

LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS Y PENALES DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO: LÍMITES ENTRE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y DELITO

Miguel BAJO FERNÁNDEZ
Silvina BACIGALUPO SAGGESE

I. INTRODUCCIÓN

HOY en día son el orden público y el orden económico aquellos sectores en los que con mayor relieve se produce la colisión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. La explicación estriba en que son sectores de especial intervencionismo estatal regulado bajo una normativa jurídico-administrativa necesitados de una protección severa de un Derecho sancionador. La colisión entre ambas disciplinas se produce desde el momento en que, contrariamente a lo que debería deducirse de la teoría de la división de poderes, las facultades sancionadoras se atribuyen por la normativa vigente a órganos administrativos o judiciales de manera arbitraria, a efectos de la represión de la infracción.

Ha sido tradicional el estudio de los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador (también llamado Derecho penal administrativo), límites cuya descripción reviste sesgos de extrema necesidad cuando se trata del Derecho penal económico.

Bastaría para ello observar que los delitos económicos en sentido estricto (delito fiscal, delitos contra la Seguridad social, fraude de subvenciones, delitos de contrabando, blanqueo de capitales) en su versión atenuada constituyen infracciones administrativas, de modo que entre el delito y la contravención administrativa existe, aparentemente, sólo un límite cuantitativo en orden a la gravedad de la infracción. Incluso aunque nos acercáramos al Derecho penal económico en sentido amplio, las fronteras con el Derecho administrativo sancionador siguen siendo muy próximas como ocurre con los delitos relativos a la defensa de la libre competencia, los delitos contra el mercado y los consumidores o los delitos contra los trabajadores.

En el Derecho penal económico, por otra parte, la cuestión cobra también especial importancia por el hecho de que la persecución del hecho delictivo está dependiendo, en un alto número de supuestos, de actuaciones administrativas previas. Lo que puede constatarse de manera muy evidente en el delito de blanqueo de capitales,

en el delito fiscal, en el delito de contrabando, entre otros, en los que el Juez está dependiendo de una policía especializada (p. ej., policía de aduanas) o de un funcionario especialmente dirigido a la persecución de la infracción (p. ej., Servicio del Banco de España para la Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), Agencia tributaria, policía aduanera, etc.).

Es un hecho incontrovertible que la Administración ha obtenido, de uno u otro modo, un poder sancionador importante lo que, a nuestro modo de ver, contradice la tradicional división de poderes en el espacio político. En puridad, esta potestad debería corresponder, dentro de las exigencias del principio de división de poderes, en exclusiva a los Tribunales de Justicia (1). De ahí que un sector autorizado de la doctrina, tanto penal como administrativa, haya cuestionado seriamente la legitimidad teórica de tal potestad (2). A su entender, todo poder sancionador debe quedar en manos de los jueces.

Sin embargo, a partir del reconocimiento de la potestad administrativa en la *Constitución Española de 1978* (arts. 9, 25 y 106 CE) (3), la discusión en torno a la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración adquiere otros tintes de nivel teórico, cobrando mayor importancia la tesis, hoy dominante, que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los Jueces y Tribunales (Derecho penal), forma parte de un «genérico» *ius puniendi* del Estado, que es único aunque luego tenga lugar de dos formas distintas (4).

El poder sancionador de la Administración se reconoce en el art. 25 de la Constitución Española al recoger el principio de legalidad administrativa cuando dispone en su párrafo primero que «nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento» (5). El principio de legalidad es desarrollado a su vez, en lo que corresponde a la Administración, por el art. 127 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

Confirma dicho poder sancionador el art. 9 CE cuando en su párrafo primero impone la obligación de todos los poderes del Estado a la observación de las garantías propias de un Estado de Derecho y ello incluye, por lo tanto, también a la

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, pp. 147 y ss. PARADA, «Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas», p. 20.

(2) BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pp. 106 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El problema jurídico de las sanciones administrativas», p. 399. PARADA, «Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas», p. 20. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, p. 74.

(3) Muy crítico respecto de este reconocimiento constitucional, PARADA, «Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas», p. 20, donde sostiene: «(...) ninguna otra Constitución española, desde 1812 hasta aquí, se había atrevido a reconocer y santificar el poder punitivo de la Administración como lo ha hecho el artículo 25 de la de 1978 (...) Este reconocimiento, insólito en el Derecho Constitucional comparado, ha originado que las sanciones administrativas (...) hayan salido del régimen de tolerancia constitucional (...) se trataba antes de un poder administrativo en precario, aceptado como una necesidad transitoria, pero que permitía mantener la esperanza de reconducirlo al Poder Judicial común. Ahora, la Constitución lo ha sacralizado y aquella ilusión se ha desvanecido».

(4) NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 74.

(5) A su vez, el párrafo tercero de dicho precepto excluye la posibilidad de que las sanciones administrativas puedan ser (directa o subsidiariamente) privativas de libertad, limitando así su alcance.

actividad administrativa (6). En efecto, el precepto señala que «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Por otro lado, el párrafo tercero de este mismo artículo generaliza a todo el Derecho sancionador los principios «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».

