subsumible en alguno de los supuestos, tipos de infracción administrativa previstos en la norma que sirve de basamento para la transgresión"³⁷.

37. En este mismo sentido, la STS de 1 de Febrero de 1988 (Ar. 674), también examina una sanción impuesta a una empresa por la comercialización de un producto rotulado y etiquetado con unas propiedades superiores a las que poseía. El Tribunal Supremo considera que la Administración no había acreditado ni probado en el expediente cuáles eran las propiedades efectivas de donde pudiera inferir tal diferencia. Así pues fundamenta la anulación en la ausencia de prueba "porque encontrándonos dentro del campo sancionador, es elemento primordial fundamental la conclusión de una norma prohibitiva en una probanza plena cuya ausencia es manifiesta en el expediente incluso la indiciaria, no pudiendo sin más por meras apreciaciones subjetivas afirmar que el rotulado y etiquetado del producto...contiene indicaciones de propiedades superiores a las que

De los ejemplos descritos, queda claro que el Tribunal Supremo lleva a cabo una aplicación del principio de tipicidad que confunde, en ocasiones, con el principio de presunción de inocencia que, como es obvio, ninguna relación guarda en un plano teórico. Confusión que, por cierto, no está exenta de consecuencias problemáticas en el terreno de la práctica, pues así como la distinción conceptual en relación a otros aspectos del principio de tipicidad (vr. gr. la distinción entre interpretación extensiva y aplicación analógica), además de resultar resbaladiza, carece de efectos concretos, la distinción de la aplicación del principio de tipicidad frente a otros principios perfectamente diferenciados, como es el de presunción de inocencia sí que los tiene, y su confusión teórica puede conllevar una falta de criterio en el actuar administrativo. Efectivamente, no parece que pueda tener los mismos efectos la anulación de una sanción por no haber probado los hechos (presunción de inocencia) o por carecer los hechos probados de relevancia sancionadora (principio de tipicidad) ya que en el primer caso la Administración puede sancionar, en futuras ocasiones, hechos similares aportando la prueba necesaria y por el contrario, en el segundo supuesto, deberá abandonar cualquier intento de sancionar tales hechos en el futuro.

Se trata, por tanto, de una cuestión cuya depuración teórica es deseable en aras de evitar que el Derecho Sancionador se convierta en un reflejo impreciso del penal a partir de lo cual la asunción del Derecho Penal se convierta en una referencia formal falta de unos efectos materiales. Solamente a través de una aplicación rigurosa de aquellos principios que se han asumido del Derecho Penal se permitirá dotar de una cierta solidez al Derecho Sancionador.

Por ello, una vez asumida la necesidad de que el orden sancionador se ajuste a las exigencias del principio de tipicidad aparece como urgente la necesidad de distinguir entre los aspectos que, por una parte, se enmarcan dentro del régimen sustantivo propio de toda potestad administrativa y, por otra parte, las técnicas propias del Derecho Penal. Y tanto en un caso como en el otro, es necesario llevar a

posee". Pero, junto a ello, el Tribunal Supremo indica que "de todo lo cual debe colegirse la vulneración por la Administración de la norma que en la imposición de sanciones garantiza la exigencia de que la imponible se halle previamente tipificada en una disposición legal vigente en el tiempo en que se produzca, el hecho sancionable, según lo dispuesto en el art. 25 de la Constitución...". La tipicidad vuelve aparecer como un argumento teórico que, en mi opinión, ninguna relación guarda con el problema planteado en el supuesto: una cuestión es si los hechos imputados han sido debidamente probados y otra bien diferente, si los hechos son o no constituyentes de infracción.

cabo una aplicación depurada del alcance de cada una de dichas categorías pues en otro caso se corre el riesgo de convertir el Derecho Sancionador en un entramado jurídico tan complejo como impreciso y oscuro.

4. La función del tipo en el derecho sancionador. Las cláusulas omnicomprensivas.

4.1. Introducción.

Como hemos visto anteriormente el alcance de los efectos del elemento de tipicidad respecto de la infracción ha sido objeto de una especial atención por parte de la doctrina y por parte de la jurisprudencia a través de las dos cuestiones donde se pone de relieve el alcance del elemento de tipicidad: las denominadas cláusulas omnicomprensivas y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados. Dentro del Derecho Administrativo, los conceptos jurídicos indeterminados han sido tratados como supuestos diferentes de las cláusulas omnicomprensivas: en las cláusulas abiertas, la indeterminación, se ha dicho, se complementa con la actividad del juez como intérprete de la norma; en las normas en blanco o cláusulas omnicomprensivas, por su parte, el complemento se encuentra en otra norma³⁸.

Aunque la distinción me parece aclaratoria en un plano teórico sobre los dos distintos supuestos que exigen una ulterior actividad de complitud de la norma, lo cierto es que la complejidad propia de la realidad da lugar a supuestos cuya calificación no resulta fácil ya que participan parcialmente de los dos aspectos. Uno de los ejemplos más claros lo configura, a mi entender, la infracción tipificada en el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, consistente en el incumplimiento de los deberes y obligaciones del fun-

38. Señala F.A.CASTILLO BLANCO que "en las cláusulas abiertas va a ser la actividad del juez, mientras que en las normas en blanco el complemento va a venir dado por la existencia de otras normas que complementan los elementos del tipo disciplinario". *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Madrid, Civitas, 1992.

Por su parte J.M.TRAYTER JIMENEZ, señala que "por otro lado, es necesario resaltar aquí la confusión que en la doctrina se ha producido entre los tipos o cláusulas abiertas y las leyes en blanco. Como ya se dijo, si en las primeras corresponde su labor de complementación a la jurisprudencia, las segundas deben concretar su significado en otra norma jurídico-positiva". *Manual de Derecho disciplinario de los Funcionarios Públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 165.

cionario, en general, o el de los militares en particular, cuya indeterminación y por tanto su necesidad de un ulterior complemento resulta evidente³⁹.

A mi entender, estos preceptos contienen una doble llamada: por una parte, a la norma, en la medida que la legislación en materia funcionarial, u otras que afectan al funcionamiento de la Administración Pública, describen deberes u obligaciones del funcionario, que no se encuentran expresamente descritas como infracción dentro del régimen disciplinario⁴⁰; pero, por otra parte, dicha infracción remite al intérprete de la norma –órgano sancionador- a fin de que complemente el contenido de la infracción, ya que la descripción de algunos deberes de los funcionarios por parte de la norma tiene un carácter más o menos general o indeterminado, por lo que su contenido deberá ser finalmente definido por el órgano sancionador en cada caso⁴¹.

39. El art. 8.2.e) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado -aprobado por R.D. 33/86 de 10 de Enero- tipifica como infracción: "el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave". J.M. TRAYTER cita también como ejemplos de tipificación de los incumplimientos de los deberes del funcionario, el art. 106.2.k. de la Ley de 26 de Junio de 1985 de la Función Pública de Castilla-La Mancha, y el art. 62.1 de la Ley Foral de Navarra de 30 de Marzo de 1983. Manual de Derecho..., op. cit., pág. 164. Dentro de las faltas graves, el artículo noveno de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de Noviembre, sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas califica como falta grave: "Incumplir los deberes militares propios del destino o puesto que se desempeñe, por ignorancia o negligencia, o pretextando excusas improcedentes.

40. El régimen disciplinario de los Funcionarios Públicos recoge como infracciones el incumplimiento de normativas concretas, como es el caso de la normativa en materia de incompatibilidades (en relación con los funcionarios de la Administración Civil, art. 7.h) del R.D. 33/86, de 10 de Enero, y en relación con las Fuerzas Armadas, el art. noveno, 25 de la Ley 12/1985, de 27 de Noviembre), pero además, la legislación -entre otros, el art. 41 LRJPAC, relativo a la responsabilidad de la tramitación de los expedientes, o el art. 42.3 de la citada Ley, en relación con la responsabilidad de los funcionarios respecto de la obligación de resolver los expedientes- contiene deberes más o menos concretos que no han sido recogidos expresamente como infracciones. Esta cláusula supone, por tanto, una remisión al incumplimiento de cualquier deber que, encontrándose en una norma, no haya sido calificado expresamente como infracción.

Estas dificultades para distinguir entre las dos figuras, se ponen de manifiesto, en última instancia, en la falta de acuerdo que en ocasiones aparece en la doctrina. Así, J.M. TRAYTER JIMENEZ muestra su desacuerdo con la calificación como cláusulas abiertas que E. GARCÍA DE ENTERRIA y T.R.FERNANDEZ RODRIGUEZ otorgan a los contenidos del art. 66.1 de la derogada Ley de Prensa e Imprenta ("La infracción de los preceptos legales y reglamentos en materia de prensa e imprenta será sancionable en vía administrativa") y del art. 225 del TRLS de 1976 ("La vulneración de la prescripción del contenido en esta Ley, o en planes, programas, normas y ordenanzas tendrán la consideración de infracciones urbanísticas y llevarán consigo la imposición de sanciones a los responsables"), ya que en opinión de J.M. TRAYTER constituyen ejemplos de remisión en blanco.

41. En todo caso parece claro que el sujeto destinatario de una remisión puede ser plural: remisión a una

Se trata, por tanto, de una distinción que no siempre resulta tan clara como su formulación puede parecer, pero que desde un punto de vista metodológico es útil para analizar dos técnicas que guardan a grandes rasgos claras diferencias: las cláusulas omnicomprendivas como técnicas que globalizan la totalidad de los incumplimientos de la norma, y la segunda referida normalmente al nivel de claridad y determinación de las conductas y sanciones.

4.2. Cláusulas omnicomprendivas. Su posible uso como cláusula residual dentro de las infracciones leves.

El empleo de estas fórmulas genéricas u omnicomprendivas que engloban la totalidad de las conductas contrarias a una determinada norma, ha dado lugar, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a un amplio debate que se han concretado en dos posturas a favor y en contra de estas cláusulas. Y aunque puede afirmarse que en nuestro Derecho Positivo ha terminado prevaleciendo la posición contraria a estas cláusulas⁴², creo que puede realizarse alguna puntualización adicional sobre el posible uso de este tipo de cláusulas, de acuerdo con el alcance del principio de tipicidad en el Derecho Sancionador. No obstante, con anterioridad recordaremos los principales motivos que han servido para criticar y defender el uso de estas cláusulas.

Los argumentos contrarios a estas cláusulas –esgrimidos fundamentalmente por E. GARCIA. DE ENTERRIA y T.R FERNANDEZ RODRIGUEZ, así como por M.REBOLLO PUIG- han puesto de manifiesto la necesidad de diferenciar los comportamientos tipificados como infracciones de los comportamientos que son contrarios a la norma pero no constituyen infracciones. En términos penales, se trata de distinguir entre la tipicidad y la antijuridicidad, ya que la tipicidad debe cumplir una función selectiva de los comportamientos antijurídicos que desea sancio-

norma de rango inferior o del mismo rango, a un sólo reglamento, con carácter indeterminado, a varias normas reglamentarias, o a un sólo precepto de una concreta norma reglamentaria. En un plano teórico, estas remisiones tienen una naturaleza diferente del supuesto que ahora interesa. Desde el punto de vista del elemento de tipicidad que ahora se examina, las remisiones que interesan son fundamentalmente las relativas a una norma de igual rango ya que en las remisiones a una norma de rango inferior, el aspecto relevante es su adecuación a la Reserva de Ley.

42. Con carácter general, el art. 129.1 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, consagra el principio de tipicidad señalando en su párrafo primero que "Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley".

nar⁴³. Como han señalado E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, la identificación entre acciones ilícitas e infracciones, lleva a calificar de sancionables conductas que aún siendo antijurídicas, es decir contrarias al ordenamiento, no comportan lesión o peligro del bien jurídico protegido, lo cual supone vaciar de contenido la propia función de la potestad sancionadora. Por ello, la norma sancionadora debe describir de forma expresa aquellas conductas ilícitas que tienen relevancia sancionadora, y excluir de las conductas ilícitas que no conllevan peligro alguno para el bien jurídico protegido⁴⁴. Lo contrario supondría admitir una formulación de la infracción tan amplia que permitiría calificar como infracción conductas irrelevantes. Así, se ha dicho, la omisión de un simple requisito formal en una documentación presentada ante la Administración, sería calificable como infracción, como consecuencia de la identidad entre la tipicidad y la antijuridicidad⁴⁵.

43. "La introducción solemne y explícita del principio de tipicidad en la materia sancionadora administrativa -señalan E.GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ- va a plantear problemas en dos supuestos respecto de la situación anterior. El primero de ellos es el de la invalidez de ciertas cláusulas abiertas que han pretendido calificar como sancionable cualquier infracción normativa de cualquier especie. Por ejemplo el art. 66 LPI: "La infracción de los preceptos legales y reglamentarios en materia de Prensa e Imprenta será sancionable en vía administrativa; el art. 225 LS: "La vulneración de las prescripciones contenidas en esta Ley, en los Planes, Programas, Normas y Ordenanzas tendrán la consideración de infracciones urbanísticas y llevarán consigo la imposición de sanciones a los responsables. Esta técnica genérica de calificación del ilícito volatiliza en rigor el principio de tipicidad que exige determinaciones más acotadas y precisas y no una remisión en blanco que pueda llenar cualquier norma mínima...". Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, Civitas, 1986, pág. 165.

44. M.REBOLLO PUIG critica la normativa sanitaria que analiza, en cuanto que identifica el contenido de conductas típicas con acciones contrarias a la norma. En concreto, analiza el artículo 35 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, que define como infracciones leves "las simples irregularidades en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública". Propone este autor una interpretación de esta cláusula en virtud del principio de ofensividad o lesividad "y la consideración consiguiente de que toda infracción tiene que constituirse al menos en peligro abstracto". En otro momento, M. REBOLLO PUIG abunda en esta línea a partir de la diferencia entre medidas de policía y sancionadoras: "precisamente la peculiaridad de la policía parte...de la consustancial atipicidad de las conductas perturbadoras del orden público de todas ellas, sin embargo, ilícitas conforme a un principio general de Derecho y todas ellas combatidas por el poder de policía. Lo que no cabe admitir es que todas estas conductas sean además sancionables: el principio de tipicidad de las infracciones no permite identificarlas con todas las conductas ilícitas por perturbar la salud pública que son consustancialmente atípicas...". Potestad Sancionadora. Alimentación y Salud Pública. INAP. Madrid, 1989, pág. 554 y sgtes. En el mismo sentido E.GARCIA DE ENTERRIA y T.R.FERNANDEZ RODRIGUEZ señalan que este tipo de descripciones califican, "de sancionables conductas que no tienen tal condición objetivamente por no implicar lesión ninguna de bienes jurídicos ni aún gravedad o trastorno o peligro social relevante". Curso..., Vol. II, op. cit., pág. 165.

45. M.REBOLLO PUIG pone como ejemplo determinados incumplimientos normativos que no pueden considerarse infracciones administrativas, al carecer de peligro alguno para el bien que protege la norma

Esta tesis se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, tras un período de pronunciamientos de carácter contradictorio⁴⁶, -fundamentalmente en materia laboral y en concreto en relación con el art. 57 ET-⁴⁷, terminó adoptando una postura contraria a estas cláusulas⁴⁸. Dentro de esta misma línea

sancionadora: "La disposición que impone acompañar ciertos documentos a la solicitud de una autorización sanitaria es inidónea por sí para que su incumplimiento pueda suponer riesgo alguno;..." Potestad sancionadora..., op. cit., pág. 554 y sgtes. Por su parte, E.GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R.FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, ponen asimismo, como ejemplo, "la omisión de un simple requisito formal en una documentación que estaría comprendida en la amplitud de estos tipos genéricos; finalmente olvida que no todos los preceptos normativos imponen precisamente deberes de conducta personales a sus destinatarios, y en opinión de estos autores, no tiene sentido pretender que cualquier violación de cualquier norma deba ser objeto de una sanción personal, cuando el ordenamiento conoce técnicas de sostenimiento de las normas mucho más matizadas: ineficacia del acto contrario, caducidad del ejercicio de un derecho, ejecución forzosa, expropiación, sanción, etc. ...". Curso..., Vol. II, op. cit., pág. 165.

46. Las posiciones contrarias y favorables a este tipo de cláusulas se alternaron, conviviendo durante un tiempo la tesis legitimadora de este tipo de cláusulas, con la que las consideraba contraria a la Constitución, por entender que el elemento de tipicidad exige una descripción expresa de las conductas calificadas como infracciones. Esta doctrina resultaría finalmente ratificada por la Sala Especial de Revisión en la Sentencia de 5 de Mayo de 1991. (Ar. 4877). A partir de esta Sentencia la Jurisprudencia resultaría ya uniforme: SSTs de 17 de Junio de 1992 (Ar. 4939), 26 de Junio de 1992 (Ar. 5184), y 13 de Mayo de 1992 (Ar. 3778), sin solución de continuidad hasta nuestros días.

47. El art. 57 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Ley 8/1980, de 10 de Marzo señalaba:

1.- Son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo. Tales infracciones serán conocidas y sancionadas, mediante el oportuno expediente administrativo, por la autoridad laboral o Consejo de Ministros en su caso.

2.- Las sanciones se graduarán en atención a la gravedad de la infracción, malicia o falsedad del empresario, número de trabajadores afectados, cifra de negocios de la empresa y reincidencia.

3.- Las infracciones se sancionarán con multa, a propuesta de la Inspección de Trabajo, por los Delegados Provinciales del Ministerio de Trabajo, hasta 100.000 pesetas; por el Director General competente por razón de la materia, hasta 500.000 pesetas; por el Ministro de Trabajo, hasta 2.000.000 de pesetas y por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo, hasta 15.000.000 de pesetas.

4.- El Gobierno, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la seguridad del trabajo, podrá acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía".

48. En un primer momento, la Sentencia de 10 de Noviembre de 1986, anuló el Real Decreto 2347/1985, de 4 de Diciembre (R. 2978), de infracciones laborales de los empresarios que había sido aprobado en desarrollo del art. 57 del Estatuto de los Trabajadores Aunque la referida Sentencia anuló el citado R.D. por considerar que dicha norma vulneraba el principio de reserva de Ley en materia sancionadora al carecer de rango normativo suficiente, aludió asimismo al elemento de tipicidad en virtud del cual entendió que "el tipo de cláusulas omnicomprendivas no definían adecuadamente las infracciones". En concreto, señalaba el art. 1.1 del citado R.D. que "son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales y complementarias en materia de trabajo y a los convenios colectivos". Los siguientes artículos llevan a cabo una tipificación concreta de algunas acciones contrarias a la normativa laboral. El argumento que determina la anulación del R.D. es la falta de rango normativo, pero en su Considerando Tercero alude a la insuficiencia tipificadora en los siguientes términos: "Parece claro que el principio de legalidad no ha sido

argumental el Tribunal Supremo ha resaltado la diferente función que tienen la regulación sustantiva de un determinado orden jurídico y las disposiciones de carácter sancionador pues “la misión de esas disposiciones legales no es regular tipos de infracción sino algo totalmente distinto como es la regulación sustantiva de las relaciones intersubjetivas⁴⁹. Esta remisión de la parte sancionadora a la sustantiva, en opinión del Tribunal Supremo, únicamente puede admitirse en los casos en que se realice a una obligación o prohibición concreta de la norma o al menos cuando tales remisiones no sean omnicomprensivas⁵⁰. La diferencia para el Tribunal Supremo estriba en que en el primer caso, de remisión omnicomprensiva, el conocimiento de las infracciones es imprevisible para el ciudadano y en el segundo caso, la remisión a un precepto concreto, informa perfectamente del contenido de la infracción⁵¹.

respetado, tanto por esa adición que innova el R.D., como por la amplitud y vaguedad de lo que pretende ser una tipificación de hechos calificables como infracciones, al utilizarse una fórmula omnicomprensiva, que no deja fuera del campo sancionador acción u omisión alguna contraria a la ley, reglamento o convenio colectivo. Es ocioso destacar el alcance y trascendencia de la tipificación en materia sancionadora, siendo difícil hallar opinión alguna que la excluya del ámbito del principio de legalidad”. Como consecuencia de dicha Sentencia fue aprobada la Ley 8/1988, de 7 de Abril de infracciones en materia laboral, cuya exposición de motivos, después de referirse al Real Decreto declarado nulo, dice lo siguiente: “Se plantea, pues, la necesidad de promulgar una norma con rango de Ley que desarrolle las infracciones y sanciones administrativas en el orden laboral, estableciendo en ella los tipos y sanciones que el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores enuncia a título general”.

49. Continúa señalando que “en la fórmula omnicomprensiva que nos ocupa resulta que un solo tipo de infracción abarcaría en su radio de acción todas las disposiciones legales en materia de trabajo”. Sentencia de 19 de Diciembre de 1991 (Ar. 624). En el mismo sentido habían sido con anterioridad las Sentencias de 5 de Marzo de 1990 (Ar. 2017), de 27 de Enero de 1990 (Ar. 2004), y Sentencia de 28 de Septiembre de 1990 (Ar. 6865). Posteriormente esta jurisprudencia se ha ido asentando hasta la actualidad, en la que resulta uniforme.

50. Señala la citada Sentencia de 19 de Diciembre de 1991 que “no habría dificultad en atribuir ese sentido complementario del tipo a la disposición legal infringida, sobre la base de tipos abiertos, si desde ellos se hiciese una remisión concreta, o al menos no omnicomprensiva”.

51. En segundo lugar, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de Diciembre de 1991, (Ar. 624), argumentó que el elemento de tipicidad exige conocer no solamente las conductas concretas que tienen relevancia sancionadora sino también las específicas sanciones aplicables a tales conductas. Para esta línea jurisprudencial dicha exigencia se conseguiría mediante una clasificación de las infracciones y sus correlativas sanciones en función de su gravedad, lo cual no concurriría en el citado art. 57 ET. Así, la citada Sentencia señala que “al no existir una correlación entre las infracciones y las sanciones aplicables no satisface la necesidad constitucional de que el ciudadano pueda estar informado de cual es la sanción que en su caso pueda corresponder objetivamente a una hipotética infracción”. Continúa indicando “que el párrafo 3 del art. 57, de tan reiterada cita, en su estratificación de las multas que puede imponer cada una de las autoridades que señala, lo único que hace es limitar la respectiva competencia sancionadora; estos es, regula un esquema orgánico de distribución de competencias; mas en modo alguno se contiene en el precepto una objetiva regulación del tipo de sanción que puede imponerse a cada tipo de infracción”.

No obstante, esta diferencia entre el elemento de antijuridicidad y el de tipicidad ha sido matizada por un sector de la doctrina –fundamentalmente por A. NIETO– que ha señalado que los comportamientos que el tipo selecciona no hacen referencia a la totalidad del Derecho, sino a un ámbito muy específico que establece la propia norma: La antijuridicidad y tipicidad son –en consecuencia– creación de una misma norma lo que hace que su relación sea más estrecha. En efecto, A. NIETO ha puesto de manifiesto que la antijuridicidad no es anterior y originaria a la tipicidad, ya que la antijuridicidad se sitúa en la propia descripción de las obligaciones y prohibiciones que establece una norma: por ello es posible la remisión de la norma tipificadora a las obligaciones y prohibiciones, que se remiten con carácter omnicomprendido a la parte sustantiva de la norma⁵².

En concreto, A. NIETO cuestiona la exigencia de una descripción expresa de los tipos por considerar que supone una reiteración innecesaria de las conductas ya expresadas en la parte sustantiva de la norma. Entiende que ninguna garantía fundamental salvaguarda esta exigencia ya que el conocimiento de las infracciones se manifiesta directamente de las obligaciones y prohibiciones establecidas por la normativa⁵³. Considera, en fin, que el elemento de tipicidad no quedaría vulnerado sino matizado por exigencias de la propia estructura del Ordenamiento Jurídico Administrativo, lo que encajaría plenamente con la existencia generalmente admitida de una aplicación “con matices” de la estructura penal al ámbito sancionador administrativo⁵⁴.