Por último, el artículo 106 CE atribuye al Poder Judicial el control de «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifiquen». En este sentido, se reconoce la garantía del control judicial del ejercicio sobre las facultades de la Administración (7).

Independientemente de la conveniencia o no de la existencia de esta potestad es, por lo tanto, habitual encontrar tal reconocimiento (8) tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (9). Por lo tanto, en la actualidad se parte de la existencia de la potestad sancionadora de la Administración y la discusión se centra en saber si ésta ofrece en su ejercicio las mismas garantías que se le ofrecen al justiciable en un proceso penal (10).

II. INJUSTO PENAL-INJUSTO ADMINISTRATIVO

La doctrina se ha preocupado insistentemente en hallar una diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Lo que es preciso analizar es si el legislador opera con alguna distinción entre ambos ilícitos, porque, si así fuera,

(6) BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, p. 17.

(7) BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, p. 18.

(8) El cuestionamiento de la potestad administrativa por algún sector de la doctrina administrativista –como ya se ha señalado– proviene fundamentalmente por considerarlo contrario al principio de división de poderes y al consiguiente monopolio represivo de los jueces. *Vid.* en relación con toda esta discusión: NIETO, «Problemas capitales del Derecho disciplinario», pp. 39 y ss. PARADA, «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», pp. 41 y ss.; el mismo, PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 497, en donde se recoge un profundo análisis histórico de la cuestión. Especialmente, sobre la regla *nulla poena sine iudicio* pp. 523 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El problema jurídico de las sanciones administrativas», pp. 399 y ss., quien planteó la necesidad de introducir un criterio limitador de la potestad sancionadora de la Administración respecto de las «sanciones administrativas de protección del orden general» y de la que se refiere a las «sanciones de autoprotección», es decir, «las sanciones disciplinarias (...), sanciones de policía demanial, sanciones rescisorias de actos administrativos favorables y sanciones tributarias». En este mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, pp. 107 y ss. Para un panorama sintético de esta discusión *vid.* BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, pp. 9 y ss.

(9) Ver con mayores referencias, SORIANO FERNÁNDEZ-MORALES, «Derecho Administrativo y Derecho Penal: principios comunes», p. 256. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 76. Referencias jurisprudenciales: STS 8 de octubre de 1988, STC de 3 de octubre de 1983. GALLARDO CASTILLO, M.^a J., Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica, Barcelona, 2007, *passim*.

(10) BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, p. 18. NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 78, 127. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 497. En este mismo sentido, las importantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976 (caso *Engel y otros*), de 21 de febrero de 1984 (caso *Oztürk*) y de 25 de agosto de 1987 (caso *Lutz, Englert y Nölkenbockhoff*).

quedaría legitimada la entrega a la Administración de un poder represivo dirigido a castigar aquellas conductas antijurídicas que constituyen ilícito administrativo.

El hallazgo de un criterio sustancial de distinción es preocupación constante desde Goldschmidt (11) a nuestros días, preferentemente en las literaturas alemana e italiana. Especial importancia tuvo en la doctrina administrativista las elaboraciones que realizaron al respecto, a partir de James Goldschmidt, tanto Erik Wolf como Eberhard Schmidt (12).

No vamos a hacer aquí una exposición detallada de todas las distintas posiciones (13) siendo suficiente, a los efectos que nosotros pretendemos, conocer especialmente la de Eberhard Schmidt, por dos razones. De un lado, porque ha trabajado motivado por la regulación positiva del Derecho penal económico alemán, y de otro, porque resume y continúa una antigua tradición (J. Goldschmidt, A. Schönke, E. Wolf). Su entendimiento puede concretarse en que la característica de la infracción administrativa ha de encontrarse en su indiferencia ética y en la consiguiente ausencia de eticidad en la sanción prevista. Parte, como Goldschmidt, de la oposición entre Jurisdicción y Administración, destacando que el delito y la pena criminal son tarea exclusiva de los órganos de justicia (*Sache der Justiz*). El delito lesiona intereses vitales jurídicamente protegidos, es decir, bienes jurídicos, mientras que la infracción administrativa lesiona los intereses de la Administración en la colaboración del ciudadano, es decir, bienes administrativos. El ciudadano tiene el deber de cooperar con la Administración, y si tal deber se lesiona, el Estado reacciona para prevenir futuras infracciones. La multa, como sanción administrativa, se diferencia de la pena criminal no sólo nominalmente (*Geldbuße* en contraposición a *Geldstrafe*), sino también en su esencia, ya que no puede entenderse como pena, sino como advertencia del deber (*Pflichtenmahnung*) que presenta unas características de aplicación distintas. Es decir, es un asunto administrativo, se presenta bajo el principio de oportunidad, no da lugar a antecedentes penales, cabe la posibilidad

(11) GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, pp. 529 y ss.; el mismo, «Begriff und Aufgabe des Verwaltungsstrafrechts», pp. 71 y ss. Goldschmidt creyó encontrar la diferencia ontológica entre el injusto administrativo y el penal en que el Derecho penal protege derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados (según los cánones clásicos de derechos individuales independientes del Estado), mientras que el Derecho administrativo debe operar frente a la desobediencia de los mandatos emitidos por la Administración, que no protegen bienes jurídicos ya existentes, sino que están al servicio de los deberes de orden público y del bienestar y que por ello no contienen un desvalor ético. Según esta concepción, se debe reprender una lesión contra la integridad corporal por medio de una pena, mientras que el hecho de aparcar un vehículo incorrectamente debe ser reprendido sólo con una sanción administrativa, dado que es el mismo Estado el que ha creado el objeto de la contravención, es decir, que no se trata de un interés espontáneamente surgido en la sociedad y, por tanto, tampoco de un bien jurídico.