Aunque la tesis de A. NIETO no ha sido asumida por la jurisprudencia del

52. Señala este autor que “la característica más importante del típico penal está constituida por lo que el Código Penal sanciona no está prohibido por ninguna norma...ello se debe a que la prohibición se encuentra más allá de la norma, en la conciencia social por lo que lo único que la ley penal hace es seleccionar y positivar conductas socialmente reprochables...lo antijurídico no es consecuencia de la tipicidad, sino más bien la tipicidad es consecuencia de un antijurídico anterior y originario”. A. NIETO GARCIA, Los Principios de tipicidad y culpabilidad en las infracciones en materia de consumo. Estudios Sobre Consumo, 3, 1984.

53. Para A. NIETO GARCIA, en el Derecho Sancionador “el Estado no valora sino que regula las conductas sociales. La norma específica en qué consisten las obligaciones a que el ciudadano debe atenerse.” Y continúa más adelante indicando que “en el derecho administrativo la tipificación aparece en el momento de la definición de las obligaciones y prohibiciones, siendo la amenaza de sanción un elemento complementario de naturaleza necesaria y en casos implícita”.

54. A. NIETO GARCIA como consecuencia de un supuesto de Derecho Comunitario sobre prácticas fraudulentas - exportación de salchichas- critica las consecuencias que puede llevar una aplicación estricta del planteamiento penal al Derecho Sancionador, y concluye que “por emplear una vez más la (ambigua) expresión del Tribunal Constitucional, aquí hay motivos más que suficientes para introducir un “matiz” en los principios del Derecho Penal”. Derecho Administrativo..., op. cit., pág. 262.

Tribunal Supremo⁵⁵, creo que aporta una visión de las relaciones entre la antijuridicidad y la tipicidad que permite, efectivamente, matizar el alcance del principio de tipicidad en la regulación de las infracciones, si bien no con los efectos pretendidos. En efecto, por una parte, creo que el punto de vista de A. NIETO y de la copiosa jurisprudencia que durante un tiempo defendió la posible definición mediante este tipo de cláusulas, ponen de manifiesto que tras el rechazo de las cláusulas omnicomprendivas existe más una visión penalista del tipo, que verda-

55. Constituyen un ejemplo de esta línea jurisprudencial las STS de 8 de Julio de 1987, (Ar. 5267), y de 4 de Mayo de 1989 (Ar. 3597), donde los incumplimientos de obligaciones normativas recogidas en el Estatuto de los Trabajadores, sirven, aún cuando no se diga expresamente, como elementos descriptivos del impreciso art. 57 ET. Resultan también un claro ejemplo de esta tendencia todas aquellas Sentencias que analizaron la incidencia del R.D.L. 1/1986, de 14 de Marzo, que reguló las horas extraordinarias y modificó el art. 35.2 ET. El Tribunal Supremo se plantea cuál de los dos preceptos debe aplicarse como contenido de la infracción prevista en el art. 57 ET, lo cual supone, obviamente, dar por bueno el citado art. 57 ET como técnica descriptiva de las infracciones. Son Sentencias representativas, entre otras, las de 31 de Mayo de 1988, (Ar. 4219), de 13 de Octubre de 1988 (Ar. 7684), de 1 de Diciembre de 1988 (Ar. 9305), de 21 de Diciembre de 1988 (Ar. 9643) y de 22 de Febrero de 1989 (Ar. 1136).

No obstante, entre las Sentencias que expresamente se enfrentan con el contenido del art. 57 ET, mostrando su conformidad al mismo, pueden citarse las de 15 de Enero de 1990, (Ar. 568) y 16 de Enero de 1990 (Ar. 769), así como los Votos particulares a las Sentencias de 5 de Marzo de 1990, (Ar. 2017) y de 28 de Septiembre de 1990 (Ar. 6865). Las Sentencias de 15 de Enero de 1990 (Ar. 568) y 16 de Enero de 1990 (Ar. 769), examinan una sanción en materia de horas extraordinarias sobre la que el recurrente alega entre otras cuestiones la insuficiencia tipificadora del art. 57 ET. Pues bien, el Tribunal Supremo considera en estas ocasiones que resulta adecuado a la Constitución ya que "si bien es cierto que este último precepto (art. 57 ET) en su número 1 define las infracciones laborales de los empresarios, también lo es que su tipificación se efectúa por remisión a las disposiciones legales en materia de trabajo y por tanto como tipo en blanco ha de entenderse completado por tales disposiciones que en el caso enjuiciado lo ha de ser por el art. 35. ET

Para esta línea jurisprudencial el motivo de anulación del Decreto 2347/1985 por la Sentencia de 10 de Noviembre de 1986, se encontraba en el exceso o extralimitación respecto del art. 57 ET; esta línea jurisprudencial considera inaplicable dicha doctrina en la medida en que lo examinado en esta ocasión era la remisión a otros preceptos legales: "No es posible traer aquí la problemática que se suscitó a propósito de la impugnación del Real Decreto 2347/85 que trata, reglamentariamente, de tipificar conductas, que es problema diferente al aquí contemplado en el que se trata de decidir si mediante integración por remisión de preceptos legales, no reglamentarios...". El Voto particular a la Sentencia de 19 de Diciembre de 1991 (Ar. 624), en relación con una sanción en materia de horas extraordinarias, tras recordar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de emplear conceptos jurídicos indeterminados, señala que "puede decirse que no vulnera esa misma exigencia la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asume como elemento definidor de la infracción sancionable, siempre que sea asimismo previsible con suficiente grado de certeza la consecuencia punitiva de aquel incumplimiento o transgresión, y en el caso de autos, existen en el Estatuto de los Trabajadores, unas normas que definen con la suficiente claridad y precisión los deberes de los empresarios, en materia de horas extraordinarias, cuyo incumplimiento puede y debe entenderse, con certeza más que suficiente, incorporado y subsumido en la definición que el art. 57.2 del propio Estatuto verifica respecto de las conductas sancionables de aquéllos".

deras razones sustantivas sobre la necesaria previsibilidad de lo que puede considerarse infracción. Al menos, cuando tales remisiones se realizan al contenido sustantivo de la propia norma. En este sentido, cabría añadir que si el problema de estas cláusulas es, como se ha señalado, la posible incorporación implícita de ilícitos que no constituyen parte de las obligaciones y deberes de los destinatarios de la norma, o simples cargas cuyo incumplimiento imposibilitan la adquisición de determinados derechos, bastaría con su expresa exclusión de la cláusula omnicompreensiva. Y si el problema es la inclusión de pequeñas faltas formales sin riesgo alguno, hay que señalar que su exclusión no se alcanza mediante la descripción pormenorizada de las acciones tipificadas como infracciones pues es práctica habitual su inclusión como faltas leves.

Por otra parte, tampoco parece que, desde una óptica constitucional, puedan extraerse efectos directos en relación con estas cláusulas. Al menos, así lo manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 207/90, de 13 de Diciembre⁵⁶ que según hemos visto anteriormente, analizó una sanción impuesta al amparo del art. 57.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se recogía una fórmula de carácter omnicompreensivo⁵⁷. En concreto, el Tribunal Constitucional consideró que estas cláusulas resultaban adecuadas a la necesaria predeterminación normativa de las infracciones, ya que según señaló el Tribunal Constitucional el contenido del art. 25.1 CE "no impide que la norma legal que define los tipos de ilícito se sirva para ello de conceptos abiertos o incluso de remisiones a otras normas de rango inferior"⁵⁸. Siempre y cuando -habría que añadir- tal remisión delimite claramente el

56. Dicha Sentencia examinó el recurso de amparo 990/1988 interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao de 16 de Abril de 1988, como consecuencia de la sanción impuesta por el Vicesecretario de Trabajo del Gobierno Vasco al Banco Guipuzcoano con base en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores, por atribuirle una supuesta infracción del art. 41 de dicho Estatuto por unas decisiones de la entidad ahora recurrente en amparo sobre el calendario laboral.

En el mismo sentido la Sentencia 40/1991, de 25 de Febrero que ante un supuesto análogo reitera la Jurisprudencia dictada en la Sentencia 207/1990, de 13 de Diciembre.

57. Según he señalado antes dicho párrafo recoge una cláusula omnicompreensiva en los siguientes términos: "Son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo. Tales infracciones serán conocidas y sancionadas, mediante el oportuno expediente administrativo, por la autoridad laboral o Consejo de Ministros, en su caso".

58. Señala el Tribunal Constitucional que "el rango de la norma que en este caso prevé la actuación sancionadora de la Administración, e incluso de aquella que resultó infringida por la actuación de la entidad recurrente (la del art. 41 del mismo Estatuto de los Trabajadores) evidencia que no es ni podía ser esta segunda garantía de carácter formal la que aquí se pretende quebrantada, una garantía que, por lo demás, no impide que la norma legal que define los tipos de ilícito se sirva para ello de conceptos abiertos o incluso de remisio-

ámbito material legal o reglamentario que constituya el objeto de remisión, en los términos que hemos analizado en el Capítulo anterior referente a las Fuentes del Derecho Sancionador.

No obstante, entiendo que, aunque del principio de predeterminación de las infracciones no deriva necesariamente la necesidad de definir de forma pormenorizada un listado de acciones tipificadas como infracciones, no por ello cabe aceptar estas cláusulas sin limitación alguna ya que, existe un motivo indirecto que obliga describir pormenorizadamente las infracciones o algunas de ellas: me refiero en concreto a la exigencia constitucional de que la norma atribuya a las infracciones las correspondientes sanciones. En efecto, lo que hoy día parece incontestable –sobre ello volveremos más adelante– es que toda norma sancionadora debe asignar, por un medio u otro, una determinada sanción a las acciones tipificadas como infracciones; y si la norma debe atribuir a cada infracción una determinada sanción, resulta imprescindible que dichas conductas se encuentren descritas de forma concreta y expresa, pues tal atribución no puede realizarse en el caso de que únicamente exista una cláusula genérica y omnicompreensiva de las infracciones.

Por tanto, entiendo que aunque las cláusulas omnicompreensivas pueden no resultar inconstitucionales “per se”, devienen en todo caso incompatibles con la Constitución como consecuencia de la necesaria atribución de una determinada sanción a cada infracción. Parafraseando las dos posturas que se han mantenido en nuestro panorama doctrinal, entiendo que las conductas deben tipificarse expresamente, como ha observado el sector más penalista, pero no tanto por una exigencia de la tipicidad de las infracciones, –pues comparto la opinión de A. NIETO sobre la pérdida de la función informativa y selectiva del tipo en el Derecho Sancionador–, sino por cuanto sólo en el caso de que la norma describa tales infracciones, puede definir y atribuir las correspondientes sanciones. Y ésta, es una función que en modo alguno puede eludir la norma sancionadora.

Por otra parte, el diferente fundamento de la incompatibilidad de las cláusulas omnicompreensivas permitiría adoptar una postura menos exigente con una práctica habitual de muchos sectores del ordenamiento que emplean estas fórmulas con carácter residual dentro de las infracciones leves. En efecto, el legislador secto-

nes a otras normas de rango inferior, como ya hemos declarado en numerosas ocasiones (vid., entre otras, STC 18/1981, 62/1982, 50/1983 y 2/1987) –STC 207/90 de 13 de Diciembre FJ 3–.

rial ha abandonado el uso generalizado de las cláusulas omnicomprendivas como fórmula general de las infracciones, pero no es infrecuente encontrar este sistema como cláusulas de cierre dentro de las infracciones leves, que incluyen todo comportamiento antijurídico que no tengan la condición de infracción muy grave o grave. Así, a título de ejemplo, puede citarse el art. 315. j) del Decreto 849/86, de 11 de Abril, por el que se aprobó el Reglamento sobre Dominio Público Hidráulico incluye, entre las infracciones leves, "el incumplimiento de cualquier prohibición establecida en la Ley de Aguas y en el presente reglamento o la omisión de los actos a que obligan, siempre que no estén consideradas como infracciones menos graves, graves o muy graves"⁵⁹.

El legislador sectorial parece dispuesto a realizar un esfuerzo de selección de las infracciones graves y muy graves, pero no parece tan dispuesto a renunciar al empleo de estas fórmulas como cláusula de cierre. Seguramente, supone una vía de escape al esfuerzo que conlleva describir las conductas sancionables, fundamentalmente, cuando, como suele ser habitual, se pretende sancionar todo incumplimiento de los deberes y obligaciones regulados en la propia norma. El legislador acepta realizar el esfuerzo selectivo con las infracciones más importantes, pero no con las infracciones leves, ya que constituyen una zona donde no siempre es fácil detectar aquellos comportamientos que sean lesivos para el bien jurídico protegido. Por ello, el legislador recoge algunos comportamientos y ante la posibilidad de olvidar otros, acude a la vía residual. En mi opinión, aunque dicha actitud resulta cuestionable pues manifiesta una evidente falta de esfuerzo - en definitiva se encuentran del propio régimen jurídico positivo existente-, desde un punto de vista estrictamente constitucionale, puede ser objeto de una distinta valoración.

En efecto, entiendo que estas cláusulas residuales dentro de las infracciones leves, que desde una visión penalista del tipo no cabría admitir, resultan aceptables si el fundamento de la incompatibilidad de las cláusulas omnicomprendivas

59. Otros ejemplos de este tipo de cláusulas lo configuran el art. 142 n) de la Ley 16/87, de 30 de Julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, al señalar que "tendrán la consideración de infracciones leves todas las que, suponiendo vulneración directa de las normas legales o reglamentarias aplicables en cada caso, no figuren expresamente recogidas y tipificadas en los artículos anteriores de la presente ley". O, en fin, el art. 33,4 f) de la ley 31/1987, de 18 de Diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, al incluir "cualquier otra infracción de la normativa de ordenación de las telecomunicaciones que suponga un incumplimiento de las obligaciones de los prestadores y usuarios de servicios de telecomunicación, salvo que deba ser considerada como grave conforme a lo dispuesto en el punto 3 del presente artículo".

deriva de forma indirecta de la necesidad de definir las sanciones, ya que en estos casos la sanción se encuentra definida en la norma. Por ello, en mi opinión, su uso con carácter residual dentro de las faltas o infracciones leves, -y se referiran al contenido sustantivo de la propia norma- resulta plenamente compatible con dicha exigencia constitucional, pues en la medida en que tengan atribuida una sanción plenamente definida, permite conocer con certeza la consecuencia jurídica que conllevará la comisión de todas aquellas infracciones que con carácter residual tienen carácter leve.

5. Claridad descriptiva de las infracciones y sanciones. Conceptos jurídicos indeterminados.

5.1. Introducción.

Una segunda consecuencia que la doctrina penalista extrae del elemento de tipicidad es, según hemos indicado anteriormente, la necesidad de que las descripciones de los delitos se lleve a cabo cumpliendo unos requisitos de claridad y precisión. Y aunque ello es predicable tanto de la descripción de la conducta o acción tipificada, como de la pena o consecuencia jurídica que se le atribuye, la doctrina penalista ha puesto mayor atención en la propia descripción de la conducta y ha venido señalando que la tipicidad en cuanto que exige que las conductas sean descritas con claridad y precisión excluye aquellos términos que, por elásticos o indeterminados, impiden tener un conocimiento claro de las conductas punibles⁶⁰.

El empleo de conceptos jurídicos indeterminados dentro del Derecho sancionador ha sido objeto, al igual que las cláusulas omnicomprendivas, de una especial atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, a partir de la Constitución de 1978. Y aunque un sector de la doctrina ha manifestado opiniones muy críticas con el uso de estos términos, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha desarro-

60. M. COBO DEL ROSAL Y T. VIVES ANTON han señalado que "la exigencia de taxatividad en la determinación del ámbito de lo punible, dimanante del significado esencial del principio de legalidad, requieren que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo". Derecho Penal. Parte General. Universidad de Valencia. 1984. pág. 290 y continúan señalando que Una Ley penal que desconociese el significado de la tipicidad, que recurriese a términos elásticos, a cláusulas imprecisas y oscuras que no determinasen con exactitud la esfera de lo punible, entraría en conflicto con la Constitución". Derecho Penal..., op. cit., pág. 290.

llado una jurisprudencia muy respetuosa con la situación existente. En principio, no parece que el planteamiento teórico formulado por el Tribunal Constitucional pueda ser objeto de grandes cambios, pues como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha recogido en esta materia la tradición jurídica existente dentro del Derecho Administrativo, sobre las técnicas de control de los conceptos jurídicos indeterminados. Por otra parte, las posturas especialmente críticas con la situación existente no han explicado con claridad las posibles alternativas al empleo de determinados términos, lo cual, evidentemente, resta solidez a sus planteamientos. No obstante, creo que aunque el empleo de términos indeterminados pueden ser admitidos en la medida que pueden ser reconducidos a través de las técnicas de control, entiendo que su propio empleo puede ser objeto de alguna matización adicional a partir de algunas reflexiones que sugiere su propia jurisprudencia.

De acuerdo, pues, con este propósito, recordaremos, en primer lugar, los argumentos que han servido para cuestionar o defender el uso de conceptos jurídicos indeterminados en nuestro ordenamiento jurídico, así como la propia posición del Tribunal Constitucional y a partir de allí comentaré las posibles puntualizaciones que pueden realizarse a su utilización.

5.2. Diferentes perspectivas sobre esta cuestión.

Aunque el uso de conceptos elásticos o indeterminados es hábito común en todo el orden administrativo, lo cierto es que en el ámbito de las relaciones de sujeción especial es donde han aparecido estas expresiones con mayor frecuencia. En concreto, la cuestión ha sido especialmente tratada con motivo del análisis de los códigos deontológicos de los Colegios Profesionales y del régimen disciplinario de la Administración Pública, donde las normas o los códigos han utilizado con especial intensidad términos elásticos o indeterminados. Y a pesar de que algún supuesto de definición mediante términos de contenido indeterminado ha desaparecido del panorama normativo⁶¹, subsisten infracciones descritas de esta forma. Así, en relación con el régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado se contempla como infracción la “notoria falta de rendi-

61. Así la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública derogó, - Disposición Derogatoria a)-, la infracción consistente en la falta de probidad moral o material recogida en el art. 88 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado -aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de Febrero-.

miento⁶², “la grave desconsideración a sus superiores”⁶³, “la grave perturbación del servicio”⁶⁴ y con la matización realizada anteriormente sobre su calificación, “el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario.”⁶⁵ La existencia de términos o definiciones de carácter indeterminado se acentúa dentro de los regímenes de los distintos cuerpos de Policía o de las Fuerzas Armadas, que contemplan como infracciones comportamientos tales como “las manifestaciones de tibieza y disgusto en el servicio”⁶⁶ o “el descuido en el aseo personal”⁶⁷ entre otras⁶⁸.

La doctrina que ha tratado esta cuestión ha formulado planteamientos que no resultan coincidentes. Por una parte, cabe detectar un sector que ha entendido que estos términos pueden llegar a ser aceptados si se elimina el peligro de una aplicación subjetiva o “en conciencia”. Y la objetivación de estos términos puede conseguirse mediante su “conversión en tipos jurídicos perfectamente tecnificados en el sentido de formular conceptos jurídicos indeterminados de conductas que habrían de ser concretados o rellenados a través de un análisis pormenorizado de los hechos”⁶⁹. Se trata, por tanto, de una postura que no cuestiona la utilización de estos términos por la norma, si bien entiende que se debe llevar a cabo una aplicación estricta a través de la técnica propia del Derecho Administrativo de control de los conceptos jurídicos indeterminados.

Existe, no obstante, otro sector de la doctrina que considera que la utilización

62. Art. 6 f) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de Enero.

63. Art. 7 e) R.D. 33/1986, de 10 de Enero.

64. Art. 7 n) R.D. 33/1986, de 10 de Enero.

65. Art. 8 e) R.D. 33/1986, de 10 de Enero.

66. Art. octavo 7 de la Ley 12/1985, de 27 de Noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y art. 153.8 del Reglamento de 15 de Junio de 1982, de la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

67. Art. 8.6 del R.D. 884/1989, de 14 de Julio, del Cuerpo Nacional de Policía y el art. octavo 5 de la Ley 12/1985, de 27 de Noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas En parecido sentido “la mala presentación en su apariencia personal durante las horas de servicio” -art. 153.1 del Reglamento de 15 de Junio de 1982, de la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco-.

68. Una gran parte de las infracciones de carácter leve de las Fuerzas Armadas tienen un margen valorativo amplio. Así “la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal” -art. octavo. 3-, “la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes” -art. octavo 2-, o “la falta de respeto a superiores y en especial las razones descompuestas o réplicas desatentas a los mismos” -art. octavo 10-, todos ellos de la Ley 12/1985, de 27 de Noviembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

69. E.GARCIA DE ENTERRIA Y T.R.FERNANDEZ RODRIGUEZ Curso de Derecho Administrativo..., Vol. I, op. cit., pág. 165.

de estos términos es contraria al art. 25.1 de la Constitución dado el amplio margen de apreciación que se permite al órgano sancionador “sobre el contenido de la falta, los hechos realizados y la relación de éstos con el tipo legal”⁷⁰. Incluso, con menor alcance, hay opiniones que, aún discrepando de la idea generalizada sobre la inconstitucionalidad de estos términos, consideran “excesiva la gran cantidad de tipos configurados al amparo de dicha técnica”⁷¹.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición muy respetuosa con el uso de los términos indeterminados, tal como se pone de manifiesto en la admisión generalizada de los supuestos examinados por el mismo. Y ello, tanto en el orden penal como en el administrativo. De esta manera, en relación con el orden penal, consideró plenamente ajustado a la Constitución el tipo descrito en art. 431 del anterior CP, mediante el uso de términos tales como la moral, el pudor y las buenas costumbres (STC 62/82 de 15 de Octubre)⁷², o del también derogado delito militar consistente “en el incumplimiento de los deberes militares”⁷³. En relación con el orden administrativo, el Tribunal Constitucional ha admitido términos tales como la “falta de probidad moral y material”⁷⁴, “la desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades” (STC 81/83 de 10 de Octubre y 69/89

70. J.M. TRAYTER Manual de Derecho Disciplinario..., op. cit., pág. 170.

71. F.A. CASTILLO BLANCO, Función pública..., op. cit., pág. 274.

72. La STC 62/1982, de 15 de Octubre examinó los recursos de amparo núm. 185/1980 y 402/1981, interpuestos contra el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de Septiembre de 1980, por el que se acordó la celebración del juicio a puerta cerrada, y contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1981, por la que se condenaba al inculpado por delito de escándalo público (art. 431 – “el que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo”- y art. 432), por la falta de imprenta tipificada en el art. 566.5 del Código Penal (“los que de igual manera -por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación- ofendiesen a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública”). Los hechos habían consistido en la publicación del libro título “A Ver” sobre educación sexual.

73. La STC 133/87, de 21 de Julio analizó el recurso de amparo 373/1985, interpuesto por un militar contra la Sentencia del Consejo de Guerra de Oficiales Generales del Ejército del Aire, por un delito de incumplimiento de deberes militares -art.391 del derogado C.J.M.-. En esencia, el supuesto consistía en que el citado militar Teniente Coronel, Jefe de un establecimiento militar, había permitido la utilización del establecimiento para la comisión de acciones de contrabando.

74. La STC 50/83 de 14 de Junio, analizó el recurso de amparo 10/1983, interpuesto por un funcionario contra la sanción impuesta por el Consejo de Ministros por la comisión de una falta muy grave de probidad moral y material -art. 206 a), del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa-. El citado funcionario se había puesto de acuerdo con otros funcionarios para engañar a un súbdito alemán en relación con una entrega de dinero por parte de éste a cambio de droga, por parte de aquéllos, que en realidad eran excrementos de animales y tierra prensada.

de 20 de Abril)⁷⁵, o en fin, “el incumplimiento de los deberes profesionales” (STC 219/89 de 21 de Diciembre)⁷⁶. Entre los escasos supuestos que el Tribunal Constitucional ha considerado que no se ajustaba a la Constitución, figura el art. 29.1 del Decreto 522/1974 que facultaba a la Administración para acordar la expulsión del territorio nacional de los extranjeros “cuando por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras análogas así resulte procedente”⁷⁷.

Tanto en un supuesto como en el otro, el Tribunal Constitucional recoge, en un plano teórico, la primera de las líneas doctrinales descrita anteriormente y acepta tales términos en la medida en que sean susceptibles de concreción en cada supuesto, en virtud de las técnicas de control de los conceptos jurídicos indeterminados. En concreto, la STC 69/1989, de 20 de Abril señala que el empleo de tales términos “es constitucionalmente legítimo en la medida que su concreción sea ra-

75. La Sentencia 81/1983, de 10 de Octubre, conoció del recurso de amparo 42/1983, interpuesto por un funcionario Inspector del Cuerpo Superior de Policía contra la sanción impuesta por la Dirección de la Seguridad del Estado, por la comisión de una falta de desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades -art. 207 c) del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa aprobado por Decreto 2038/1975, de 17 de Julio -. El citado funcionario, como Secretario del Comité Provincial de la Unión Sindical de Policías de Zaragoza, había emitido un comunicado en protesta por el traslado de un compañero, calificando la actuación de la Jefatura Superior de Policía de incapacidad profesional y representar un obstáculo para el normal funcionamiento de la policía en una sociedad democrática

Por su parte, la STC 69/89 de 20 de Abril, examinó el recurso de amparo 66/1987, interpuesto por un funcionario de policía contra la sanción impuesta por el Director General de la Policía, por la comisión de la falta grave prevista en el apartado a) del art. 207 del Reglamento Orgánico de la Policía Nacional, consistente en “la desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades”, por el comunicado emitido por la Plataforma Unitaria de Policías, suscrito por el sancionado, como vocal del Comité Ejecutivo Nacional, titulado “El Gobernador Civil de Cádiz trata los temas serios con frivolidad y las frivolidades se las toma con seriedad”.

76. La STC 219/1989 analizó el recurso de amparo 1440/1987, interpuesto por un arquitecto contra la sanción disciplinaria impuesta por el Colegio Profesional, por la comisión de una infracción contemplada en el art. 39 de los Estatutos para el Régimen y Gobierno de los Colegios de Arquitectos, aprobado por Decreto de 13 de Junio de 1931, para aquellos casos en que “la conducta de un colegiado se aparta de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión, y especialmente de los determinados en estos Estatutos, en los Reglamentos y en los acuerdos de Juntas.” Deberes que se encontraban descritos en los arts. 12, 20 y 24 de las Normas Deontológicas que exigían del Arquitecto una conducta de honradez y veracidad en sus actuaciones profesionales, tener un claro conocimiento de las obras y de su fidelidad al proyecto aprobado, y acomodarse a la calificación urbanística del suelo, a las ordenanzas correspondientes y a las condiciones en que se hubiera otorgado la licencia.

77. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 116/1993, de 29 de Marzo, analizó el art. 29 del Decreto 522/1974 como consecuencia del recurso de amparo interpuesto contra la expulsión del territorio nacional acordada por la Dirección General de la Policía de 6 de Julio de 1984.

zonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos, o de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada⁷⁸.

Como he señalado anteriormente, se trata de un planteamiento que no es específico del Derecho Sancionador sino que constituye una doctrina común al Derecho Penal, como se infiere de la Sentencia 62/82 de 15 de Octubre, que en relación con los términos como moral, pudor o buenas costumbres, entendió que la definición de los tipos mediante conceptos cuya delimitación permiten un margen de apreciación, no es contraria al principio de legalidad⁷⁹.

78. La citada Sentencia, que examinó la sanción impuesta a un policía por la infracción de desobediencia a sus superiores señala así mismo con carácter general que "los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de apreciación de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados" STC 69/1989 -FJ 1-. Esta misma doctrina la recoge el Tribunal Constitucional en su Sentencia 219/89 de 21 de Diciembre, que en relación con la sanción por el incumplimiento de los deberes profesionales, recordó en un plano teórico que la regulación de las infracciones mediante conceptos jurídicos indeterminados resulta admisible, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Posteriormente examina el alcance de las faltas imputadas en los siguientes términos: "En efecto, según hemos visto, el art. 39 del Estatuto de 1931, al referirse a las conductas de los colegiados que se aparten de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión, se refiere "a los determinados en estos Estatutos, en los reglamentos y en los acuerdos de Juntas...". En el art. 12 de estas Normas Deontológicas se dispone que el arquitecto habrá de comportarse con honradez y veracidad en todas sus actuaciones profesionales; en el art. 20 se le exige tener claro conocimiento de la marcha de sus obras, con fidelidad al proyecto aprobado; y, en el art. 24 se le impone el deber de acomodarse a la calificación urbanística del suelo. No se trata, pues, como sostiene el recurrente, de un "tratado de deberes morales", sin trascendencia disciplinaria, por carecer de la necesaria precisión para ser sancionables en la vía administrativa con arreglo a las diferentes correcciones disciplinarias establecidas en el art. 39 del Estatuto. La veracidad de los proyectos y la fidelidad a los mismos de la obra ejecutada y la acomodación de unos y otra a la calificación urbanística del suelo, son conductas tipificadas y la ilicitud de su contravención no puede ser ignorada por quienes, con el título de Arquitecto, se incorporan a los Colegios Profesionales..."

Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró contraria a la Constitución, en su Sentencia 93/1992, de 11 de Junio, la sanción impuesta por la infracción consistente en no haber guardado el turno de vacaciones impuesto obligatoriamente por el Colegio de Farmacéuticos, pero que no había sido objeto de publicación: "al tratarse de una normativa diferente y sobre añadido a los deberes deontológicos del profesional farmacéutico, la situación es completamente distinta a la enjuiciada en la STC 219/89. Por lo que la adecuada publicación de las disposiciones adoptadas por el Colegio, en término que garantizase su conocimiento, su autenticidad y su constancia, y que además permitiese la impugnación en un proceso declarativo acerca de su validez, como señala con insistencia el Colegio demandado, deviene un requisito imprescindible para hacer posible que su incumplimiento resulte sometido a sanciones conformes con el art. 25.1 C.E."

79. Señala el Tribunal Constitucional, en relación con el art. 25.1 C.E.: "En relación con esta pretendida vulneración, debemos recordar que el art. 25.1 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta (o infracción adminis-

Las diferencias, pues, se detectan en la valoración concreta que realiza el Tribunal en cada caso, pues así como en el supuesto relativo a la expulsión del territorio nacional en materia de extranjería entendió que “la fórmula empleada por el precepto tipificador -cuando así resulte procedente por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, relaciones que mantengan u otras causas análogas- frustra por completo la posibilidad de concreción de los elementos y características esenciales de las conductas merecedoras de la expulsión del territorio nacional”⁸⁰, en el resto de los supuestos referentes a relaciones de sujeción especial, consideró que tal ejercicio de concreción era posible. Así, en la Sentencia 50/83 de 14 de Junio, justificó la constitucionalidad del término “falta de probidad moral y material” de los funcionarios, en la necesidad inevitable de acudir a términos genéricos para la definición de estas conductas y en la posibilidad de concretar su alcance, acudiendo “al contenido semántico del término”⁸¹.

trativa) de acuerdo con la legislación vigente. Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate...” STC 62/1982 FJ 7 C) -.

80. STC 116/1993, de 29 de Marzo -FJ3-

81. Señala, en concreto, el Tribunal Constitucional lo siguiente: “Tampoco aparece mínimamente fundamentada la alegación del principio de legalidad del art. 25 de la Norma Fundamental pues, a parte de otras consideraciones, la tipificación necesariamente genérica de las faltas muy graves de probidad, concepto indeterminado para cuya concreción es procedente acudir, como en el expediente disciplinario y en la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se hace, al contenido semántico del término, aparece en una norma de rango legal, la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado” -STC 50/1983 FJ 3-. El Tribunal Supremo sigue una línea doctrinal ajustada a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la STS de 9 de Octubre de 1989, (Ar. 7339), que analizó una sanción impuesta a un abogado por la firma de un documento que había sido suscrito sin comunicación al abogado de la parte contraria, en condiciones lesivas para el cliente de éste. Tras recordar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto la STC de 12 de Octubre de 1982 por la que se admiten los tipos con un margen de apreciación, señala que la infracción en este caso “está tipificada en los Estatutos por cuanto la actuación del Abogado infringe las normas éticas y deontológicas de la profesión al ser contrarias al prestigio y honorabilidad del estamento profesional y han determinado una lesión injusta para la parte desasistida de Letrado. Ello supone la vulneración de la obligatoriedad de todo Abogado con la parte contraria de la “abstención de cualquier acto u omisión que determine una lesión injusta” unido a que en general el Abogado “en el desempeño de su profesión se atenderá a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídicas de cada asunto...”. La tipificación, por ello, derivaba del conjunto de las normas.

Puede, pues, por ello afirmarse que, al menos en lo que respecto a las relaciones de sujeción especial, si términos como los descritos son considerados por el Tribunal Constitucional como conceptos indeterminados conformes al principio de tipicidad, resulta muy difícil imaginar término o concepto alguno cuya indeterminación pueda ser tachado de inconstitucional⁸².

Por otra parte, cabe resaltar que se trata de un criterio corrector que no incide en el contenido de la norma, es decir en la mayor o menor exigencia sobre el uso de estos términos por la norma, sino que configura un criterio corrector que permite objetivar -al menos en opinión del Tribunal Constitucional- el contenido del precepto en cada supuesto. Se trata, por tanto, de una actitud que coincide con la corriente doctrinal que defendía la constitucionalidad de estos términos siempre que existiese un control en su concreción en cada caso, en virtud de elementos objetivos.

Pero esta actitud respetuosa con la descripción normativa a través de conceptos más o menos indeterminados, así como las evidentes dificultades que existen a través de un recurso de amparo de realizar un examen constitucional en profundidad sobre la previsión normativa⁸³, le lleva a adentrarse -quizás a modo de com-

82. El Tribunal Supremo ha seguido esta doctrina sin matiz alguno. Así, la STS de 24 de Abril de 1990 (Ar. 3656), examina una sanción impuesta por un Colegio de Arquitectos a dos colegiados por una falta de lealtad, rectitud y de honradez, ya que estando vigente un encargo del proyecto básico con otros tres, convinieron con el promotor la redacción del proyecto de ejecución, con exclusión de los mismos y sin informarles. El Tribunal Supremo recuerda la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad de la exigencia material de predeterminación de las infracciones con la existencia de conceptos jurídicos indeterminados. En parecido sentido la STS de 18 de Mayo de 1990 (Ar. 6647), en relación con una sanción a un arquitecto que se sirve de su condición de Arquitecto para retirar un Proyecto con un talón personal y sin fondos.

La Sentencia de 3 de Abril de 1990 (Ar. 3578), en relación con una sanción a un abogado recuerda igualmente la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre "la flexibilidad con que lleva a cabo la tipificación de las infracciones y el señalamiento de las sanciones correspondientes, especialmente en el ámbito de la supremacía especial". No obstante el Tribunal Supremo considera que cabe su control judicial en el momento de su aplicación: "el carácter reglado de la potestad sancionadora -art. 25.1 de la Constitución- impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas pero igualmente justas, indiferentes jurídicamente: no cabe pensar que dos sanciones diferentes puedan ser igualmente justas".

83. No puede esconderse, sin embargo, la innegable dificultad que conlleva el examen sobre el carácter evitable o inevitable de una concreta descripción, que se acentúa cuando el examen se realiza, como suele ser lo común en sede del Tribunal Constitucional, de forma aislada respecto de un supuesto concreto.

Parece más adecuado establecer dicha limitación sobre lo evitable teniendo en cuenta la globalidad de las infracciones (bien en el momento de su redacción, bien en un recurso de inconstitucionalidad) ya que creo que únicamente bajo este prisma es posible detectar un uso evitable de tales términos, por cuanto únicamente esta global visión permite comprobar la efectiva existencia de superposiciones, reiteraciones, o usos innecesarios.

pensación-, en un esfuerzo interpretativo sobre el alcance de los tipos y el contenido del supuesto de hecho que analiza, extendiendo más allá de lo previsible la protección contenida en el derecho constitucional. Ello ha hecho que el examen de las circunstancias de cada supuesto a fin de detectar si la aplicación al caso de la correspondiente infracción había resultado adecuada, haya adquirido una importancia determinante en la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia 133/87 de 21 de Julio que examinó una sanción impuesta a un militar por “incumplimiento de los deberes militares” consistente en su participación en la comisión de un delito de contrabando en el establecimiento militar a cuyo mando se encontraba, el Tribunal Constitucional no lleva a cabo un examen abstracto de la norma sino que examina únicamente el caso concreto. Dentro de este análisis de la aplicación de la norma, el Tribunal Constitucional considera tal aplicación plenamente adecuada a la Constitución por cuanto “entre los deberes más evidentes de quien estaba al mando de un establecimiento militar se incluye necesariamente el de no permitir su utilización para la comisión de un delito de contrabando y menos aun participar en él”⁸⁴.

En el mismo sentido, cabe citar la STC 69/1989, de 20 de Abril que analiza los términos empleados por el Vocal del Comité Ejecutivo Nacional de la Plataforma Unitaria de Policía en el comunicado publicado⁸⁵ y entiende que el órgano sancionador y posteriormente la Sentencia del órgano judicial, habían ponderado adecuadamente la exigencia del debido respeto a los superiores y el ejercicio de la libertad de expresión, dada la falta de mesura de las afirmaciones vertidas que son calificadas como irrespetuosas e incluso ofensivas hacia la persona del superior jerárquico⁸⁶.

84. La STC 133/1987, de 21 de Julio FJ 7.

85. El comunicado publicado en el Diario de Cádiz se titulaba el “Gobernador Civil de Cádiz trata los temas serios con frivolidad y las frivolidades se las toma con seriedad”. Dicho comunicado analizaba el comportamiento del Gobernador Civil con motivo de su asistencia a la Feria de la Manzanilla, incluyéndose frases como la siguiente: “Se permite llamar cosacos a dos Policías Nacionales...por que se habían tomado una copa de vino...¿No será que se empiezan a fijar e incitar en lo que ven hacer a su jefe?”.

86. El Tribunal Constitucional tras recordar su propia doctrina sobre la necesidad de ponderar adecuadamente el ejercicio de la libertad de expresión y el debido respeto a los superiores analiza el caso en los siguientes términos: “En el presente caso, es evidente que tal ponderación se ha llevado a efecto tanto por la Dirección General de la Policía como por la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid y por la sala Tercera del Tribunal Supremo, ya que, como expresamente se declara en la resolución y sentencias impugnadas, es la falta de la necesaria mesura en la crítica formulada por el hoy recurrente a la actuación del Gobernador Civil, y no la crítica misma, lo que justifica la sanción impuesta, habida cuenta del carácter agresivo y duramente crítico

En fin, dentro de esta línea jurisprudencial cabe recordar la STC 182/90 de 15 de Noviembre que anuló la sanción impuesta a una Inspectora de Trabajo por infracción de los deberes y obligaciones del funcionario por “no haber levantado acta ni elevado propuesta de sanción respecto de dos personas que, percibiendo subsidios de empleo, se encontraban ocupadas en una obra de reforma de un local de negocio”. Actitud, que la Inspectora justificó en la consideración de que consistían en trabajos de buena vecindad y por tanto, ajenos al ámbito laboral⁸⁷. Pues bien, el Tribunal Constitucional examinó con detenimiento el contenido de la infracción aplicada y anuló la sanción impuesta por entender que la apreciación de la funcionaria “pudo ser acertada o errónea pero en modo alguno, salvo por indebida analogía peyorativa, puede suponer por sí misma un quebrantamiento grave de los deberes del funcionario pues ya no es constitucionalmente posible incluir

-en palabras del Tribunal Supremo- del acto sancionado. Y, en efecto, atendiendo a las circunstancias descritas en los antecedentes de esta Sentencia, no es posible entender que dicha ponderación haya sido incorrectamente realizada, en infracción de los arts. 20.1.a) y 28.1 de la Constitución, sobre todo si se tiene en cuenta que el comunicado suscrito por el recurrente y remitido a los medios de comunicación incluía expresiones formalmente irrespetuosas e incluso como apunta el Ministerio fiscal, ofensivas hacia la persona del superior jerárquico”.

En parecido sentido, la Sentencia 81/83 de 10 de Octubre, que consideró plenamente adecuada a la Constitución la aplicación de la infracción consistente en la irrespetuosidad a los superiores de un policía con motivo de las críticas realizadas a través de un comunicado de la Secretaría de prensa de la Unión sindical de Policías, por cuanto el Tribunal Constitucional consideró que las críticas formuladas por el policía no se habían realizado con la mesura necesaria. El contenido del comunicado motivado por el traslado de funcionario a otro Municipio decía lo siguiente: “Como única respuesta a esta petición la Jefatura Superior de Policía, violando los más elementales derechos individuales, familiares y sindicales, ha resuelto su traslado al País Vasco. La U.S.P. denuncia públicamente estos hechos que ponen de manifiesto una vez más la incapacidad profesional de algunos mandos del Cuerpo Superior de Policía para resolver los problemas y representan por tanto un obstáculo para el normal funcionamiento de la Policía en una sociedad democrática”.

En todo caso el Tribunal Constitucional evita la calificación formal del error en la aplicación, englobando esta prohibición derivada del principio de tipicidad en el más amplio término de la interpretación analógica “in peius” de manera que “sólo se pueda anular la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito”.

87. La STC 182/90 de 15 de Noviembre examina la sanción impuesta a una Inspectora de Trabajo por el Subsecretario de su Departamento mediante resolución de 10 de diciembre de 1985, consistente en traslado con cambio de residencia, como autora de una falta grave del art. 7 p. del Reglamento de Régimen Disciplinario entonces vigente (Decreto 2088/1969, de 16 de Agosto), consistente en no haber levantado acta ni elevado propuesta de sanción respecto de dos personas que, percibiendo subsidios de empleo, se encontraban ocupadas en una obra de reforma de un local de negocio. Según relata la Sentencia en su FJ 1: “La Inspectora alegó en el expediente que no había levantado acta por tratarse de trabajos de amistad o buena vecindad, ajenos al ámbito laboral (art. 1.3. d), del estatuto de los Trabajadores), al ser los afectados parientes del dueño de la obra, siendo ésta, por lo demás, de escasa entidad y no retribuida”.

entre tales deberes la plena y previa sintonía con sus superiores en la valoración de los supuestos fácticos sometidos a conocimiento e inspección del funcionario⁸⁸.

Como puede apreciarse sin dificultades, en todos los ejemplos descritos, el Tribunal Constitucional lleva a cabo, en cada caso, un ejercicio minucioso de delimitación conceptual del tipo, es decir, de lo que puede o no entenderse por incumplimiento de los deberes del funcionario, de tal manera que dota de relevancia constitucional al ejercicio de calificación de los hechos cuyo juicio se desenvuelve normalmente dentro de la legalidad ordinaria⁸⁹. Se trata, pues, de una actitud extensiva de la garantía constitucional derivada del art. 25.1 CE que de alguna manera suple las dificultades para llevar a cabo un examen a fondo del propio empleo por parte del legislador de estos términos jurídicos indeterminados.

5.3. Algunas puntualizaciones sobre el uso de conceptos jurídicos indeterminados

El empleo de conceptos jurídicos indeterminados constituye una cuestión que no resulta de fácil solución pues, de entrada, parece innegable que en materia disciplinaria la propia vinculación especial que se constituye dificulta la descripción concreta de cada uno de los comportamientos susceptibles de corrección. El buen funcionamiento del servicio constituye un bien jurídico cuya vulneración o alteración puede consumarse a través de muy diferentes acciones, lo que hace que no

88. Previamente el Tribunal Constitucional había señalado lo siguiente: "Pues bien, en el presente caso, tal como razonablemente sostiene la Audiencia de Cáceres, la conducta sancionada no reúne los elementos del tipo definido en el precepto reglamentario aplicado y, por lo mismo, no puede ser subsumida en aquel tipo, ya que no puede reprocharse incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario porque el órgano sancionador disienta de la previa calificación jurídica de unos hechos observados por la Inspectora de Trabajo en el ejercicio de sus funciones propias. La decisión de la Inspectora recurrente de no efectuar propuesta de sanción por entender que se trataba de trabajos de buena vecindad fue la consecuencia de apreciar la actividad objeto de inspección como ajena al ámbito laboral (art. 1.3 d) del Estatuto de los Trabajadores)" -STC 182/90, de 15 de Noviembre FJ 3-.

89. Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se detecta un esfuerzo del Tribunal Supremo por analizar el supuesto concreto y su adecuación al tipo. Así, la Sentencia de 29 de octubre de 1987 Ar. 10204 analiza una sanción a un Juez por incumplimiento de sus deberes por "la retención y distracción en diversos procedimientos de cantidades devengadas, juntamente con la desaparición de determinados juicios de faltas y la constante demora en su tramitación sin que la falta de profesionalidad del Secretario pueda exculparle de su deber de velar y exigir la observancia de los trámites procedimentales". En el mismo sentido pueden citarse otras Sentencias, en entre otras muchas, tales como las SSTS de 5 de Octubre de 1988 (Ar. 7575), (falta de asistencia de un funcionario); 11 de Julio de 1988 (Ar. 5574), (falta de probidad de un policía municipal); 28 de Mayo de 1987 (Ar. 1091), (negligencia de deberes profesionales de los jueces); y de 20 de Diciembre de 1989 (Ar. 9222), (en relación con el servicio de autotaxi).

siempre sea fácil concretar el contenido de las conductas; por ello, considero que existen supuestos en los que resulta imprescindible acudir a estos términos, y por tanto no me parece posible excluir con carácter general y global su utilización, aunque impliquen una cierta indeterminación⁹⁰.

En principio, términos como la falta de rendimiento, o el respeto a los compañeros, no resultan, en mi opinión, susceptibles de mayor concreción, en la medida que tienen un contenido relativo y circunstancial. Por una parte, la falta de rendimiento tiene su concreción en la media de rendimiento de la Función Pública en un momento determinado, y por otra, el respeto a los compañeros o al administrado se encuentra condicionado por el sentir de lo que significa "respeto" dentro de una determinada coyuntura socio-cultural⁹¹.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, creo que la situación normativa existente puede ser objeto de mejora. En efecto, aunque el control en la aplicación de estos términos a través de la técnica de control de los conceptos jurídicos indeterminados, reduce gran parte de la incertidumbre que se les viene imputando, puede plantearse una actitud de mayor exigencia, ya que, en ocasiones, la norma parece escudarse en dicha dificultad para no realizar un mayor esfuerzo que en algunos supuestos en los que su exigencia sería factible.

Algunos ejemplos se encuentran en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado. Así, dentro de las faltas muy graves, el art. 6 tipifica en su párrafo y) "la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales", y en su párrafo m) "los actos limitativos de la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones", cuando éste constituye un supuesto concreto de libertades públicas que pudiera considerarse recogido en el primero de los párrafos citados de carácter general. En relación con las faltas graves, el párrafo e) del art. 7 tipifica como infracción "la grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados", y el párrafo ñ) el atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración" y parece claro que "grave desconsideración" y "atentado grave a la dignidad" son términos que

90. De hecho, el sector de la doctrina que critica los regímenes disciplinarios tampoco plantea claramente cual sería la alternativa a la desaparición de todos estos términos.

91. En todo caso, el propio Código Penal recoge términos de similar naturaleza. Así el art. 208 señala que "solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves".

sugieren, en mi opinión, ideas muy cercanas. Asimismo el párrafo i) tipifica como falta grave “la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave”, y el párrafo n) “la grave perturbación del servicio”. La primera de dichas infracciones constituye, a mi entender, un ejercicio de concreción de la segunda de dichas fórmulas.

Posiblemente es difícil exigir que la norma defina qué entiende por “anormal funcionamiento del servicio”, o “grave desconsideración con los compañeros”. Pero creo que resulta una meta fácilmente alcanzable la definición de los tipos de acuerdo con una estructura coherente. La regulación de las infracciones disciplinarias sugiere en ocasiones un escaso esfuerzo por parte de la norma, para elegir los comportamientos de una forma suficientemente clara, lo que se sustituye por el empleo de sucesivos términos que reflejan ideas similares.

Pero, incluso en el propio empleo de algunos términos cabe establecer alguna precisión. Así, el tipo residual referido al incumplimiento de los deberes de los funcionarios tiene un nivel de indeterminación que creo es susceptible de mejora, ya que cabe alcanzar un grado mayor de precisión sobre el contenido de dichos deberes. De entrada, como he indicado anteriormente, configuran preceptos que no queda claro si constituyen una remisión a otras normas que describen deberes o al propio intérprete que, en el momento de la aplicación de la norma, deberá concretar en cada caso si una acción determinada configura un deber del funcionario. Pero, tanto en un caso como en el otro, creo que es factible concretar el contenido de dicha infracción. El propio ejemplo citado anteriormente de las normas deontológicas de los Colegios Profesionales que describen y concretan cuales son los deberes de los profesionales⁹², o la existencia de normativa reglamentaria en el Derecho Comparado, que concretan con mayor precisión los deberes de los funcionarios, hace pensar que tal ejercicio de concreción resulta factible⁹³.

92. El Reglamento de Normas Deontológicas de actuación profesional de los arquitectos aprobado por la Asamblea General de Juntas de Gobierno de los Colegios de Arquitectos, en sesiones de 7 y 8 de Mayo de 1971, describe tales deberes en 62 arts. estructurados de la siguiente manera: a) Formas de ejercer la profesión de arquitecto; b) Obligaciones generales del arquitecto; c) Incompatibilidades; d) Relaciones del arquitecto con los contratistas e industriales; e) Relaciones del arquitecto con otros profesionales técnicos o como colaboradores; f) Relaciones entre arquitectos; y g) Relaciones del arquitecto con el colegio.

93. R. GARCIA MACHO cita la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 25 de Enero de 1990 que examinó el recurso interpuesto por un funcionario de aduanas contra una ordenanza que le prohibía llevar un pendiente en una oreja. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 91. Aunque no he tenido acceso a dicha Ordenanza, de la propia referencia parece lógico deducir que dicha Ordenanza especificaba, con un alto nivel de detalle, los deberes de los funcionarios de aduanas.

En todo caso, el propio Tribunal Constitucional ha realizado afirmaciones que sugieren un posible cambio de actitud en el futuro, tendente hacia una mayor exigencia con el contenido normativo. En efecto, el Tribunal Constitucional, por una parte, ha llegado a matizar que el uso de términos jurídicos indeterminados no tiene un carácter ilimitado, ya que según ha señalado, estos términos son constitucionales “en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados”⁹⁴. Dichos criterios se refieren, como he señalado, a aquellas pautas de carácter objetivo (lógicas o de experiencia) que permitan prever el alcance de tales términos. Pero, además, y lo que es más importante, para el Tribunal Constitucional la norma no es absolutamente libre de escoger los términos de la definición del tipo: tiene el deber constitucional de ser lo más clara y precisa posible. Así se infiere, según creo, de la STC 69/89 que considera que los preceptos legales o reglamentarios que tipifiquen las infracciones deben definir con “la mayor precisión posible” los actos, omisiones o conductas sancionable,⁹⁵ por lo cual el legislador debe realizar un esfuerzo de precisión y, ante la existencia de una alternativa más precisa, debe escoger ésta. Por tanto, puede afirmarse que para el Tribunal Constitucional, los conceptos jurídicos indeterminados son admisibles en tanto no exista una alternativa que conlleve una mayor precisión.

Pero, además, creo que resulta relevante señalar que, en algunas ocasiones, el respeto del Tribunal Constitucional por la situación existente deriva de la propia limitación que conlleva, desde el punto de vista procesal, el recurso de amparo o, desde un punto de vista de oportunidad, los efectos de vacío normativo a causa de la anulación de una norma⁹⁶. Esto hace que en estos casos sustituya una declara-

94. STC 69/1989, de 20 de Abril, FJ 1.

95. El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 69/1989, de 20 de Abril, señala: “Por otra parte, si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de la carta que incorpora el art. 25.1 de la Constitución mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios ...” FJ 1.

96. Así, la STC 219/1989 señala lo siguiente: “Es cierto, que como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resultaría más adecuado a las exigencias constitucionales la tipificación de conductas y la determinación de las sanciones disciplinarias correspondientes a las mismas, en un mismo texto normativo que contuviera una descripción más detallada de los tipos de ilícitos sancionables. Pero, dada la naturaleza del recurso de amparo que no tiene por objeto un enjuiciamiento abstracto de la constitucionalidad de las normas, sino si en su aplicación al caso contrario se han vulnerado o no derechos fundamentales del recurrente susceptibles de este remedio constitucional, lo que ha de examinarse en el presente caso....” -FJ 6-. Más adelante, el Tribu-

ción contraria a su constitucionalidad por una declaración sobre la conveniencia de una mayor adecuación a la Constitución⁹⁷, por lo que no es aventurado pensar que, de incumplirse en un plazo razonable sus advertencias sobre la conveniencia de llevar a cabo una adecuación de la norma a la Constitución, pudiera cambiar en futuros pronunciamientos la conclusión sobre la constitucionalidad de las mismas.

6. El juicio de antijuridicidad en el derecho sancionador. Las causas de exclusión de la antijuridicidad.

6.1. Introducción.

Anteriormente hemos tenido la oportunidad de recordar el contenido que integra el juicio de antijuridicidad en el ámbito penal. La tipicidad, en cuanto selección de los comportamientos antijurídicos más relevantes, representa un indicio de dicha antijuridicidad; pero, la tipicidad, no supone el juicio definitivo sobre la antijuridicidad de la acción u omisión examinada, pues según hemos recordado, en el ámbito penal puede ocurrir que una conducta esté tipificada como delito o falta y se trate de una conducta conforme a Derecho. En efecto, en los casos en que la lesión o puesta en peligro de un bien contemplado como delito o falta entre en conflicto con otros bienes jurídicos objetos de protección jurídica, la norma penal “permite el sacrificio de determinados bienes o intereses en beneficio de otros que estima superiores”⁹⁸.

nal Constitucional ante la falta de correlación entre infracciones y sanciones señala que “lo contrario supondría, y esto es en realidad lo que se sostiene en el recurso, que hasta tanto no se establezca de una manera expresa la correlación entre infracciones y conductas sancionables, quedarían impunes de responsabilidad administrativa disciplinaria las conductas ilícitas de los colegiados. Y a esta conclusión, que desapoderaría de una de sus funciones esenciales a los Colegios profesionales, no puede llevar el art. 25.1 de la Constitución” - FJ 6.-La STC 93/92, de 11 de Junio, recuerda asimismo esta doctrina.

97. Así, termina concluyendo el Tribunal Constitucional en la STC 219/1989, de 21 de Diciembre que “no obstante lo expuesto, hay que repetir también en este punto que, en garantía de una mayor seguridad jurídica, sería conveniente que por los organismos competentes se adaptara la normativa disciplinaria de los Colegios Profesionales de Arquitectos de una manera más clara a las exigencias constitucionales de los arts. 9.3 y 25.1 de la Norma Fundamental” -FJ 6-.

98. Señalan M. COBO DEL ROSAL Y T.S. VIVES ANTON que “en determinados casos el ordenamiento jurídico puede contemplar como adecuadas y conformes a Derecho ciertas lesiones o intereses jurídicamente protegidos. La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico deja, en tales casos, de ser contraria, a Derecho. Tamaña consecuencia tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico permite el sacrificio de determinados bienes o intereses en beneficio de otros que estima superiores...” y continúan señalando que “La Ley penal regula los casos de conflicto y establece las situaciones en que determinados bienes puede, de conformidad con las

Esto permite afirmar que existen acciones u omisiones tipificadas en la norma penal como delito que, sin embargo, resultan conformes a Derecho al concurrir una causa de justificación de la antijuridicidad (el homicidio puede ser adecuado a Derecho si se ha realizado en legítima defensa). La conclusión más evidente desde un punto de vista práctico, es que dicha acción no solamente excluye la responsabilidad penal sino asimismo la civil derivada de todo delito⁹⁹. Ninguna responsabilidad cabe exigir desde el punto de vista penal ya que el comportamiento es plenamente ajustado a Derecho.

En la legislación administrativa no cabe detectar un planteamiento teórico que se haya hecho eco de este posible alcance del juicio de antijuridicidad dentro de la infracción. Por su parte, la doctrina tampoco ha asumido en el estudio teórico de las infracciones administrativas, la posible concurrencia de situaciones típicas pero conformes a Derecho. Escasas han sido las ocasiones en que se ha planteado esta cuestión y cuando se ha hecho, ha sido, salvo excepciones, para rechazarlo¹⁰⁰. Parece, por tanto, que ni teóricamente ni en la práctica, se han admitido comportamientos que, estando tipificados como infracciones, resulten ajustados a Derecho, por concurrir una causa de justificación de la antijuridicidad. A pesar de ello, entiendo que no resulta en absoluto aventurado detectar hipotéticas situaciones que

valoraciones del ordenamiento, sacrificarse para salvaguardar otros. Así, junto a los diversos tipos, se contienen en los Códigos penales causas de justificación, esto es, causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta típica, pues la hacen conforme a Derecho. Por consiguiente, en el juicio de antijuridicidad procede examinar, primero, la formulación y realización del tipo y posteriormente la presencia o ausencia de las causas de justificación. El juicio de antijuridicidad queda, pues, dividido en dos partes, versando la primera sobre la problemática del tipo de injusto y la segunda sobre la justificación". *Derecho Penal, Parte General...*, op. cit., pág. 261.

99. Señala J.M. RODRIGUEZ DEVESA que "La concurrencia de una causa de justificación, además de excluir la responsabilidad criminal, excluye también la responsabilidad civil. No sólo esto. Cuando la conducta es conforme a derecho, no puede imponerse una medida de seguridad, porque no cabe estimar peligros al que actúa lícitamente." *Derecho Penal Español...*, op. cit., pág. 505.

100. A. CARRETERO PEREZ y A. CARRETERO SANCHEZ analizan el funcionamiento de la antijuridicidad en el Derecho Penal y tras recordar una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central que estimó la concurrencia de un estado de necesidad- parecen excluirla con carácter general al señalar que "en sede de la antijuridicidad, basta con el proceso valorativo hecho por la Ley misma que desaprueba una conducta: la infracción que castiga porque se incumple el deber legal, cuya razón es la vulneración de un bien jurídicamente protegido, tal como requiere la norma. La conducta es reprochable no porque se enfrente con lo que la sociedad espera de las personas, con el "standard" exigido por la cultura, sino porque la norma lo recoge; en suma, porque hay antijuridicidad formal". *Derecho Administrativo Sancionador...*, op. cit., pág. 127.

convertirían los comportamientos típicos en lícitos, es decir, en conformes a Derecho¹⁰¹.

No obstante, se debe matizar que el régimen administrativo tiene una estructura que no permite aplicar en los mismos términos las causas de justificación tal como se entienden en el Derecho Penal, y en concreto por cuanto mientras que en el Derecho Penal el delito es fuente de diferentes responsabilidades -incluida la civil-, la infracción en cuanto acción típica, no aparece como fuente de toda responsabilidad administrativa. El Derecho Sancionador, constituye únicamente una de las posibles vertientes de la responsabilidad administrativa, y la sanción, una de las posibles consecuencias del ilícito. En este sentido, puede citarse a título de ejemplo, por su claridad, el artículo 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística -aprobado por R.D. 2187/1978, de 23 de junio-, que establece la imposición de las sanciones como una de las posibles consecuencias de una acción contraria al ordenamiento urbanístico (el resto se refieren a la responsabilidad por daños, medidas de restauración del orden jurídico y de la realidad alterada..etc), que además tienen un carácter independiente¹⁰².

La infracción administrativa aparece, pues, como una posible consecuencia de todo ilícito urbanístico. Esta posición de la potestad sancionadora dentro del Dere-

101. En un plano teórico la extrapolación al Derecho Sancionador podría ofrecer alguna duda que en mi opinión debe ser rechazada. La existencia de causas de justificación de la antijuridicidad dentro de la estructura del ilícito penal cumple una función muy clara. Y su distinción de las causas de exculpación responde asimismo a la teoría del delito como fuente de responsabilidad penal y civil. Así la concurrencia de una causa de justificación de la antijuridicidad excluye tanto la responsabilidad penal como la civil; por el contrario la existencia de una causa exculpación únicamente excluye el reproche penal subsistiendo la responsabilidad civil como consecuencia de la acción ilícita. Como señala J.M. RODRIGUEZ DEVESA, "La concurrencia de una causa de justificación, además de excluir la responsabilidad criminal, excluye también la responsabilidad civil. No sólo esto. Cuando la conducta es conforme a derecho, no puede imponerse una medida de seguridad, porque no cabe estimar peligroso al que actúa lícitamente". Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 505.

102. Señala el precitado artículo lo siguiente:

1. Toda actuación que contradiga las Normas o el planeamiento urbanístico en vigor podrá dar lugar a:
 - 1) La adopción por parte de la Administración competente de las medidas precisas para que se proceda a la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal.
 - 2) La iniciación de los procedimientos de suspensión y anulación de actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal.
 - 3) La imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio de las posibles responsabilidades de orden penal en que hubieran incurrido.
 - 4) La obligación de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables frente al delito o falta que son fuente de responsabilidad penal y civil -art. 109 C.P.-

cho Administrativo se puede generalizar a otros sectores del ordenamiento, ya que uno de los más importantes objetivos de nuestro Derecho Sancionador ha sido deslindar la materia sancionadora de otras medidas que tienen un carácter independiente, como las medidas de control de la legalidad, o la propia indemnización de daños y perjuicios. La infracción administrativa, no es por tanto la fuente de toda responsabilidad, sino una de las consecuencias posibles de todo ilícito (en la medida que además se encuentre tipificada como una infracción).

Por ello, la relevancia de las posibles causas de justificación de la antijuridicidad debe ser matizada desde el momento en que la posición de la infracción dentro del Derecho Administrativo en cuanto fuente de responsabilidad, es diferente de la posición del delito dentro del Derecho Penal. Y por lo que ahora interesa, en el Derecho Sancionador aparece como una consecuencia independiente de otras medidas de seguridad o legalidad incluida la responsabilidad por daños y perjuicios, mientras que en el Derecho Penal es fuente de todas estas consecuencias. La distinción, pues entre causas de justificación y causas de exculpación parecen tener menor relevancia.

No obstante, aunque el punto de partida es la independencia de tales efectos del ilícito administrativo, lo cierto es que tanto la normativa como la doctrina han puesto de manifiesto las conexiones internas de tales consecuencias. Y entre tales conexiones podrían encontrarse perfectamente la existencia de causas de justificación. En efecto, si éstas convierten en lícitas las conductas tipificadas como infracciones, lógico es que afecten también a los otros efectos del Ordenamiento que se derivan de la comisión de un acto antijurídico ya que al incidir en una de las características comunes a todos los efectos de un acto antijurídico (convirtiendo lo ilícito en lícito) sus efectos incidirán en todas las vertientes de la responsabilidad administrativa.

Por otra parte, las causas de justificación que pueden detectarse en el ámbito administrativo no pueden ser totalmente coincidentes con las que recoge el Derecho Penal, ni, incluso dentro de los diferentes sectores del ordenamiento jurídico administrativo, estas causas o situaciones pueden concurrir con el mismo alcance. Pero lo que aquí interesa poner de analizar si dentro del panorama general del Derecho Sancionador, tiene encaje dentro de dichas causas de justificación y si su inclusión dentro del régimen jurídico administrativo, puede conllevar alguna utilidad o aportar alguna claridad adicional. Para ello analizaremos las causas de justificación propias del Derecho Penal como las relativas a la legítima defensa,

estado de necesidad, obediencia debida o ejercicio de un derecho, con exclusión de aquellas otras causas que de entrada no resulta fácil que concurran en el Derecho Sancionador. Dado que se trata de causas de justificación de muy diferente alcance, examinamos a continuación su posible existencia y alcance por separado.

6.2. Legítima defensa y estado de necesidad.

Constituyen dos causas de justificación de la antijuridicidad que adquieren su pleno sentido, obviamente, dentro del orden penal. No obstante, no parece imposible imaginar supuestos dentro del Derecho Administrativo en los que pudiesen concurrir estas mismas causas de justificación, aunque, evidentemente, tengan un carácter sectorial. Aunque pueden existir otros supuestos referidos a diversos sectores del ordenamiento, describiré tres casos como botón de muestra de la situación en el Derecho Sancionador.

Así, en relación a la legítima defensa puede pensarse, aunque que la acción consistente en matar a una especie protegida, tipificada como infracción en el art. 38 de la Ley 4/1989, de 24 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, podría considerarse plenamente ajustada a Derecho si la muerte del animal se produjese como consecuencia de una previa agresión del animal al hombre. Podrá indicarse que el supuesto es remoto, o que la Administración nunca ejercería su potestad sancionadora en ese caso, o en fin que de hacerlo, existen técnicas propias del Derecho Administrativo que llevarían a la anulación de la sanción. Todo ello es cierto, pero es innegable que el supuesto existe y constituiría desde un punto de vista penal, una causa de justificación de la antijuridicidad.

Por lo que se refiere al estado de necesidad, dos ejemplos pueden poner de manifiesto su posible existencia. Por una parte, cabe entender que resultaría lícita la acción tipificada como infracción consistente en la tala de unos árboles en un espacio protegido, si dicha acción la realiza un grupo de montañeros perdidos en una travesía para calentarse en una noche invernal. En el conflicto que plantea la protección de dos bienes jurídicos (espacios naturales y salud de un grupo de personas) tutelados por el Ordenamiento Jurídico, parece claro que habría que optar por la mayor relevancia de la salud de las personas afectadas. Dentro de otro orden jurídico, entiendo que concurriría asimismo esta causa de justificación de la antijuridicidad en la comisión de una infracción, por ejemplo, de exceso de velocidad por un vehículo, como consecuencia de un traslado al Hospital de un accidentado gravemente herido. ¿No configuraría dicho traslado una forma de protección

del bien jurídico “vida” que entraría en conflicto con la puesta en peligro del tráfico rodado y peatonal? Parece lógico que así fuese y que el ordenamiento jurídico optara por sacrificar el bien jurídico protegido por la acción típica en beneficio de la salud del accidentado, considerando la acción conforme a Derecho.

Se trata, insisto, de supuestos que difícilmente concurren en la realidad y que, en todo caso, su previsión sólo puede hacerse desde un estudio sectorial, pero por lo que aquí importa resaltar, su hipotética existencia en un plano teórico no puede negarse. Por otra parte, en todos ellos la infracción además de la sanción conllevaría la aplicación de otras medidas como la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, por lo que la explicación desde las causas de justificación explicaría de forma más clara la inexistencia de responsabilidad de daños y perjuicios. O, en el caso de que en alguno de ellos se considerase que más que una causa de justificación, lo era de exculpación, explicaría que no procediese la sanción, pero sí la indemnización por la responsabilidad de daños y perjuicios.

6.3. Obediencia debida. Los mandatos antijurídicos obligatorios.

6.3.1. Introducción. Planteamiento en el Derecho Penal.

En el Derecho Penal la obediencia debida, como causa de justificación, se encuentra estrechamente ligada a la relación jerárquica, y en concreto, al mundo funcional, de tal manera que la causa de justificación de la obediencia debida concurre en aquellos casos en que un funcionario realiza el tipo del delito como consecuencia de la ejecución de la orden de un superior¹⁰³, de forma que cuando comete un acto que constituye falta o delito como consecuencia de la orden dada por un superior, la acción del inferior jerárquico es lícita.

Esta cuestión no ofrece ningún problema cuando la orden del superior es lícita, pero por el contrario surgen diversos problemas en relación con el cumplimiento

103. J.M. RODRIGUEZ DEVESA resume los requisitos que “han de añadirse a la relación de subordinación jerárquica para que la orden del superior genere en el inferior el deber de obedecer. Tales requisitos se establecen en preceptos no penales, generalmente administrativos, pero que encuentran su confirmación y síntesis en el artículo 369 del Código al tipificar los presupuestos del delito de desobediencia entre funcionarios. Es preciso que la orden del superior esté dentro de los límites de su respectiva competencia (art. 369, párrafo primero); que el inferior esté subordinado al que la da y sea competente también para ejecutar la orden; que el mandato sea expreso y esté revestido en su caso de las formalidades legales (art. 369 párrafo primero)”. Derecho Penal ..., op. cit., pág. 534.

de los mandatos antijurídicos, ya que no constituye una cuestión pacífica si constituye una verdadera causa de justificación de la antijuridicidad, o configura una causa de exculpación. Aunque el debate doctrinal refleja diversas posturas, creo que los argumentos que justifican su condición de causa de justificación, me parecen suficientemente razonables para adoptarlo como criterio de referencia en el examen de la situación en el orden sancionador.

En este sentido, J.M. RODRIGUEZ DEVESA entiende que esta cuestión debe resolverse desde el ordenamiento jurídico, y en el caso del ordenamiento español, existe una obligación de obedecer mandatos antijurídicos por cuanto el Código Penal tipifica como delito la desobediencia de un funcionario a su superior por lo que “al obligar bajo pena al inferior a cumplir la orden antijurídica, la ley dice bien a las claras que el no obedecer es antijurídico y el obedecer el mandato es conforme a derecho”¹⁰⁴.

Por otra parte, este mismo autor entiende que el grado de obligatoriedad de dichos mandatos, viene determinado asimismo por el propio ordenamiento penal, ya que tipifica como delito la desobediencia a un superior jerárquico bajo dos condiciones: una de índole formal, es decir, que la orden sea dada por quien tiene competencia para ello y de acuerdo con el régimen jurídico y procedimental previsto; y la segunda de orden material es decir que cuando se trate de una orden antijurídica¹⁰⁵ “la infracción de la ley no debe ser notoria”. En consecuencia, si la orden vulnera de forma “manifiesta, clara y terminante un precepto de Ley”, no debe ser objeto de obediencia por el inferior jerárquico¹⁰⁶.

104. Derecho Penal Español..., op cit., pág. 551. En consecuencia para J.M. RODRIGUEZ DEVESA se trata, en todo caso, de una causa de justificación ya que la obligatoriedad de obedecer los mandatos antijurídicos que no lo sean de forma notoria deriva del art. 369 C.P. al configurar como delito la desobediencia de dichos mandatos. Si el funcionario está obligado bajo pena a obedecer los mandatos antijurídicos, lógico es que constituyan una causa de justificación y no de exculpación, ya que su conducta sería conforme a Derecho: “Lo cierto es que al obligar bajo pena al inferior a cumplir la orden antijurídica, la ley dice bien a las claras que el no obedecer es antijurídico, y el obedecer el mandato, conforme a derecho”. Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 550.

105. Señala J. M. RODRIGUEZ DEVESA que “el adjetivo “antijurídico” alude, en lo que a nosotros concierne, a la realización de un delito. Se trata de órdenes cuyo cumplimiento por parte del inferior supone la realización de una conducta, por de pronto, tipificada en las leyes penales, de un hecho descrito en la ley penal”. Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 535.

106. El límite viene determinado por el art. 369 C.P. que tipifica el delito de desobediencia de los funcionarios. Señala el art. 369 C.P. que “los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los

De esta manera, el deber de obediencia incluye, no sólo aquellas órdenes ajustadas a Derecho, sino asimismo aquellas otras que, resultando antijurídicas no suponen una manifiesta vulneración de la Ley, por lo que, en consecuencia, la causa de justificación de obediencia debida concurrirá en dos supuestos: cuando la orden que ha motivado la realización de una acción delictual sea conforme a Derecho, y en aquellos casos que la orden no se ajuste a Derecho, salvo que su disconformidad sea manifiesta y clara.

El Código Penal, además del supuesto examinado, establece un deber de obediencia de carácter general a la autoridad en el ejercicio de sus funciones dentro del delito consistente en la resistencia grave a la autoridad¹⁰⁷. En relación con este caso la doctrina penalista también se plantea el límite del deber de obediencia es decir si incluye también los casos de ejercicio irregular de la misma. En estos supuestos, aunque el precepto que tipifica este delito no ha establecido expresamente un límite al deber de obediencia similar al del caso del delito del deber de obediencia de los funcionarios, la doctrina entiende que el límite de dicha obediencia se encuentra en la nulidad radical del acto de la autoridad¹⁰⁸, lo cual sugiere un mayor nivel de exigencia en el caso del deber de obediencia a la autoridad que en el caso del deber específico del funcionario a su superior, pues, la nulidad radical sugiere un grado mayor de antijuridicidad que lo manifiestamente ilegal.

límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pos." El vigente art. 410 C.P. impone como pena "la multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años". Y continúa en el párrafo segundo: "Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley...". El vigente art. 410 C.P. añade, además de la referencia a la vulneración de un precepto de Ley, la de "de cualquier otra disposición general".

107. El art. 237 PC señala que "los que, sin estar comprendidos en el art. 231, resistieren a la autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de su cargo, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas" El vigente art. 556 C.P. establece una pena de "prisión de seis meses a un año".

108. La cuestión planteada, señala T. VIVES ANTON, puede resolverse distinguiendo entre las diversas clases de vicios de los actos: "Hay vicios que determinan la nulidad radical de la actuación, que deviene absolutamente contraria a derecho. En tales casos, ni el funcionario público actúa como tal, ni puede hablarse, en pluralidad, de ejercicio de la función pública. Sin embargo, existen otras hipótesis de actuaciones irregulares, a las que, no obstante el ordenamiento atribuye ciertos efectos, en ocasiones incluso con carácter provisorio. En tales supuestos, cabrá seguir afirmando que el funcionario actúa como tal y que se halla ejerciendo la función pública". Derecho Penal, Parte Especial, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 152.

6.3.2. *El deber de obediencia de las órdenes en el Derecho Administrativo.*

Desde un punto de vista teórico, dentro del Derecho Administrativo cabe la posibilidad de cometer una infracción administrativa como consecuencia del cumplimiento de una orden administrativa, lo cual permite plantear en qué medida el deber de obediencia convierte la acción tipificada como infracción, en lícita. Se trata de una cuestión compleja ya que los supuestos dentro del Derecho Administrativo abarcan un elenco de posibilidades muy amplio. En efecto, dentro del Derecho Administrativo además del supuesto del deber de obediencia de un funcionario a su superior y el de todo ciudadano a la autoridad¹⁰⁹, existe el deber de obedecer las órdenes administrativas de carácter sectorial (sanidad, aguas, consumidores, urbanística...etc) que la Administración puede imponer en el ejercicio de sus competencias¹¹⁰. Así, a título de ejemplo, dentro del deber de obediencia general a la autoridad cabe pensar en el caso del agente de tráfico que desvía la circulación a una calle de dirección prohibida o dentro de las órdenes administrativas de carácter sectorial la ejecución de las obras de reparación de un edificio que el propietario realiza como consecuencia de una orden municipal de ejecución de obras que, al estar en una zona de policía de carreteras, constituye una infracción de la legislación de carreteras o en fin la imposición de determinadas medidas en la autorización de un sistema de innivación artificial que resultaran perjudiciales para determinados elementos medioambientales protegidos.

De conformidad con el criterio descrito en el Derecho Penal, la existencia de la causa de justificación del deber de obediencia existirá en la medida en que en el Derecho Administrativo el destinatario deba obedecer tales mandatos. Y el destinatario estará obligado a cumplir dicha orden en la medida en que de acuerdo con los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico la no obediencia sea antijurídica.

De acuerdo con ello, de entrada, cabe admitir sin mayores problemas la posible

109. El art. 7 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los de la Administración del Estado -R.D. 33/86, de 10 de Enero- tipifica como falta grave: "a) La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades".

110. Así el art. 35. A) de la Ley 14/86, de 25 de Abril configura como infracción leve "el incumplimiento de los requerimientos específicos que formen las autoridades sanitarias, siempre que se produzcan por primera vez" o el art. 315 g) del Reglamento sobre Dominio Público Hidráulico -R.D. 849/86, de 11 de Abril que tipifica como infracción leve "la desobediencia a las órdenes o requerimientos de los funcionarios de los servicios del organismo de cuenca en el ejercicio de las funciones que tienen conferidas por la legislación vigente".

conurrencia de una causa de justificación en los supuestos de cumplimiento de una orden lícita¹¹¹. Por el contrario, mayores problemas suscita la comisión de una infracción como consecuencia del cumplimiento de una orden ilícita¹¹², ya que el Derecho Administrativo no ofrece un criterio normativo claro sobre cuál es el grado de exigencia de una orden, es decir, sobre si el destinatario debe obedecer únicamente en caso de que la orden sea lícita o si en el caso de que también el destinatario deba obedecer las antijurídicas, tal deber alcanza a todas o únicamente, como en el Derecho Penal, a las que no conlleven una nulidad radical o un vicio manifiestamente ilegal.

En efecto, así como el Derecho Penal puede plantear de una forma clara un criterio -en este caso de carácter normativo-, la situación del Derecho Administrativo ofrece un panorama menos evidente, ya que se pueden detectar criterios de distinto alcance. Por una parte, cabe considerar, de forma análoga al Derecho Penal, un criterio determinado por el alcance de la infracción administrativa relativa al incumplimiento de las órdenes administrativas de tal manera que dicho tipo de la infracción determinará si constituye infracción, es decir si resulta antijurídico, el incumplimiento de cualquier orden administrativa o únicamente en el caso de que tal orden sea lícita. No obstante, existe un posible criterio alternativo, dado que la Administración puede ejecutar sus propios actos administrativos (al margen de la legalidad del acto) por lo que podría entenderse que el deber que tiene el destina-

111. Incluyo como ejemplo expresivo de esta situación el supuesto de un guardia municipal que por problemas de tráfico desvía la circulación por una calle prohibida. Se trataría de una orden lícita ya que en el art. del Código de circulación prima la orden de los agentes de autoridad de tráfico frente a las señales de circulación. Por ello en el caso de que uno de los vehículos desviados fuera multado por otro guardia municipal situado al final de la calle de circulación prohibida cabría entender de aplicación esta causa de justificación.

112. En muchos casos (sistema de innovación artificial, por ejemplo) la antijuridicidad es opinable al existir posiciones técnicas encontradas. La Administración impone medidas correctoras cuya licitud o ilicitud únicamente se ponen de manifiesto al cabo del tiempo. En el supuesto de una orden municipal para la realización de obras en un edificio que necesitaría asimismo una autorización de otra Administración sectorial, la orden podría estar viciada por un motivo de anulabilidad del acto, en el caso de que por no concretar las obras a realizar estuviera viciada. Dentro de este grupo podría señalarse asimismo el supuesto de una orden municipal al propietario de un edificio a fin de que de acuerdo con el art. 10 del Reglamento de Disciplina Urbanística, ejecute, en el plazo determinado, las obras necesarias para la seguridad del edificio, bajo advertencia de sanción administrativa. Si dicha edificación estuviere en una zona de protección de, por ejemplo, carreteras, o de dominio público hidráulico, la ejecución de tales obras en dicho plazo constituirían una infracción en materia de aguas o carreteras al realizarse sin la preceptiva autorización sectorial. En este caso la actuación del particular realizando las obras podría considerarse lícita al concurrir la causa de justificación pues se encontraba en la obligación de llevarla a cabo en dicho plazo.

tario tiene un mayor alcance, pues está obligado no ya a ejecutar lo ordenado, sino a soportar que la Administración lo ejecute de oficio.

Las consecuencias de uno o y otro criterio son claramente diferentes. En el primero de los casos, es decir, en el supuesto de que se tenga en cuenta el el contenido de la infracción relativa al incumplimiento de las órdenes administrativas, habría que estar, en principio, al criterio señalado por el Tribunal Supremo, en virtud del cual únicamente constituye infracción, el incumplimiento de una orden administrativa cuando tal orden "se adecue plenamente a Derecho" (SSTS de 7 de septiembre de 1991 Ar. 6811 y de 25 de febrero de 1994 Ar 1320)-¹¹³. En el caso, pues, de que como consecuencia del cumplimiento de la orden, se incurriese en una infracción administrativa distinta (orden de circular por una calle prohibida, orden de ejecución de obras en zona de policía ...etc) el destinatario únicamente podría alegar esta causa de justificación en caso de que tal orden fuese lícita (orden dada por la autoridad competente, o que reúna todos los requisitos legales y jurisprudenciales...etc).

Por el contrario, si el contenido del deber deriva de la obligatoriedad del destinatario de soportar la ejecución forzosa de la Administración, la conclusión sería bien distinta. Así, para E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ.

113. A título de ejemplo, cabe citar la Sentencia, de 6 de Febrero de 1991 que anuló una sanción impuesta por un Colegio Profesional por considerar que únicamente constituye infracción el incumplimiento de órdenes que se ajusten a derecho. En concreto, el Tribunal Supremo consideró en dicha ocasión que "es consustancial a toda infracción de desobediencia, sea cual sea la entidad de la misma, delito, falta o simplemente infracción administrativa, el que el mandato desafiado sea total y absolutamente legítimo, al no estar nadie obligado al cumplimiento de orden alguna que no se ajuste a la legalidad, tanto por la competencia del ordenante como por el contenido de ella." Y continúa señalando que "sin que, por otra parte, con carácter general y en especial respecto del caso que nos ocupa, sea preciso para no incurrir en desobediencia una previa impugnación de la orden o mandato desobedecido, pues ésta a todas luces no puede hacer indirectamente, con ocasión de la impugnación del acto por el que la supuesta desobediencia haya sido sancionada, máxime cuando aquélla o aquél tengan un carácter general". Desde el punto de vista argumental, resulta insatisfactoria pues la equiparación que lleva a cabo con el Derecho Penal resulta incorrecta ya que según hemos visto el Código Penal no excluye, en determinados casos, el deber de obediencia a los mandatos antijurídicos.

En esta misma línea, aunque de una forma implícita, parece encontrarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1994, Ar. 1320, en la que analizó la sanción impuesta a un militar como consecuencia del incumplimiento de la orden de retirada de un bicicleta de un portal de viviendas dentro de un recinto militar. El recurrente, entre otros motivos, alegó la legitimidad de la orden por referirse a la vida privada del recurrente y de su familia; y por su parte el Tribunal Supremo desestimó estos motivos, por entender que tal orden trataba de imponer un criterio de conveniencia en bien del servicio y en un elemento común del acuartelamiento. El Tribunal concluye que la resistencia opuesta por el recurrente a cumplir una determinada orden constituyó una falta grave de insubordinación.

RODRIGUEZ, a pesar de las diferencias entre ambos órdenes jurídicos¹¹⁴, la solución entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal “es virtualmente idéntica. No rige aquí el principio de la validez absoluta de la orden como condición de su exigibilidad, sino sólo ...el de cumplimiento de sus condiciones externas de legalidad lo cual, en último extremo, puede mensurarse con las reglas del art. 47 LPA definitorias de la nulidad de pleno derecho”¹¹⁵. De esta manera, si el criterio fuese el contenido de la infracción administrativa relativa al incumplimiento de una orden, únicamente cabría acudir a esta eventual causa de justificación, en caso de que la orden fuese lícita, y por el contrario si se sigue el criterio general de la exigibilidad del cumplimiento de toda orden administrativa, cabría alegar también tal causa en el caso de que la orden que se hubiese cumplido fue antijurídica (orden de circulación por un cuerpo de policía sin competencia en la materia, orden de ejecución de obras de seguridad que no cumple con los requisitos legales de concreción de las mismas) salvo las que estuviesen viciadas por una nulidad de pleno derecho.

En mi opinión, el criterio aplicable debería ser este último ya que no me parece razonable que la Administración pueda sancionar aquellas acciones que el administrado lleve a cabo en ejecución de una orden antijurídica impuesta por la propia

114. “No es lo mismo, evidentemente, el problema en Derecho Administrativo porque allí se trata de definir responsabilidades penales, lo que no es nuestro caso, pero la solución es virtualmente idéntica”. Curso de Derecho Administrativo..., op. cit., Vol. II, pág. 115.

115. Curso..., Vol. II, op. cit., pág. 115. Estos autores integran el límite del deber de obediencia dentro del planteamiento general del Derecho Administrativo: La Ley establece una presunción de validez de los actos que reúnan las condiciones externas mínimas de legitimidad los cuales “tendrán pleno valor y producirán todos sus efectos, como si realmente fueran válidos y ajustados a Derecho”. Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, Civitas, Cuarta Edición, pág. 536-. La Administración tiene el privilegio de ejecutar estos actos de oficio, y por tanto con independencia de su conformidad o disconformidad a Derecho son obligatorios para los particulares. Por el contrario los actos que carecen de las condiciones externas mínimas de legitimidad son nulos de pleno derecho, “y por ello insusceptible de producir efecto alguno”. Curso..., Vol. I, pág. 537-. No obstante, estos mismos autores señalan que el marco jurídico adquiere una mayor complejidad en el Derecho Administrativo como consecuencia del privilegio de la ejecución forzosa que permite a la Administración imponer el cumplimiento de la orden mediante el uso de la coacción. Señalan, en concreto, estos autores que “en el terreno de la realidad hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es un problema de hecho y que la Administración puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea susceptible por sí de producir alguna clase de efectos. Dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (pueden tenerse por tales la multa de tráfico impuesta por un simple particular o la orden de un agente público de ir a la Luna en automóvil), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces”. Curso de Derecho Administrativo, Vol. I., op. cit., pág. 537.

Administración, salvo el caso de que la antijuridicidad de la orden acordada tuviese un carácter radical. Entiendo, por ello, que de seguir este criterio, las posibilidades que tiene el destinatario de una orden de esta naturaleza, son dos: o bien recurrir la orden con el objeto de anularla -por ser antijurídica-, o bien aquietarse y ejecutarla, en cuyo caso entiendo que los eventuales efectos antijurídicos de su acción no podrán ser objeto de sanción¹¹⁶.

Pero, esta conclusión relativa a la no sancionabilidad de estas acciones, nada dice sobre su calificación desde un punto de vista teórico, ya que estos efectos se alcanzan tanto en el caso de que constituya una causa de exculpación, como en el caso de que se considere una causa de justificación de la antijuridicidad. La diferencia se encuentran en los efectos derivados que tendría una u otra calificación en relación con el resto de las medidas que cabe imponer como consecuencia de una acción antijurídica (medidas de control de la legalidad, restauración del orden físico..etc), por cuanto únicamente en el caso de que se considere que constituye una causa de justificación de la antijuridicidad (pues convierete lo ilícito en lícito) cabe excluir estas medidas adicionales.

Dentro de la doctrina esta cuestión se ha planteado en escasas ocasiones y cuando ha surgido se ha entendido que no puede constituir una causa de justificación. En concreto, M. REBOLLO se ha planteado el deber de obediencia como una eventual causa de justificación en relación a la materia de sanidad, y niega la posibilidad de que exista en dicho ámbito una causa de justificación en los casos en que la orden sea antijurídica. Así, ha señalado textualmente que “el Reglamento o acto que imponga un deber que conduce inevitablemente a dañar o poner en peligro la salud de los consumidores es nulo y no puede legitimar ninguna acción que produce el

116. En los casos de cumplimiento de actos declarativos que constituyen títulos ejecutivos, sería el caso de una orden municipal de realización de obras en zona de dominio público, si tal orden estuviera viciada por un motivo de anulabilidad al, por ejemplo, carecer de la concreción que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige. Se trataría de una orden que resulta contraria a Derecho pero que no vulnera el ordenamiento de una forma manifiesta ni constituye un motivo de nulidad de pleno derecho, por lo que resultaría posible considerar lícita la actuación del destinatario del particular, en caso de que tal acción constituyera una infracción por ejemplo en materia de aguas.

Así, dentro de las acciones directas de las autoridades administrativas, y en relación con el ejemplo descrito anteriormente sobre el agente de tráfico que desvía la circulación, cabe imaginar que la orden para desviar la circulación la haya dado un agente del Cuerpo de Policía Nacional que carece de competencias a estos efectos. En mi opinión cabría entender que la infracción consistente en circular por una calle en dirección prohibida, no era antijurídica por cuanto la orden habría sido recibida bajo una efectiva apariencia de legalidad.

resultado antijurídico"¹¹⁷. Por tanto, para M. REBOLLO el cumplimiento de un mandato antijurídico no puede convertir la acción del administrado en lícita. Para este autor, el incumplimiento de una orden o mandato únicamente es obligatorio en cuanto sea lícito o legítimo, sin perjuicio de que el desconocimiento o error sobre las consecuencias de la orden pueda llegar a exculpar al administrado¹¹⁸.

En mi opinión, la cuestión sobre la concurrencia o no de una causa de justificación en relación con los mandatos antijurídicos no reside en el resultado infractor de la acción del particular realizada en cumplimiento de la orden administrativa, pues evidentemente se parte en toda causa de justificación de que dicho resultado típico existe. En mi opinión, la solución debe buscarse en función de la calificación que mejor se adecue a los objetivos que se deseen conseguir y en concreto a los efectos que se quiera atribuir a estas circunstancias, pues en el caso de que se considere una causa de justificación su conversión en acción lícita excluiría tanto la sanción como cualquier otra medida de seguridad o de responsabilidad por daños y perjuicios, y por el contrario si constituyese una causa de exculpación únicamente excluiría la sanción.

Pues bien, entiendo que la calificación como causa de justificación de la antijuridicidad se ajusta mejor a los efectos que cabe atribuir a estas situaciones, ya que entiendo que el destinatario que comete otra infracción como consecuencia del cumplimiento de una orden antijurídica (que no constituya una nulidad de pleno derecho), pueda tener algún tipo de responsabilidad por la nueva infracción cometida, ya que no resulta aceptable que la Administración que ha obligado a realizar una determinada acción (ejecución de obras de seguridad en zona de policía) pueda, como consecuencia de ello, exigir algún tipo de responsabilidad (demolición, daños y perjuicios...etc.) por los efectos que se hayan podido derivar de la ejecución de su propia orden. En este sentido, creo que incluso de un examen más detenido del planteamiento de M. REBOLLO sugiere una conclusión más cercana al Derecho Penal del que expresamente asume. Efectivamente, M. REBOLLO indica que el deber de acatar un mandato no puede legitimar la acción de un par-

117. Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, MAP, Colección Estudios, Madrid, 1989, pág. 584.

118. Sitúa por tanto el problema, no en la licitud o ilicitud de la acción sino en su posible culpabilidad. El comportamiento será antijurídico en todo caso sin perjuicio de la efectiva existencia del elemento culpable que no concurrirá si "se creyó erróneamente estar actuando de forma lícita o incluso que no obrar así habría sido ilícito". Potestad sancionadora..., op. cit., pág. 584.

ticular que emplea aditivos venenosos que pudieran producir la muerte de los usuarios¹¹⁹. En mi opinión, los supuestos que cita configuran ejemplos de manifiesta vulneración del ordenamiento, y estos supuestos, como hemos visto, no estarían recogidos, en ningún caso, en la causa de justificación que se propone, pues los mandatos antijurídicos únicamente no pueden tener carácter obligatorio cuando se trate de órdenes en un vicio de nulidad de pleno derecho -que incluso podría ampliarse a las órdenes manifiestamente antijurídicas.

6.4. Ejercicio de un derecho.

Por último, cabe plantearse como causa de justificación de la antijuridicidad dentro del Derecho Sancionador, la comisión de una infracción en ejercicio de un derecho¹²⁰. La cuestión ha sido tratada en escasas ocasiones por la doctrina administrativa y en tales casos, en un sentido negativo. Así, M. REBOLLO ha negado su existencia dentro del sector concreto que analiza, por entender que dentro del Derecho Administrativo no cabe otro ejercicio de un derecho que el permitido por la propia norma que lo regula¹²¹.

No obstante, creo que dentro de una perspectiva general, el examen de la posi-

119. En concreto, señala este autor lo siguiente: "¿Cómo podrá afirmarse que no es antijurídica la acción de utilizar un aditivo venenoso por el hecho de que la Administración lo haya permitido o impuesto? Y si llega a producirse la muerte ¿no es antijurídica la acción que le causó por ampararse en una decisión administrativa? A este resultado absurdo se llega por un planteamiento equivocado según el cual es posible una acción lícita que se produzca necesariamente el resultado prohibido de perturbar la salud". La potestad sancionadora..., op. cit., pág. 584.

120. El art. 20.7 del Código Penal vigente -de redacción similar al derogado 8.11 del Código Penal- exime de responsabilidad al que "obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". J. M. RODRIGUEZ DEVESA distingue el ejercicio legítimo de un derecho, frente al cumplimiento de un deber: A diferencia del cumplimiento de un deber donde el sujeto carece de opción para actuar de otro modo, en el ejercicio de un derecho hay una facultad del titular a la que puede renunciar o de la que puede o hacer uso". Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 512.

121. M. REBOLLO PUIG, en relación con la materia de sanidad, ha señalado que "en los casos que nos ocupan no podrá aceptarse nunca que ejercite legítimamente un derecho quien con ello perturba la salud pública". No obstante parece exceptuar del carácter antijurídico aquellos actos permitidos por la Administración que producen riesgos para la salud de los consumidores, "pero que estén admitidos". Potestad sancionadora, alimentación..., op. cit., pág. 582. Cita en esta línea, el art. 3.1 LGDCU en virtud del cual "los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios no implicarán riesgos para su salud...salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización". "Existen, pues, señala J.M. REBOLLO PUIG, riesgos admitidos y su producción, aunque realiza el tipo del art. 34.2, no es antijurídica", pág. 583.

ble existencia de esta causa de justificación debe distinguir dos situaciones, en función de que la acción se sitúe dentro de un solo sector del ordenamiento jurídico, o de que afecte a una diversidad de sectores del ordenamiento, pues sólo en este último caso, cabe asumir su posible concurrencia.

a) En efecto, desde el punto de vista de un sector concreto del ordenamiento -aguas, urbanismo, tráfico, etc.-, no parece que pueda admitirse la concurrencia de un derecho más allá de lo que permita la legislación del sector del ordenamiento correspondiente. Y ello tanto en caso de que la actividad se lleve o no a cabo al amparo de una autorización administrativa. De hecho, las legislaciones administrativas regulan el ámbito de actuación de los ciudadanos de manera que el ejercicio de un derecho sólo cabe en la medida en que sea lícito. Por ello el examen de una situación u hecho desde la perspectiva de un sólo sector del ordenamiento, lleva necesariamente a la exclusión de la licitud de una actividad que no se ajuste a la norma que lo regula. Y ello aún en el caso de que cuente con la oportuna autorización o licencia, pues nuestro Derecho no permite entender que la actuación del particular se convierta en lícita por la concurrencia de una autorización o licencia que ampare un determinado ejercicio de un derecho contrario al Ordenamiento Jurídico¹²².

b) Pero, por el contrario, cuando las situaciones afectan la regulación de varios a sectores del ordenamiento jurídico, esta causa de justificación puede adquirir mayor relevancia. El alcance de esta consideración puede detectarse en la propia jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, de una forma indirecta, pone de manifiesto que en algunos casos, el juicio de antijuridicidad no se agota en la tipificación de las conductas sancionables, aunque lo cierto es que también en relación con esta materia la doctrina del Tribunal Supremo resulta más intuitiva que clarificadora desde un punto de vista teórico. Una somera descripción de la jurisprudencia mencionada aclarará lo que se intenta poner de manifiesto.

122. La concesión de la licencia configura únicamente un obstáculo provisional para la exigencia de responsabilidad administrativa al infractor, pero no convierte lo antijurídico en lícito ya que destruida la presunción de legalidad mediante la impugnación o revisión del acto administrativo queda expedita la vía sancionadora. La concesión de una autorización o licencia no configura, pues, una causa de justificación de la antijuridicidad. Distinto es que el infractor haya actuado con error o desconocimiento ante la propia autorización administrativa, pero en este caso se trataría de una causa de exclusión de la culpabilidad. La actuación sería ilícita pero no culpable. En este caso, una vez anulada la licencia, cabría imponer algunas medidas de indudable exigencia como las relativas a la reposición del orden físico vulnerado, pero por el contrario el error del administrado impediría la sanción por los hechos realizados.

El Tribunal Supremo en diversas Sentencias (entre otras las SSTS de 22 de febrero de 1993, Ar 844; de 14 de marzo de 1994, Ar. 1755; de 12 de marzo de 1994, Ar. 1750 y de 22 de marzo de 1994), anuló las sanciones impuestas por el Gobernador Civil y ratificadas por la Dirección General de Tráfico por estacionamiento en lugar prohibido. En concreto, analizó las sanciones impuestas por un Gobierno Civil por las infracciones consistentes en “dejar el vehículo estacionado durante varias horas en la vía pública con fines ajenos a los derivados de la normal circulación obstaculizando gravemente el tráfico”. Se trataba de una conducta cuya tipificación en el Código de Circulación era evidente. El problema que se planteaba era que dichos hechos habían tenido lugar “como consecuencia de que en aquella fecha se desarrollaron en gran parte del territorio nacional... múltiples manifestaciones o concentraciones de agricultores que en reivindicación de sus intereses profesionales y convocados por diversos Sindicatos colocaron como medida de protesta sus vehículos agrícolas en las carreteras”. Como consecuencia de ello el Tribunal Supremo entiende, en todos los casos, que se habían sancionado unos hechos que eran expresión del derecho de manifestación y que por lo tanto, la sanción no se ajustaba al Ordenamiento Jurídico.

Desde el punto de vista argumental, el Tribunal Supremo alude a dos aspectos. Por una parte considera que de acuerdo con los principios inspiradores del Derecho Penal, el Derecho Administrativo Sancionador “es de interpretación restrictiva por lo que se distorsiona cuando no existe una directa relación entre el hecho cometido y la norma sancionadora que al mismo se aplica” entendiéndose que en dicho supuesto “no se había producido esa directa relación”. Y posteriormente señala que “la Administración ha utilizado la potestad sancionadora de que le inviste el Código de la Circulación para fines ajenos a lo que dicho texto protege imponiendo las multas recurridas a unos hechos que constituían expresión del derecho de manifestación”. Desde un punto de vista argumental, pues, fundamenta la anulación de la sanción en los hechos determinantes de la sanción y en la desviación de poder al aplicar la norma con fines distintos para los previstos. Son, por tanto, argumentos clásicos dentro del Derecho Administrativo.

Pero esta misma cuestión puede examinarse dentro de la estructura penal y en concreto podría haberse planteado como una posible aplicación del ejercicio de un derecho. Efectivamente, el Tribunal Supremo anula la sanción por entender que la infracción del estacionamiento había sido causada por el ejercicio de un derecho fundamental de manifestación. Es decir, lo que desde el punto de vista de la circulación estaba implícitamente planteando, es que existía una colisión de dos bienes

(el de protección del tráfico y el derecho de manifestación) debiéndose optar por el derecho de manifestación. Desde el punto de vista de las normas de la circulación se trataba de una acción típica pero no podía considerarse antijurídica al haberse realizado en el ejercicio de un derecho legítimo. Resulta evidente que desde la óptica penal supone la existencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad en virtud de la cual una conducta que configura una infracción (estacionamiento indebido) deviene lícita por la existencia de un bien jurídico cuya tutela debe prevalecer (el ejercicio de un derecho legítimo)¹²³. Pero, de los argumentos desarrollados por el Tribunal Supremo, resulta claro que el Derecho Penal vuelve a aparecer como una referencia desdibujada: el Tribunal Supremo alude a los principios penales pero la argumentación que el Tribunal Supremo desarrolla tienen un carácter estrictamente administrativo: la utilización de las potestades administrativas para fines diferentes en atención a los cuales el Ordenamiento Jurídico ha atribuido a la Administración tales potestades.

En todo caso, me interesa resaltar que la realidad administrativa permite encontrar eventuales supuestos de aplicación de esta causa de justificación, si bien el Tribunal Supremo prefiere inscribir los concretos problemas del Derecho Sancionador dentro de los principios generales del Derecho Administrativo¹²⁴. La conclusión, pues, resulta la misma con independencia del camino elegido. No obstante, tal como vengo proponiendo en este trabajo, la opción entre una línea argumental

123. Cuestión distinta es si el hecho de que el derecho de manifestación se ejerciera sin autorización gubernativa podría vaciar de contenido esta posibilidad en la medida que se trataba de un ejercicio ilegítimo de tal derecho.

124. Parece claro que la ausencia de una tradición de una mayor elaboración de las figuras del Derecho Sancionador hace que acuda a los principios generales del Derecho administrativo. Si se examina la jurisprudencia de la Sala de lo Penal se detecta un fenómeno similar: ante la existencia de un supuesto nuevo la Sala de lo Penal acude a las figuras propias del Derecho Penal. Así, la STS de 21 de Diciembre de 1988 (Ar. 9716), examina un delito de contrabando de tabaco en el que los inculpados alegaban la aplicación directa del art. 9 del Tratado de la Comunidad Económica Europea que establece el principio de la libre circulación de las mercancías dentro de la Comunidad Económica Europea y del art. 37 del citado Tratado que reconoce la libertad de comercio e industria así como la supresión de los monopolios. El Tribunal Supremo rechaza la alegación por entender que no pueden "ser invocados en forma directa como derechos subjetivos con capacidad para operar como causas de justificación". (STS comentada por A. CUERDA RIEZU y M. A. RUIZ COLÓME en LA LEY T 1989-2 pág. 349). El Tribunal Supremo pues ante un supuesto en el que el Derecho nacional interno contemplaba como delito pero que el Derecho Comunitario reconocía como un derecho subjetivo plantea la cuestión desde una eventual aplicación propia de las figuras del Derecho Penal. Ante supuestos nuevos que se mueven dentro de categorías similares, la Sala de lo Contencioso, examina la cuestión desde la desviación de poder, y la Sala de lo Penal desde las causas de justificación.

u otra, entre el empleo de unas técnicas penales u otras de carácter administrativo, debe sopesarse en función de que tales técnicas aporten una mayor dosis de claridad o coherencia, y en mi opinión, al margen del caso concreto examinado por el Tribunal Supremo en las Sentencias comentadas, la explicación de estos casos a través de la existencia de causa de justificación permitiría explicar mejor en qué supuestos de anulación de la sanción subsisten o no otros efectos o medidas administrativas derivadas de la vulneración del ordenamiento jurídico.

7. La predeterminación normativa de las sanciones y sus consecuencias jurídicas.

7.1. Introducción. Marco constitucional.

El principio de predeterminación normativa en relación con las por ello sanciones administrativas, constituye un ámbito del Derecho Sancionador caracterizado, todavía hoy día, por un alto grado de indeterminación. Por una parte, a diferencia de las infracciones, la doctrina no ha tratado de una forma específica los posibles efectos del principio de determinación normativa respecto de las sanciones. Por otra parte, y quizás por esa misma razón, nuestro Derecho Positivo, como luego tendremos la ocasión de comprobar, ofrece sobre esta cuestión un panorama más bien pobre dado que se encuentra regulado de una forma muy general e incompleta. Por ello, el material fundamental sobre esta cuestión se encuentra en la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo; el primero se ha pronunciado fundamentalmente en relación con el grado de concreción que la Constitución exige de la norma sancionadora en la definición de la sanción y el Tribunal Supremo en relación con las reglas de graduación utilizables en cada supuesto para la individualización de la misma. Aunque el Tribunal Constitucional ha tenido un papel relevante en esta materia -ya que ha establecido dentro de la función que constitucionalmente le corresponde unos criterios mínimos concretos-, ha sido el Tribunal Supremo el que ha intervenido decididamente sobre la aplicación de las sanciones a través del ejercicio de una función judicial plena, bajo un prisma claramente restrictivo de la aplicación de las mismas. Examinó a continuación las pautas constitucionales que se pueden considerar asentadas en la doctrina del Tribunal Constitucional y seguidamente expondré los medios de que se sirve el Tribunal Supremo para suplir la ausencia de un régimen jurídico en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva constitucional, pueden resumirse las consecuencias que el Tribunal Constitucional ha inferido de la manifestación material o sustantiva del art. 25.1. CE en relación con las sanciones, en la exigencia de que la norma posibilite el conocimiento por parte de los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos, para lo cual la norma debe atribuir a las infracciones las sanciones imponibles¹²⁵. Esta doctrina general puede concretarse en dos aspectos:

a) Por una parte, el Alto Tribunal ha indicado que para que pueda entenderse que la norma posibilita el conocimiento por parte de los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos, la norma sancionadora debe establecer una conexión entre las infracciones y las sanciones. No basta, por tanto, que la norma enumere las sanciones imponibles y los órganos administrativos competentes. La norma debe conectar las conductas calificadas como infracciones con las sanciones imponibles a fin de que quien realice una conducta calificada como infracción, pueda conocer cuál va a ser el alcance de su responsabilidad administrativa¹²⁶.

125. Las declaraciones a este respecto han sido múltiples. Como botón de muestra, el FJ 8 de la STC 120/1996, de 8 de Julio resume su propia doctrina al señalar que "El principio de legalidad no somete al ordenamiento sancionador administrativo sólo a una reserva de ley, sino que conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa (SSTC 42/1985, 219/1989, 93/1992)" -STC 116/1993, fundamento jurídico 3º-.

126. La Sentencia 207/1990, de 13 de Diciembre examinó el contenido del art. 57 ET con motivo de una sanción en materia laboral y en concreto examinó, por lo que ahora interesa, la adecuación de dicho precepto a la exigencia de la Constitución de predeterminación de las sanciones. En concreto, señala el Tribunal Constitucional lo siguiente: "En otros términos, aquella expresión no satisface las exigencias de "lex certa" que el propio Abogado del Estado identifica como integrante del derecho fundamental garantizado por la citada norma constitucional. -STC 29/1989, de 6 de febrero FJ 3-. Se trata de una Sentencia que examina aspectos que guardan relación, tanto con la Reserva de Ley, como con el elemento de tipicidad, ya que por una parte analiza el contenido de una Ley, pero también examina la aplicación directa de dicha Ley al supuesto, ya que el Estatuto de los Trabajadores carecía de desarrollo reglamentario en los extremos que habían sido aplicados. Como se recordará por lo expuesto en el Capítulo relativo a la Reserva de Ley, dicha Sentencia examinó una sanción impuesta por el Vicesecretario de Trabajo del Gobierno al Banco Guipuzcoano de 200.000 pts. con base en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores, por atribuirle una supuesta infracción del art. 41 de dicho Estatuto, como consecuencia de unas decisiones de la entidad recurrente sobre el calendario laboral del personal de sus sucursales de Vizcaya. El art. 57.2 del Estatuto de los Trabajadores señalaba los criterios de graduación de la sanción (gravedad, malicia, falsedad del empresario, número de trabajadores afectados, cifra de negocios de la empresa y reincidencia). Por su parte el párrafo 3 se limitaba a señalar los órganos competentes de la Administración para imponer las sanciones en función de las diferentes cuantías. En concreto, el Tribunal Constitucional considera que: "no resultando de norma alguna la distinción entre infracciones muy graves y otras, ni la división de cada una de estas ignotas categorías en distintos grados, es evidente que este modo de graduación

No obstante, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición menos exigente en relación con las sanciones impuestas dentro de las denominadas relaciones de sujeción especial, de tal manera que no ha exigido una correlativa clasificación de las sanciones. Puso de manifiesto este diferente criterio con motivo del recurso de amparo interpuesto por un Arquitecto contra la sanción impuesta (suspensión en el ejercicio profesional por el tiempo de un año menos un día) por la comisión de la infracción de los deberes de veracidad, de responsabilidad profesional y de respeto a la calificación urbanística de los terrenos) –STC 219/89, de 21 de diciembre–.

Se trataba de un caso en que la infracción no estaba tipificada expresamente como tal, sino que se derivaba del conjunto de deberes establecidos en las Normas Deontológicas aprobadas por la Junta de Colegio, que además no se encontraban publicadas en ningún diario oficial. En relación con las sanciones, los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos –aprobado por Decreto de 13 de junio de 1931– no habían recogido ninguna fórmula de clasificación de las sanciones correlación entre las infracciones previstas y las sanciones correspon-

“ad hoc” de la sanción correspondiente a cada concreta infracción no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados.” Previamente el Tribunal Constitucional había puesto de manifiesto el amplio margen de apreciación que había ejercido la autoridad administrativa en el caso concreto: “En el caso de autos, la autoridad administrativa ha entendido manifiestamente que la graduación de la sanción ha de considerarse como una decisión singular, esto es, como una graduación “ad hoc” que, en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción, cuya discrecionalidad ni siquiera requiere que se explicité el peso concreto concedido a cada uno de los criterios que la ley ofrece, sino sólo una genérica referencia a su “adecuada aplicación...en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado y a los debidos criterios de proporcionalidad”, una referencia en virtud de la cual se define como infracción muy grave, de grado medio la que la inspección, en virtud de razones que no aparecen en las actuaciones, había calificado como infracción muy grave de grado máximo” –STC 207/1990, de 13 de Diciembre, FJ 3–. El Tribunal Supremo, por su parte, ha aplicado en sus mismos términos esta jurisprudencia tal como se pone de manifiesto en la Sentencia de 6 de Abril de 1995 (Ar. 4304), en relación con la impugnación de una sanción impuesta a la entidad titular de la cafetería del aeropuerto de Barajas-Madrid al amparo del Decreto 231/1965, de 14 de enero que aprueba el llamado “Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas”, en conexión con la Orden del entonces Ministerio de Información y Turismo de 17 de marzo de 1965. Desde el punto de vista material del principio de legalidad (el formal de la reserva de Ley había sido zanjado por la STC 177/1992 de 2 de Noviembre, denegando el amparo solicitado dado el carácter preconstitucional de la norma), la Sentencia entiende que infringe el art. 25.1 C.Ede acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “en tanto en cuanto la garantía de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones a cada una de ellas...no tienen el suficiente grado de precisión para que pueda hablarse de “lex certa”, ni hay tampoco criterios de graduación de sanciones, que vienen remitidas tan sólo a la competencia de cada una de las autoridades sancionadoras...”.

dientes. Se trataban de circunstancias que como el propio Tribunal Constitucional reconoce, en el caso de haber constituido una relación de supremacía general, le habrían llevado a considerar insuficiente el grado de previsibilidad, pero dado que se trataba de “un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación”¹²⁷, considera que el supuesto se ajustaba a la Constitución. En concreto, entendió que en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, la ausencia de la clasificación de las sanciones no puede considerarse como una situación de “absoluta inseguridad jurídica” ya que existen criterios razonables que “permiten la graduación entre infracciones y conductas sancionables en términos posibles”. De esta manera, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que las conductas por las que ha sido sancionado el recurrente (infidelidad al proyecto aprobado, falta de veracidad en sus actuaciones...) “no permiten dudar de la gravedad de la misma y, por tanto, de la adecuada aplicación de una de las correcciones disciplinarias previstas en el apartado 6 del art. 39 del Estatuto reservada por éste a las faltas graves”¹²⁸.

No obstante, creo que el tipo de relación (de sujeción especial o supremacía general) no constituye un argumento claro y sólido que justifique la inaplicación de determinadas garantías de índole material. Y ello por cuanto ni la delimitación del concepto de sujeción especial (y en concreto la propia inclusión de los colegiados entre este tipo de relaciones) resulta clara, ni su construcción como fundamento de la pérdida de determinadas garantías constitucionales resulta sólida. Máxime cuando la conexión normativa entre infracciones y sanciones resulta un objetivo que no exige un esfuerzo desproporcionado de la norma¹²⁹.

127. El Tribunal Constitucional entendió que la falta y la sanción resultaban para el colegiado previsibles y que “carece de relieve la circunstancia de que las Normas Deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las Normas Deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados” -FJ 5-

128. STC 219/89, de 21 de Diciembre, -FJ 6-

129. En efecto, las relaciones de sujeción especial se encuentran en un momento de replanteamiento ante el empleo extensivo y poco riguroso de este tipo de relaciones. Por una parte la propia delimitación de lo que puede o no entenderse por relación de sujeción especial se encuentra en período de reelaboración –las dudas alcanzan a los propios Colegios Profesionales-; pero además toda quiebra de garantías materiales motivada en la distinción entre relaciones de supremacía general y especial ha perdido gran parte de su fundamento. Con carácter general han analizado esta cuestión a partir de los planteamientos constitucionales M. LOPEZ

Por ello, creo importante resaltar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia comentada parece llegar a esta conclusión más que por un verdadero convencimiento de la quiebra del planteamiento general, por motivos de técnica procesal constitucional o incluso de oportunidad constitucional. Así parece reconocerlo cuando, por una parte, alude a la naturaleza del recurso de amparo que impide un examen abstracto de la norma, lo cual exige concretar el examen en la constitucionalidad del acto concreto recurrido. Y, por otra parte, el Tribunal Constitucional rechaza que el total desapoderamiento de la potestad sancionadora de los Colegios Profesionales, pueda constituir una consecuencia del art. 25.1 de la Constitución ¹³⁰. No obstante, a pesar de estas limitaciones, el Tribunal Constitucional insiste en varias ocasiones sobre la necesidad de que estas normas se adecuen de una forma más clara a la Constitución¹³¹.

BENITEZ "Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción", Civitas, 1994 (en concreto muestra su criterio negativo a la integración dentro de las relaciones de sujeción especial, la relación de los Colegios Profesionales -pág 259- donde entiende que falta la integración efectiva en la organización administrativa y la contribución necesaria a los fines de ésta) y R. GARCIA MACHO, "Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española" Tecnos, 1992. En el presente estudio hemos visto los problemas que ofrece esta distinción en relación con el concepto de sanción y la reserva de Ley. Cabe añadir ahora que en relación con esta garantía de orden material que el propio Tribunal Constitucional ha calificado de alcance absoluto, resulta discutible una disminución o quiebra de los criterios que los empleados en supuestos de relación de supremacía general, máxime cuando, por una parte, la actual situación normativa resulta en muchos casos realmente enrevesada y por otra parte una mínima conexión entre infracciones y sanciones resulta un objetivo que no exige un esfuerzo desproporcionado por parte del legislador.

130. El Tribunal Constitucional finaliza la Sentencia señalando que "lo contrario supondría, y esto es en realidad lo que se sostiene en el recurso, que hasta tanto no se establezca de una mera expresa la correlación entre infracciones y conductas sancionables, quedarían impunes de responsabilidad administrativa disciplinaria las conductas ilícitas de los colegiados. Y a esta conclusión, que desapoderaría de una de sus funciones esenciales a los Colegios profesionales, no puede llevar el art. 25.1 de la Constitución. No obstante lo expuesto, hay que repetir también en este punto que en garantía de una mayor seguridad jurídica sería conveniente que por los organismos competentes se adaptara la normativa disciplinaria de los Colegios profesionales de Arquitectos de una manera más clara a las exigencias constitucionales de los arts. 9.3 y 25.1 de la Norma fundamental." (STC 219/89, de 21 de Diciembre -Fj 6-).

131. Así, en relación con la descripción de las infracciones termina señalando el Tribunal Constitucional que: "En consecuencia, y sin perjuicio de la conveniencia de que los órganos competentes refuercen el nivel de previsibilidad del ordenamiento disciplinario corporativo, mediante las refundiciones o modificaciones normativas a que haya lugar, es preciso concluir que la aplicación de las Normas Deontológicas en cuestión a efectos de calificar como infracción las conductas imputadas al hoy recurrente, en conexión con el art. 39 de los Estatutos para el régimen y gobierno de los colegios de Arquitectos, no ha vulnerado el art. 25.1 de la Constitución" -Fj 5-. En relación con las sanciones, señala asimismo que "es cierto que, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resultaría más adecuado a las exigencias constitucionales la tipificación de conductas y la determinación de las sanciones disciplinarias correspondientes a las mismas, en un mismo texto nor-

Dado, pues, el juicio general que la situación normativa colegial le merece, no resulta aventurado pensar que en el futuro y en el caso de que los Colegios Profesionales no ajusten sus normas a los preceptos constitucionales, el propio Tribunal Constitucional podría llegar a modificar sus conclusiones. De hecho, puede detectarse un mayor nivel de exigencia en un conjunto de Sentencias posteriores dictadas con motivo de los correspondientes recursos interpuestos por los colegiados farmacéuticos, contra las sanciones impuestas por el Colegio de Farmacéuticos, por no haber respetado las normas sobre turnos de vacaciones¹³². En todas ellas el Tribunal Constitucional anuló las sanciones impuestas por entender que los Colegios de Farmacéuticos carecen de competencias para regular el turno de vacaciones por lo que tampoco pueden ejercer la potestad sancionadora sobre esta cuestión. La argumentación del Tribunal Constitucional resulta en todas ellas forzada, fundamentalmente cuando en la última de ellas -STC 156/1996, de 14 de octubre-

mativo que contuviera una descripción más detallada de los tipos de ilícito sancionables. Pero dada la naturaleza del recurso de amparo que no tiene por objeto un enjuiciamiento abstracto de la constitucionalidad de las normas, sino si en su aplicación al caso concreto se han vulnerado o no los derechos fundamentales..." -FJ 6-

132. Aunque no puede hablarse de un cambio jurisprudencial en el Tribunal Constitucional sí que puede detectarse una intención implícita de reconducir esta situación a los límites más indispensables. Así las SSTC 93/1992, de 19 de Abril; 153/1996, de 30 de septiembre; 188/1996 de 25 de Septiembre; y 4/1997, de 13 de Enero anularon las correspondientes sanciones impuestas por los respectivos Colegios Profesionales de Farmacéuticos a titulares de establecimientos farmacéuticos que no habían respetado el turno de vacaciones. El Tribunal Constitucional, entre otros motivos, entiende que la regulación de los turnos de vacaciones no se encuentra dentro de las competencias específicas de los Colegios Profesionales sino que se trata de una medida particular de compensación económica entre los distintos farmacéuticos. En concreto señala el Tribunal Constitucional en la STC 93/1992, de 19 de abril que "los Colegios de Farmacéuticos ejercen, por delegación de su Consejo General, una competencia específica: la reglamentación de la apertura de las oficinas de farmacia para garantizar el servicio público mediante los correspondientes turnos de guardia (art. 3 h) del Reglamento de 16 de mayo de 1957). Turnos que, por definición y por congruencia con su finalidad de asegurar el abastecimiento de medicinas a la población, conllevan la fijación de unos calendarios y horarios mínimos de apertura, de obligada observancia para los titulares de las farmacias. Pero esta exigencia es distinta a la obligación de cerrar un mes durante el período estival, que ha sido impuesta por el Colegio por razones de compensación económica entre los distintos farmacéuticos" -FJ8-. Posteriormente el Tribunal Constitucional justifica la distinta conclusión respecto de su Sentencia 219/1989 en que el turno de vacaciones constituye una normativa diferente y sobreañadida a los deberes deontológicos del profesional farmacéutico, mientras que en la STC 219/1989 la infracción cometida por el Arquitecto sancionado "se encontraba descrita como ilícita en términos sobradamente previsibles para un profesional de la técnica y el arte arquitectónico, lo mismo que su sanción". Pero, además, recuerda que en aquel caso "este Tribunal se mostró de acuerdo con el Ministerio Fiscal en que los textos reguladores de la deontología profesional de los Arquitectos requerían una adecuación a los requisitos que dimanaban del principio de legalidad sancionadora; pero adoptando la perspectiva propia del recurso de amparo, que se ciñe a determinar si en el caso singular sometido a enjuiciamiento se han vulnerado los derechos fundamentales susceptibles de remedio en esta sede..." -FJ 9-

el Tribunal Constitucional tiene que justificar la inexistencia de tales competencias a pesar de la alusión del Colegio sancionador a la Orden Ministerial en la que expresamente atribuye a los Colegios de Farmacéuticos la competencia para regular el turno de vacaciones¹³³. En mi opinión, esta segunda jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece más bien un intento de cerrar el camino a la falta de claridad de la normativa colegial sobre esta materia, como consecuencia de las propias advertencias realizadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 219/89, lo cual en definitiva denota un cambio de su doctrina jurisprudencial. Pero el hecho de no reconocer explícitamente este cambio con fundamento en sus propias advertencias iniciales, le ha llevado a desarrollar una línea argumental que resulta evidentemente forzada, lo cual lejos de aclarar esta cuestión ha producido un efecto de inseguridad jurídica como lo demuestra la falta de acuerdo que existe en el seno del Tribunal Supremo sobre esta cuestión¹³⁴.

133. A pesar de la claridad de los términos del Tribunal Constitucional en relación con la inconstitucional de las sanciones impuestas en caso de incumplimiento de las normas colegiales sobre turno de vacaciones, fueron recurridos supuestos similares y los Colegios tuvieron la oportunidad de ampliar la argumentación con base en la existencia de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1980, que en su art. 7 dispone lo siguiente: "Los Colegios Profesionales de Farmacéuticos ordenarán, con carácter general y/o especial, los horarios de servicio público de las oficinas de farmacia, los turnos de guardia y servicios de urgencia y los de vacaciones. Tal ordenación se establecerá de conformidad con las necesidades asistenciales y sanitarias de la población, así como en función de las características urbanas y geográficas, en orden a obtener la mayor eficacia en la asistencia". El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 156/1996, de 14 de Octubre, rechaza dicha alegación y señala que "sin embargo, la lectura de esa norma no hace sino confirmar el criterio sostenido por este Tribunal en la Sentencia 93/1992, pues ninguna duda cabe de que la ordenación referida, expresamente destinada a garantizar la prestación del servicio público de farmacia, no guarda relación con la sanción impuesta, que pretende impedir que se alteren ciertos equilibrios económicos entre los profesionales afectados. Como se dijo en la STC 93/1992, fundamento jurídico 9º, los bienes jurídicos protegidos son distintos en uno y otro caso." - FJ 4-. La cuestión alegada, la despacha de forma que no resulta excesivamente convincente, pues del texto de la Orden Ministerial parece claro que atribuye la competencia que el Tribunal Constitucional niega.

134. De alguna manera la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reflejado la falta de claridad que ha rodeado esta cuestión, ya que, por una parte, insistió en su actitud favorable a las sanciones impuestas por este motivo hasta la Sentencia de 4 de Diciembre de 1995 (Ar. 9679), dictada por el Pleno de la Sala Tercera que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de sanciones por incumplimiento de los turnos de vacaciones. Pero incluso en esta Sentencia existe un voto particular que de una forma clara y coherente señala la decisiva influencia que en el parecer del Magistrado que suscribe el Voto particular -Excmo. Sr. Baena del Alcázar- tiene la Orden Ministerial de 17 de enero de 1980. Argumenta el Voto particular que dicha Orden Ministerial vino a concretar algunos aspectos de las competencias establecidas en la Ley sobre Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de Febrero -art. 5 i) y k)- ésta última con el objeto de "procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos". A la vista del conjunto de preceptos aplicables señala lo siguiente: "No es ajeno por tanto al ámbito de los intereses colectivos o de los intereses públicos procurar el mantenimiento del equilibrio económico entre los colegiados, pues lo contrario supondría dar facilidades para la competencia desleal", por lo que "entiendo que el establecimiento de la

b) Como segundo límite, el Tribunal Constitucional ha señalado que debe concretarse la dimensión y alcance de la sanción. Así lo ha indicado con motivo del examen de un precepto que establecía una sanción económica sin acotar el límite máximo de su cuantía (Sentencia 29/89 de 6 de febrero)¹³⁵. En concreto, el precepto examinado (art. 13.1 del Decreto 3.632/74 de 20 de diciembre), establecía para las infracciones muy graves, multas de 2.500.000 pts. "en adelante". Es decir, fijaba el límite cuantitativo mínimo, pero no precisaba el límite máximo, es decir, permitía un abanico indeterminado de posibilidades sancionadoras. El Tribunal Constitucional, con relación a la cláusula "en adelante" señaló que debía entenderse derogada por la Constitución "ya que introdujo un elemento de indeterminación de la sanción administrativa imponible que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 de la Constitución". En dicha Sentencia el Tribunal Constitucional se refiere exclusivamente a la necesidad de establecer un límite máximo de las sanciones de carácter económico, pero parece lógico entender que dicho criterio resulta aplicable a toda sanción con independencia de su naturaleza. En la actualidad el caso más claro de falta de límites mínimo y máximo es la sanción consistente en el cierre provisional de una empresa, cuya adecuación a este criterio resultaría en mi opinión muy conveniente ya que se trata de la previsión de una sanción con importantes efectos económicos que en su actual regulación puede dar lugar a aplicaciones muy dispares.

En fin, desde un punto de vista constitucional, la norma debe definir las sanciones de forma tal que se encuentren delimitadas tanto en su límite máximo como en

última concreción del tipo de la infracción en ejercicio de la potestad disciplinaria fue conforme a Derecho por deber referirse dicha potestad a los casos concretos en los cuales la conducta supone una competencia desleal". Aunque el razonamiento del Voto particular resulta mas complejo y extenso, las alusiones recogidas me parecen suficientemente expresivas de lo razonables que resultan. Desde luego, en mi opinión, bastante más completas y razonables que el razonamiento con que despacha esta cuestión la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1996, de 14 de Abril. En mi opinión, la actitud del Tribunal Constitucional sobre estas sanciones debe entenderse más allá de la solución a este problema concreto, es decir como una consecuencia del juicio negativo que le había merecido ya la situación de la normativa de los Colegios Profesionales, enrevesada y poco clara. La Sentencia 219/89, advirtió sobre la necesidad de que la normativa sobre esta materia se ajustara más adecuadamente a la constitución, y puso el límite máximo de lo que parece dispuesto a aceptar como sanciones razonablemente previsibles. Puede que estos pronunciamientos ya supongan una consecuencia de dicha advertencia.

135. La STC 29/1989, de 6 de Febrero examinó la sanción impuesta de 50.000.000 pts impuesta por el Consejo de Ministros a Chocolates Elgorriaga, Sociedad Anónima, por desviaciones analíticas respecto de los límites permitidos en ácidos y estelares en la muestra de chocolate analizada.

el mínimo, y además deben referirse a algún tipo o categoría de infracciones a través de las correspondientes clasificaciones. Hoy día, la mayoría de la legislación sancionadora responde a estos criterios jurisprudenciales ya que, normalmente, los diferentes sectores del ordenamiento definen un sistema de clasificación de las infracciones y sanciones en función de su gravedad, y establecen los límites mínimos y máximos para cada una de ellas, al menos en las sanciones económicas¹³⁶. En todo caso, la Ley 30/92 de 26 de noviembre -LRJAP y PAC- otorgó un alcance general al criterio de definición de las sanciones mediante la clasificación de las infracciones y sanciones¹³⁷.

Seguramente desde un punto de vista constitucional no se puede llegar a establecer unos criterios distintos de los expuestos ni con un contenido más concreto. Pero evidentemente se trata de unas pautas que permiten un amplio campo de discrecionalidad al legislador, y, en su desarrollo, al reglamento, pues pueden establecer sanciones, como de hecho establecen, de una amplia extensión entre el límite mínimo y máximo, lo cual dota a la decisión del órgano sancionador de una gran dosis de discrecionalidad. En mi opinión, esta amplia discrecionalidad no se encuentra justificada en ningún motivo objetivo, por lo que parece lógico exigir del legislador un mayor nivel de concreción sobre esta materia, cuando, además, existen algunas medidas muy razonables para reducir desde la norma este margen de discrecionalidad a unos límites más estrechos. Pero dado que se trata de una cuestión que afecta al ámbito de la aplicación de las sanciones, analizo esta cuestión con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

7.2. La falta de un régimen jurídico completo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Hoy día, parece claro que el régimen jurídico de las sanciones no acaba en la

136. Así, entre otros, los arts. 315 y sgtes. del Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolla los Títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/85 de 2 de Agosto, -aprobada por R.D. 849/86, de 11 de Abril -; los Capítulos V y sgtes. del Reglamento Sancionador de los Transportes Mecánicos por Carretera, -aprobado por R.D. 1408/86, de 26 de Mayo-; los arts. 175 y 183 del Reglamento General para el desarrollo de la Ley de Costas, -aprobada por R.D. 1471/89, de 1 de Diciembre-; y los arts. 6 a 19 del R.D. 1945/1983, de 22 de Junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria.

137. Señala el art. 129 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre que las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley, en leves, graves y muy graves."

determinación de la sanción abstracta, es decir, en la definición del límite mínimo y máximo que corresponde a cada infracción, sino que alcanza también a las reglas que se deben aplicar para la adecuación de la sanción abstracta a las circunstancias de cada caso. Este segundo aspecto del régimen jurídico de la sanción, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico en unos términos muy imprecisos, ya que la Ley 30/1992 de 26 de noviembre -LRJAP y PAC- se limitó a establecer como criterio de graduación de las sanciones el principio de proporcionalidad, de tal manera que la individualización de cada sanción debía tener en cuenta la existencia o inexistencia de intencionalidad, o de reincidencia, así como la naturaleza de los perjuicios causados¹³⁸. Por su parte, la legislación sectorial dentro de esta misma línea, recoge habitualmente criterios de graduación en términos amplios e imprecisos¹³⁹.

Evidentemente, estos criterios normativos no constituyen un régimen jurídico completo sobre la definición de las sanciones ya que, por una parte el sistema de clasificación permite al órgano sancionador una discrecionalidad que a veces resulta excesiva; y por otra parte, los criterios de graduación que las diferentes legislaciones prevén tienen un evidente carácter indeterminado tanto por el contenido genérico de la mayor parte de las circunstancias atenuantes y agravantes que regulan, como por la indefinición de las consecuencias concretas que conllevan la eventual concurrencia de unas u otras. Pero además existen aspectos propios de un régimen general de las sanciones que el Derecho Sancionador no se ha planteado,

138. El párrafo tercero del art. 131 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre -LRJAP y PAC-, señala que “en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- La existencia de intencionalidad o reiteración.
- La naturaleza de los perjuicios causados.
- La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

139. Una típica cláusula sobre criterios de graduación venía recogida en el art. 13 de la derogada Ley de Residuos Tóxicos y Peligrosos: “Se considerará, como circunstancias que agravan la responsabilidad: el grado de incidencia en la salud humana, recursos naturales y medio ambiente, la reiteración, la intencionalidad y el riesgo objetivo grave del agua, aire, suelo, subsuelo, fauna o flora”. El Reglamento en lugar de concretar estos criterios los reproduce, en los mismos términos, en su art. 49. Se trata de un planteamiento muy diferente del penal, pues el Código Penal define las circunstancias accidentales que modifican la responsabilidad en unos términos mucho más concretos -art. 21 y sgtes.-.

tales como la regulación de reglas especiales para los casos de concurso de infracciones¹⁴⁰ y su distinción de los efectos del principio "non bis in idem".

Seguramente, la falta de un régimen normativo más completo, y la consecuente existencia de un amplio margen de discrecionalidad administrativa, así como la importancia económica que en muchas ocasiones tienen las sanciones impuestas, puede explicar la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que existe sobre el "quantum" de la sanción. Jurisprudencia, que constituye un claro ejemplo del ejercicio que viene realizando el Tribunal Supremo de fiscalización de la actividad administrativa mediante la aplicación de diversos principios generales del Derecho. Así, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo que analizan recursos que se cuestionan el "quantum" de la sanción impuesta, es frecuente encontrar alusiones a la suficiente o insuficiente motivación por parte del órgano sancionador¹⁴¹, a la posible desviación de poder o adecuada utilización de la potestad san-

140. Según señala J.M. RODRIGUEZ DEVESA "Hay concurso real cuando el sujeto ha realizado varias acciones cada una de las cuales por separado es constitutiva de un delito: hay tantas acciones como delitos. El concurso ideal consiste en la comisión de varios delitos mediante un solo acto: hay una sola acción y varios delitos" Derecho penal Español. op. cit., pág 848. El supuesto de concurso de infracciones puede darse sin duda en el Derecho Sancionador. Así a título de ejemplo el caso del funcionario de correos que es sancionado por los hechos consistentes en realizar de forma deficiente su trabajo de entrega de certificados, en el que concurren incluso denuncias de algunos ciudadanos, que el órgano instructor califica como tres faltas graves: "la grave perturbación del servicio", el atentado grave a la dignidad de la Administración" y "la grave falta de consideración con los administrados" -apartados n), ñ) y o) del art. 7 del Reglamento Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado -aprobado por R.D. 33/1986, de 10 de Enero-. Dichas faltas se encuentran sancionadas de acuerdo con el art. 16 del Reglamento citado con la suspensión de funciones por un tiempo máximo de 3 años. En el caso citado a pesar de concurrir además la circunstancia agravante de reincidencia, la sanción impuesta se limitó a la suspensión de funciones por un mes, que de acuerdo con la calificación dada no pudo ser más benigna con el funcionario expedientado. De los hechos relatados cabe extraer dos ideas: por una parte que al margen de cuál fuese la sanción final, parece claro que constituye un aspecto en el que concurre una gran inseguridad jurídica pues no existe ninguna regla de aplicación de estas sanciones. Por otra parte que a pesar de las graves consecuencias jurídicas que en un plano teórico debería haber tenido los hechos relatados (tres infracciones graves sancionadas con suspensión de hasta tres años), el órgano sancionador se pronunció de una forma muy favorable para el expedientado. Este hecho pone de manifiesto una disfunción entre las previsiones normativas en materia sancionadora que se vienen caracterizando por un sistema sancionador duro, mediante la previsión de sanciones que afectan de forma importante al patrimonio o a situaciones subjetivas de los ciudadanos, y una realidad caracterizada por una aplicación benigna con los hechos expedientados. Esta falta de implantación en la conciencia social del sistema normativo sancionador pone de manifiesto una de las grandes diferencias con el sistema penal donde existe una mayor armonía entre las previsiones del legislador y su aplicación real.

141. Son ejemplo de ello, las SSTs de 19 de Junio de 1993 (Ar. 4876), de 12 de Julio de 1996, (Ar. 5974), o la de 15 de Abril de 1997 (Ar. 3083). Aunque la exigencia de que los acuerdos sean motivados constituye una prescripción normativa -art. 56 LRJAP y PAC-, lo cierto es que la aplicación de esta prescripción permite diferentes niveles de exigencia. Así, la Sentencia de 19 de Junio de 1993 constituye un ejemplo de un mayor nivel

cionadora¹⁴² y sobre todo al principio de proporcionalidad, y en los que, además, es frecuente encontrar un fallo estimativo del recurso lo que conlleva la modificación por parte del órgano judicial de la cuantía de la sanción. No obstante, entre los principios señalados, el principio de proporcionalidad se ha ido asentando paulatinamente -fundamentalmente en la última década- como el instrumento judicial más importante de control del amplio ámbito de discrecionalidad en que se mueve la Administración en esta materia¹⁴³. Aunque tampoco hoy día puede afirmarse

de exigencia que la Sentencia de 12 de Julio de 1996. En ambos supuestos el órgano sancionador elevó la cuantía de la sanción propuesta, sin motivar el cambio sobre la propuesta (en ambos dentro de la misma gravedad y calificación de los hechos), pero en el primer caso el Tribunal supremo anula la sanción como consecuencia de la falta de motivación del acuerdo y en el segundo el Tribunal Supremo considera que se puede deducir del contenido del expediente. En la Sentencia de 15 de Abril de 1997 en un caso similar de aumento de la sanción por parte del órgano sancionador, el Tribunal Supremo no lo analiza desde esta perspectiva sino de forma genérica desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado un criterio estricto sobre el contenido de las resoluciones sancionadoras en la Sentencia 151/1997, de 30 de Octubre. La citada Sentencia conoció del recurso de amparo interpuesto por un Capitán de Artillería contra la sanción impuesta por el Ministerio de Defensa de separación del servicio por la comisión de la infracción de falta contra la dignidad militar por haber cometido adulterio con un Teniente de Infantería y de robo de 55.000 pesetas del hogar del Soldado del Regimiento. La Orden Ministerial recurrida se limitó a considerar que la conducta del recurrente consistente en el consentimiento del adulterio de su mujer era, sin más "deshonrosa". Por su parte la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo "se limita a decir que los actos contrarios a la dignidad y al honor fueron objeto de tipificación también entre las faltas militares tanto desde un punto de vista individual, como cuando afectaban al buen régimen de los Ejércitos o al prestigio de la institución militar (art. 443 del C.J.M.)". -FJ 6-. El Tribunal Constitucional lleva a cabo un examen desde la perspectiva de los arts. 25 y 18 de la Constitución, y recoge una extensa reflexión del contenido de ambos preceptos constitucionales. Por lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional resume sus consideraciones sobre el contenido del art. 25 en los siguientes términos "de ahí que quepa apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión. En otros términos: al igual que hemos dicho al examinar el principio de taxatividad, la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el art. 25.1 CEy convierte el problema de motivación reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva" -FJ4-.

142. Aunque no conllevan un Fallo estimatorio, constituyen ejemplos de este supuesto, las SSTS de 19 de Julio de 1996 (Ar. 6397), que examinó una sanción económica y pago sustitutorio del decomiso acordado por incumplimiento de las normas al Estatuto de Vino (Ley 25/1970 y Reglamento aprobado por Decreto 835/1972); de 17 de Mayo de 1996 (Ar. 4596), que examinó una sanción en materia de funcionarios por desconsideración con los superiores y falta de obediencia; o la Sentencia de 2 de Febrero de 1996 (Ar. 1090) que examinó una sanción impuesta a un vendedor de pan, por haber vendido en día festivo.

143. Puede afirmarse que el desarrollo de esta línea jurisprudencial se ha producido fundamentalmente en la última década. Así, a finales de los años 80 la tendencia jurisprudencial mayoritaria expresaba un mayor respeto por el contenido de la sanción impugnada, donde era habitual encontrar consideraciones del siguiente tenor: "Admitida en principio la legalidad de un acto sancionador en cuanto se asienta en una infracción definida previamente y en cuanto que respeta los topes de la sanción, la revisión correctora del mismo debería

que dicha jurisprudencia resulte unánime¹⁴⁴, lo cierto es que la posición del Tribunal Supremo tiende a reducir la discrecionalidad de la Administración a sus límites más estrictos para lo cual lleva a cabo un juicio completo de los motivos y circunstancias que han fundamentado la sanción impuesta y su adecuación al principio de proporcionalidad¹⁴⁵. Incluso, en algunas ocasiones el Tribunal Supremo acude, ante la ausencia de criterios normativos propios del Derecho Sancionador,

sin duda asentarse en razonamientos basados en datos claros y ciertos que pusieron de manifiesto los criterios de proporcionalidad a que alude y que se suponen infringidos en las resoluciones recurridas. Cuando tales datos no constan en los autos ni puede entreverse la vía de traerlos a ellos, la reducción de la multa impuesta por el órgano que ejerce en principio legítimamente la potestad sancionadora –al igual que el eventual aumento en caso contrario– constituye un puro acto de voluntad impropio de la actividad jurisdiccional” STS de 22 de Abril de 1988 (Ar. 3398). En parecido sentido se pronunciaba la Sentencia de 19 de Octubre de 1988 (Ar. 7858), al considerar conforme a Derecho la sanción recurrida “porque la estimación de un recurso, total o parcial, requiere la comprobación de que el acto administrativo revisado incurre en una clara infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder –art. 83.2 Ley Jurisdiccional (RCL 1956\1890 u NDL 18435)-; 2º porque en materia sancionadora, en principio, la Administración cuenta, como poder implícito, el de usar de una cierta discrecionalidad, en la gradación de la sanción, para acomodarla al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción, lo que ha venido siendo reconocido por una reiterada jurisprudencia”.

144. Es ejemplo de la línea jurisprudencia más respetuosa con el margen de discrecionalidad administrativa la Sentencia de 12 de Abril de 1996 (Ar. 3589), en el que con motivo de una sanción laboral en virtud del art. 74 de la Ley 8/1988, señala tras examinar pormenorizadamente las circunstancias que motivaron la sanción impuesta y en concreto la circunstancia agravante concurrente, lo siguiente: “Circunstancia agravatoria, que con independencia de la concurrencia o no de otras, faculta a la Autoridad Laboral, sin que resulte por tanto fuera de contexto o injustificado, para calificar la infracción en su grado máximo; de ahí que siéndole factible recorrer la cuantía de la multa en su extensión de doscientas cincuenta y una mil a quinientas mil pesetas, es jurídicamente correcta la imposición de una multa en esta última cuantía, por entrar dentro de un criterio discrecional que le es propio a la Administración, sin que sea posible sustituir tal criterio, jurídicamente correcto por otro igual de discrecional e incluso igual de correcto jurídicamente, de la propia Sala”. No obstante aunque su declaración final parece respetar la libertad que tiene la Administración para aplicar la sanción en toda la extensión lo cierto es que, previamente del examen pormenorizado de las circunstancias, puede afirmarse que la Sala considera adecuadamente aplicada la sanción máxima a la vista de tales circunstancias. Por tanto, más que al libertad parecería lógico que hubiera señalado que en ese caso había hecho adecuado ejercicio de su margen de discrecionalidad. En el fondo en esta cuestión como en otras muchos aspectos del Derecho Sancionador, la falta de uniformidad jurisprudencial resulta más teórica que real, pues las declaraciones en un plano teórico sobre la existencia en abstracto de un principio determinado surgen a partir de su efectiva existencia en el caso que examina.

145. Resume la doctrina jurisprudencial dominante la siguiente consideración que realiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1996 (Ar. 3641): “Toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integrador es del ordena-

al Código Penal (al igual que con anterioridad a la Ley 30/1992 había hecho con la prescripción de las faltas) y en concreto al artículo 61 del anterior Código Penal - hoy art. 65-¹⁴⁶, en el que se regulan las reglas de graduación de la pena en función de la existencia o inexistencia de atenuantes o agravantes. No obstante, a pesar de la copiosa jurisprudencia que existe al respecto no resulta sencillo extraer una doctrina generalizable que permita señalar unas pautas jurisprudenciales sobre los criterios de graduación de la sanción. Por una parte, los contenidos de los tipos de las infracciones definidos en cada sector del ordenamiento son muy variados, por lo que los argumentos que en cada caso se plantean, y en última instancia, esgrime el Tribunal Supremo, no resultan fácilmente extrapolables a otro supuesto distinto del examinado. Por otra parte, los propios criterios de graduación que usualmente establecen las normas -mayor o menor culpabilidad (a título de dolo o culpa), o mayor o menor antijuridicidad (peligro para la colectividad o daños al interés público o importancia económica)- tienen un carácter muy genérico lo que dificulta la deducción de unas reglas concretas y generalizables¹⁴⁷. En ocasiones, a ello hay que añadir que los motivos que llevan al Tribunal Supremo a modificar la sanción impugnada no siempre aparecen claramente justificados, lo cual además del peligro de incurrir en el defecto cometido por el acto administrativo impugnado, intensifica los problemas para establecer una doctrina sobre la aplicación de las atenuantes y agravantes en el Derecho Sancionador.

Lógicamente, la labor de integración normativa del Tribunal Supremo no se limita únicamente a la definición de los criterios de aplicación de las circunstancias

miento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción". En idénticos términos las SSTs de 1 de Febrero de 1995 (Ar. 1085), y la Sentencia de 24 de Septiembre de 1996 (Ar. 6458), entre otras.

146. Constituyen ejemplo de esta postura jurisprudencial las SSTs de 5 de mayo de 1993 (Ar. 3707), de 8 de Mayo de 1995 (Ar. 3611), de 26 de Julio de 1966 (Ar. 6401).

147. La Sentencia de 30 de Septiembre de 1995 (Ar. 6769) examina una sanción de quinientas mil pesetas impuesta por el Ministerio del Interior contra el titular de un establecimiento dedicado a la compraventa de joyas, por haber procedido a la fundición de joyas sin haber obtenido el correspondiente visado de las dependencias policiales y sin haber transcurrido el plazo correspondiente. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia recurrida -de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona- que había disminuido la cuantía a doscientas mil pesetas, por entender más adecuada a la sanción prevista en el ordenamiento jurídico -entre cien mil a un millón de pesetas- por cuanto no existían antecedentes del sancionado y la infracción carecía de efectos perjudiciales concretos. La ausencia de circunstancias agravantes -en este caso la reincidencia- e incluso la existencia de una circunstancia atenuante -su carácter de infracción meramente formal al carecer de efectos perjudiciales concretos para el interés público -, le lleva a rebajar la sanción, pero no hasta el límite mínimo -cien mil pesetas- sino hasta doscientas cincuenta mil pesetas. Ante esta extraña conclusión cabe preguntarse porqué la

atenuantes y agravantes de las sanciones sino que llega a alcanzar a otros aspectos, ya que el régimen jurídico de la individualización de la sanción no se limita a los criterios de aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes. La complejidad de esta materia, así como las dificultades para dar una solución completa a estas cuestiones a través de criterios jurisprudenciales se pone de manifiesto en el supuesto poco usual que examinó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de septiembre de 1996 (Ar. 6458). En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo examinó la sanción que la Administración había impuesto inicialmente al Director de una entidad bancaria por incumplimiento de las normas de seguridad con una multa de 50.000 pts., pero que posteriormente como consecuencia del recurso administrativo interpuesto, la propia Administración dejó sin efecto la sanción impuesta al Director de la misma, y sancionó a la propia entidad bancaria, pero, esta vez, por un mayor importe -250.000 pts.-¹⁴⁸. El Tribunal Supremo entendió que la sanción impuesta no se ajustaba a Derecho por cuanto, según señala, no le es dado a la Administración graduar la sanción en función de "las condiciones subjetivas o personales del infractor" (ser persona jurídica, atendiendo a su capacidad económica, volumen de negocio, etc...), entendiendo que se trataba de una sanción arbitraria por haber conllevado un trato desigual injustificado¹⁴⁹. En mi opinión, nada

existencia de un atenuante y la inexistencia de agravante alguna, lleva a la disminución hasta 250.000 pts y no hasta el límite mínimo. Se trata de criterios de ponderación que no constan en el razonamiento de la Sentencia y resultan difíciles de detectar.

148. En concreto, la Sentencia de 24 de Septiembre de 1996 (Ar. 6458), resume los hechos de la siguiente manera: "según consta en los autos dimanantes del presente recurso de apelación, la Delegación del Gobierno en Castilla-La Mancha impuso en fecha 30 de marzo de 1989 al Director de la Sucursal del Banco Bilbao-Vizcaya sita en la calle General Martí, 14 de Toledo, la sanción de multa por importe de 50.000 ptas., como consecuencia de la infracción del art. 16 "...infracción que, por lo demás ha quedado acreditada en las actuaciones y así lo ha declarado atinadamente la sentencia apelada. Interpuesto recurso de alzada por el sancionado ante el Ministro del Interior, se resuelve por éste con fecha 29 de Agosto de 1989 anulando la anterior resolución sancionadora y ordenando reponer las actuaciones del expediente sancionador al momento procedimental consecutivo al de la formulación de la denuncia, entendiendo que se ha producido un defecto de forma esencial al haberse dirigido el expediente sancionador contra el Director de la sucursal bancaria cuando la responsabilidad derivada de la infracción cometida debió exigirse a la Entidad bancaria misma. A resultas de ello, se reinicia el expediente sancionador esta vez dirigido contra la entidad bancaria Banco Bilbao-Vizcaya, que se resuelve por la Delegación del gobierno en Castilla-La Mancha con fecha 14 de noviembre de 1989 imponiendo a la citada entidad bancaria la sanción de multa por importe de 250.000 pts confirmada posteriormente en alzada".

149. Señala, en concreto, el Tribunal supremo que "De ahí que al enmendar después la Administración el error procesal en que incurrió careciera de toda justificación para agravar la sanción originariamente impuesta, pues la normativa aplicable en este caso -Real Decreto 1338/1984- no autoriza a graduar las sanciones en

hay que objetar a la Sentencia, pues ante la ausencia de un criterio normativo al respecto, no resulta adecuado que el órgano administrativo tenga en cuenta tales circunstancias. No obstante, creo que este supuesto también pone de manifiesto la necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico profundice sobre estos aspectos, pues creo que la diferente capacidad económica podría constituir un criterio de ponderación de la sanción, plenamente razonable como así sucede en el Código Penal¹⁵⁰.

En definitiva, parece claro que el Tribunal Supremo viene realizando una labor muy importante de reducción de la discrecionalidad en materia sancionadora, mediante la aplicación de principios generales del Derecho y técnicas generales sobre control de la discrecionalidad administrativa¹⁵¹ dentro de una perspectiva restrictiva de la potestad sancionadora. Pero por muy positiva que sea esta labor, entiendo que el régimen jurídico de las sanciones es susceptible de una mayor concreción normativa, pues gran parte de las cuestiones que se plantean constitu-

función de las condiciones subjetivas o personales del infractor (ser persona jurídica, atendiendo a su capacidad económica, volumen de negocio, etc.), pudiéndose así hablar de una desigualdad en la aplicación de la ley por la Administración al introducir un elemento o factor de diferenciación –la condición de persona jurídica del infractor– carente de fundamento por su imprevisibilidad normativa”.

150. Señala el art. 52 del Código Penal que “en estos casos, en la aplicación de las multas, los jueces y tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable”.

151. Desde una perspectiva general, la atención doctrina sobre esta cuestión ha sido y es contante. Por su importancia cabe citar la labor doctrinal de E. GARCIA DE ENTERRIA a este respecto que inició en su trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo. Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, núm. 38, *Revista de Administración Pública* págs 183 y sgtes. y que en últimos años con motivo de la reforma de la Ley jurisdiccional la ha reforzado como se pone de manifiesto en trabajos como *La democracia y el lugar de la Ley*, REDA. núm. 92 (1996), pág 609 y sgtes. y *Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional*. Nota última, R.ED.A. núm. 93. Asimismo dentro de esta línea general cabe citar los trabajos de T.R FERNANDEZ RODRIGUEZ *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, REDA. núm. 76, (1992), pag. 511 y sgtes.; *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, REDA núm. 80 (1993), pág 577 y sgtes. y *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?* REDA. núm. 83 (1994), pág 381. La jurisprudencia del Tribunal Supremo avanza de forma paulatina pero incesante en esta vía reductora, alcanzando a aspectos técnicos que tradicionalmente habían sido núcleos exentos del control judicial. Ver en este sentido el trabajo de J. M^o PEÑARRUBIA IZA *La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica*, RAP núm. 136, 1995, pág 327. En materia de planeamiento urbanístico el control judicial ha avanzado en los últimos años de forma muy importante y rigurosa de la mano del que fuera Magistrado del Alto Tribunal J. DELGADO BARRIO.

yen el cuerpo lógico de un régimen jurídico cuya definición, -y de ello existe algún ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico-, corresponde al Derecho Positivo¹⁵².

Todos ellos constituyen aspectos complejos que, evidentemente, exigen una mayor atención doctrinal y un tiempo para su paulatino asentamiento¹⁵³. Pero algunos aspectos del régimen jurídico, podrían ser objeto en estos momentos de una regulación legal, bien por cuanto su contenido y alcance resultan conocidos, o, bien porque los aspectos que debe decidir el legislador no entrañan una excesiva complejidad. Entre estos aspectos, cabe citar la subdivisión de las tres clases de sanciones -muy graves, graves y leves...etc- en tres grados, mínimo, medio y máximo¹⁵⁴, dado que ello reduciría de forma evidente la excesiva amplitud de hoy día. En segundo lugar, resultaría conveniente definir las circunstancias atenuantes y agravantes de una forma más clara y concreta, y, al menos, distinguir entre las que tienen uno u otro carácter, ya que con frecuencia aparecen de forma indiferenciada. Y en tercer lugar, creo que sería fundamental establecer desde la norma las reglas para la aplicación de las sanciones, en los casos de concurrencia de atenuantes o agravantes y en el caso de concurso de infracciones¹⁵⁵.

152. La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, constituye un claro ejemplo de que determinados esfuerzos resultan factibles. El art. 36 define un conjunto de circunstancias atenuantes y agravantes con un mayor grado de concreción de lo que es habitual en nuestro ordenamiento jurídico. Además, su art. 37 establece una subdivisión en tres grados dentro de cada grupo de sanciones económicas, lo cual conlleva un grado de definición mucho mayor de lo que asimismo es habitual encontrar en la regulación del Derecho Sancionador. Faltarían en mi opinión unos criterios sobre los efectos que la existencia de las atenuantes y agravantes conlleva en la individualización de la sanción.

153. Es evidente que, en el Derecho Sancionador, falta un estudio mínimo sobre el alcance de los criterios de graduación. Esta ausencia de claridad pone de manifiesto la propia equivocidad que se produce al tener el mismo contenido los criterios que debe seguir el órgano sancionador y los criterios que la Ley da al Reglamento para la clasificación de la sanción. El art. 35.2 de la Ley 10/1988, de 21 de abril, de Residuos recoge unos criterios para la aplicación de la sanción (peligrosidad, intencionalidad, beneficio) pero el artículo 39 de la Ley 4/1989, de Conservación de Espacios Naturales define en términos parecidos los criterios que debe seguir el Reglamento para la clasificación de las sanciones:

"1. Las citadas infracciones serán calificadas de leves, menos graves, graves y muy graves, atendiendo a su repercusión, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como a la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido".

154. El art. 79 del derogado Código Penal señalaba: "En las penas divisibles, el período legal de su duración se entiende distribuido en tres partes, que forman los tres grados: mínimo, medio y máximo, de la manera que expresa la anterior tabla demostrativa".

155. El art. 66 del Código Penal -Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre-, establece las reglas que los Tribunales deben observar en la aplicación de las penas que contengan tres grados "según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes".

8. Recapitulación

A) Planteamiento general.

Desde una perspectiva constitucional constituye un punto de partida incuestionable la propia existencia del principio de tipicidad como un elemento general común al Derecho Penal y al Derecho Sancionador. Pero a partir de este reconocimiento existen diferencias suficientes entre un orden y otro que permiten diseñar un tratamiento parcialmente diferente para el Derecho Sancionador.

Por una parte, hemos visto que el principio de legalidad adquiere manifestaciones específicas en el Derecho Sancionador, como consecuencia de su doble naturaleza, punitiva y administrativa. En efecto, desde un punto de vista sustantivo, el Derecho Sancionador constituye, además de una manifestación del "Ius Puniendi", una potestad administrativa y, en cuanto tal, se encuentra sujeta a los límites inherentes a toda potestad administrativa que se concretan en técnicas específicas dentro del Derecho Administrativo (control de los hechos determinantes, desviación de poder) que a su vez conectan con los principios generales del Derecho (congruencia, proporcionalidad, etc...). Por ello, las acciones u omisiones realizadas en contra del ordenamiento, para que sean sancionables, no solamente deben reunir los elementos descriptivos y normativos del tipo de la infracción, de acuerdo con una tradición jurídica claramente penal, sino que, además, debe sujetarse a los demás requisitos que definen en cada caso la potestad sancionadora, y en todo caso a los principios generales que configuran el marco de actuación de toda potestad administrativa.

Pero, por otra parte, la existencia de un doble orden jurídico que confluye sobre esta materia le dota de una complejidad que en ocasiones resulta en detrimento de la claridad jurídica por lo que aparece como urgente necesidad la diferenciación de los aspectos que se enmarcan dentro del régimen sustantivo propio de toda potestad administrativa de los aspectos que derivan de la extrapolación del Derecho Penal y fundamentalmente en el caso de las categorías del Derecho Penal, como hemos visto, persiste la necesidad de realizar todavía un esfuerzo en este campo.

B) Cláusulas omnicomprendivas.

De acuerdo con lo expuesto, puede afirmarse que el sistema descriptivo de las infracciones adquiere en el Derecho Sancionador unos rasgos propios. La función

del elemento de tipicidad -informativo y selectivo de la antijuridicidad- pierde gran parte de su contenido en el Derecho Sancionador dada la estructura normativa de las legislaciones administrativas, ya que por lo que respecta a la función informativa en la legislación administrativa la propia norma que define las infracciones regula el régimen sustantivo donde se encuentran las obligaciones y se prohibiciones cuya vulneración constituyen las correspondientes infracciones y por otra parte, desde el punto de vista de la función selectiva, el sistema sancionador tiende a tipificar todo incumplimiento de las obligaciones y deberes definidos en cada norma, por lo que el ámbito de indeterminación, además de escaso, puede ser reconducido a través de diferentes técnicas.

En mi opinión, lo que está en juego es una visión formal más o menos penalista del Derecho Sancionador y no tanto unas garantías materiales del principio de seguridad jurídica que, en definitiva, el elemento de tipicidad pretende materializar. La propia Jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite defender una tesis propia del Derecho Sancionador, en virtud de la cual las cláusulas omnicomprendivas en sí mismas no resultan incompatibles con la Constitución.

No obstante, considero que existen razones indirectas para excluir tales fórmulas para la descripción de las infracciones. Me he referido, en concreto, a los efectos que la necesaria predeterminación de las sanciones conlleva en el sistema descriptivo de las infracciones en virtud del cual la norma debe atribuir una sanción a cada infracción. Pues bien, esta exigencia resulta imposible de materializar si no existe una definición concreta de las infracciones por lo que tal objetivo es incompatible con los sistemas omnicomprendivos o abiertos.

La consecuencia que, en mi opinión, puede extraerse de esta tesis es que si la necesidad de describir acciones concretas deriva de la consecuencia del principio de predeterminación de las sanciones, de atribuir a cada acción una sanción, el límite para la utilización normativa de estas cláusulas se encuentra en la efectiva posibilidad de atribuir una sanción concreta a cada infracción. Y por ello, esta vía argumental de exclusión de las cláusulas omnicomprendivas permite adoptar una posición más respetuosa cuando aparecen como un tipo concreto de infracción de carácter residual, que normalmente el legislador recoge en las infracciones de carácter leve.

C) *Conceptos jurídicos indeterminados.*

La utilización de términos indeterminados aconseja adoptar una posición

prudente pero no, por ello, carente de criterios. Por una parte, creo que es defendible como criterio general la admisión de los conceptos indeterminados, pues hemos visto que no resulta fácil reconducir a términos de una mayor concreción infracciones tales como la falta de rendimiento o el respeto debido. Pero la admisión de estos términos, como punto de partida, es compatible con la necesidad de que la definición de las infracciones se encuentre sometida a un constante esfuerzo de concreción. De hecho, la situación resulta susceptible de mejora, tanto por el empleo poco afortunado de fórmulas parcialmente superpuestas, como por la posibilidad de concretar algunas infracciones, como, por ejemplo, la fórmula relativa al incumplimiento de los deberes de los funcionarios. Entiendo, por tanto, que en contra de lo que algún sector de la doctrina ha señalado, el Tribunal Constitucional -dentro de una indudable prudencia con la situación normativa en gran parte preconstitucional- ha establecido los únicos límites que pueden establecerse en esta materia: la obligación de realizar un esfuerzo continuado de precisión recogiendo únicamente los términos inevitables.

Parece por ello justo recordar aquí la matización citada anteriormente de M.COBO DEL ROSAL sobre el alcance de la exigencia de certeza en la descripción de los tipos para la materia penal: La certeza no puede ser exigida de una forma absoluta a riesgo de resultar incumplida de forma generalizada, pero ello no impide que, a su vez, la certeza y claridad configure una meta constante a alcanzar en la descripción de las acciones tipificadas, una referencia permanente en la elaboración de las normas que obligue a conseguir niveles más altos de seguridad jurídica. Creo que estas palabras compaginan una actitud de realismo sin perder de vista con ello una finalidad de claridad que resulta inagotable de su propia doctrina cabe extraer las bases para una futura actitud de mayor exigencia.

D) Tipicidad y antijuridicidad. Las causas de justificación de la antijuridicidad.

El Derecho Sancionador, hasta la fecha, no se ha planteado de una forma clara y sistemática, la posible concurrencia de causas de justificación de la antijuridicidad, es decir la existencia de comportamientos que estando tipificados como infracciones resulten ajustados a Derecho, por concurrir una causa de justificación de la antijuridicidad.

A pesar de ello, entiendo que no resulta en absoluto aventurado detectar hipotéticas situaciones que convertirían los comportamientos típicos en lícitos, es decir en conformes a Derecho. Ciertamente, no todas las causas de justificación recoge-

das en el orden penal tienen encaje en el orden administrativo, pero algunas de ellas como las relativas a la legítima defensa, estado de necesidad, obediencia debida o ejercicio de un derecho podrían ser objeto de extrapolación “mutatis mutandi” al mundo administrativo.

En un plano teórico he señalado algunos ejemplos que ponen de manifiesto la posible concurrencia de infracciones administrativas cometidas en legítima defensa (acción consistente en matar a una especie protegida, como consecuencia de una previa agresión del animal al hombre), como consecuencia de un estado de necesidad (exceso de velocidad por un vehículo que como consecuencia de un traslado al Hospital de un accidentado gravemente herido), en cumplimiento de una orden administrativa (orden de ejecución de obras por un Ayuntamiento en una zona de policía de otra Administración Pública) o en el ejercicio de un derecho (multas de tráfico por indebido aparcamiento realizado en el transcurso de una manifestación). Podrá indicarse que los supuestos son en unos casos de difícil concurrencia o que la Administración nunca ejercería su potestad sancionadora en otros casos, o en fin, que de hacerlo existen técnicas propias del Derecho Administrativo que permiten la anulación de la sanción. Todo ello es cierto, pero resulta innegable que en un plano teórico los supuestos existen y constituirían desde un punto de vista penal, una causa de justificación de la antijuridicidad, siempre que se considere que el bien jurídico a proteger en cada caso es superior al infringido (en caso de que se considerase dicho bien de igual valor, nos encontraríamos ante una causa de exculpación y no de justificación de la antijuridicidad).

Aunque aparentemente la consecuencia de utilizar una y otra técnica (penal o administrativa) resulta la misma (anulación de la sanción o de la Sentencia condenatoria), la aplicación de las causas de justificación pueden explicar de forma más coherente el comportamiento de la responsabilidad administrativa en algunos supuestos y en concreto la extinción de toda consecuencia o efecto que pudiera derivarse del ilícito (medidas de control de legalidad, decomiso, medidas accesorias..etc). Parece evidente que el Derecho Sancionador ha iniciado un camino formal que permite asumir aquellos aspectos de la estructura del delito, al menos, cuando concurra un doble requisito: por una parte, que dichos aspectos resulten compatibles con la peculiar estructura del ilícito administrativo; y, por otra parte, que tengan una eficacia real al enriquecer la explicación del funcionamiento de la infracción administrativa. Por ello, aunque es cierto que el Derecho Administrativo tiene técnicas propias que permiten anular las sanciones irrazonables (hechos determinantes, proporcionalidad, fines de la potestad sancionadora), no es

menos cierto que la estructura penal puede explicar más adecuadamente, en estos casos, el comportamiento de los efectos de la responsabilidad administrativa.

E) Tipicidad y sanciones administrativas.

Desde un punto de vista constitucional, el principio de tipicidad exige que la norma defina las sanciones de forma que se encuentren delimitadas tanto en su límite máximo como en el mínimo, así como que establezca algún tipo de categorías de infracciones (muy graves, graves, leves, etc...). Pero evidentemente se trata de unas pautas que permiten un amplio campo de discrecionalidad al legislador, del que lógicamente no cabe inferir un régimen jurídico específico y completo sobre la sanción.

De hecho, se trata de una materia que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico de una forma insuficiente, ya que la mayoría de la legislación sancionadora se limita a definir el sistema de clasificación de las infracciones y sanciones en función de su gravedad, a establecer unos límites mínimos y máximos para cada una de ellas, al menos en las sanciones económicas y unos criterios de graduación de la sanción en unos términos amplios e imprecisos. Evidentemente, este sistema no constituye un régimen jurídico completo sobre la definición de las sanciones.

La ausencia de un régimen normativo completo sobre las sanciones ha exigido un esfuerzo adicional del Tribunal Supremo que en los últimos años ha llevado a cabo un estricto control jurisdiccional del "quantum" de las sanciones administrativas a través de los diferentes principios generales del Derecho y en concreto a través del principio de proporcionalidad. Pero como he señalado, el régimen jurídico de las sanciones es susceptible de una mayor concreción normativa, pues gran parte de las cuestiones que se plantean deberían constituir parte de un régimen jurídico cuya definición corresponde al Derecho Positivo. Dicho régimen jurídico, al menos de entrada, podría definir con mayor concreción las propias sanciones y subdividir las tres clases de sanciones -muy graves, graves y leves, etc...- en tres grados, mínimo, medio y máximo. Por otro lado, además de definir las circunstancias atenuantes y agravantes de una forma clara y concreta, resultaría necesario establecer unas reglas concretas para la aplicación de la sanción, tanto en relación con las circunstancias atenuantes y agravantes como en los casos de concursos de infracciones administrativas.