(12) GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, *passim*. WOLF, E., «Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem», p. 516. SCHMIDT, Eb., «Probleme zum Wirtschaftsstrafrecht», p. 225; el mismo, «Ausscheidung des Verwaltungsunrecht aus dem Strafrecht», p. 333; el mismo, «Straftaten und Ordnungswidrigkeiten», p. 101, y en *Festschrift für ARNDT*, 1969, p. 415. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, p. 90.

(13) *Vid.* MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, pp. 105 y ss. CEREZO, «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», 161 y ss. KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, pp. 158 y ss. CASABÓ, *Comentarios a la Legislación penal*, II, pp. 78 y ss. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I, pp. 115 y ss.

de ser aplicada a personas jurídicas y no permite la prisión subsidiaria en caso de impago (14).

Las conclusiones a que conduce esta posición han sido contradichas. No es aceptable, en primer lugar, la oposición entre Justicia y Administración, y se dijo que no puede negarse que los preceptos administrativos sean preceptos jurídicos y tengan un contenido de justicia. De otro lado, la distinción entre bienes jurídicos y bienes administrativos no es suficientemente clara. Hay intereses administrativos que por el hecho de que su lesión alcance un determinado grado de intolerabilidad se convierten en bienes jurídicamente protegidos por el Derecho penal. Hoy ha sido abandonado el entendimiento del ciudadano colaborador (*Hilfsorgan*) de la Administración, porque más bien se entiende que es ésta la obligada con la comunidad (15). Esta diferencia no es posible sostenerla en la actualidad, pues no hay duda de que ambos injustos, tanto el administrativo como el penal, lesionan bienes jurídicos (16).

Por lo tanto, en la actualidad no se reconoce una diferencia ontológica por su contenido, sino únicamente por la naturaleza de la sanción propuesta para cada una de ellos (17).

La diferencia entre el delito y la infracción administrativa sólo puede encontrarse en consideraciones formales. Así, se entiende por ilícito administrativo la infracción castigada por órganos administrativos, en virtud de la facultad gubernativa de la Administración (o, en su caso, disciplinaria) y conforme a una reglamentación procesal administrativa. Por el contrario, estaremos en presencia de un ilícito penal, si la infracción está castigada con una pena de las previstas en el Código penal y aplicada por los Tribunales de Justicia en virtud del *ius puniendi* y conforme a la Ley de Enjuiciamiento criminal (18).

La pretensión doctrinal de encontrar una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es decir, entre el delito y la infracción administrativa, ha de considerarse totalmente fracasada (19). Sólo hay, pues, una distinción formal, ya que el único dato que permite distinguir una pena criminal de una

(14) Eb. SCHMIDT, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 20 y ss., 25 y ss., y 44 y ss.

(15) KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, p. 168.

(16) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal - Parte general*, p. 33. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2, XIII/39. ESER, A., *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, passim. MATTES, «Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten», p. 25. DELMASS-MARTY, «Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht», p. 794. SCHUMANN, en *Lexikon des Rechts*, p. 7/800, 1/9. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre», p. 30.

(17) BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, p. 92. CEREZO MIR, «Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo», pp. 164, 165. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal-Parte General*, p. 34. TORÍO, «Injusto penal e injusto administrativo».

(18) BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, p. 92; el mismo, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español», p. 7; el mismo, «Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas», p. 5095. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, pp. 441 y ss.

(19) BAJO FERNÁNDEZ/MENDOZA BUERGO, «Hacia una Ley de contravenciones. El modelo portugués», p. 570.

sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica (20). Lo prueba así el artículo 34 del Código Penal al indicar que «no se reputarán penas: (...) 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados». Esta disposición está indicando que tales medidas son penas, castigos retributivos, pero que «no se reputarán como tales» porque son impuestas por funcionarios de la Administración en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias. Si por el contrario, fueran impuestas por jueces en uso del poder jurisdiccional, son penas y, naturalmente, deben de reputarse como tales. El artículo 34 responde, pues, al criterio expuesto, en el sentido de que la diferencia entre ilícito penal y administrativo sólo tiene un alcance formal porque las infracciones y sanciones tienen identidad sustantiva.

Por su parte, el legislador debe operar conforme al *principio de subsidiaridad* y recurrir a la sanción administrativa, en lugar de a la pena criminal, cuando la perturbación social se pueda subsanar mejor o de igual forma con una sanción administrativa que con una pena criminal. En la mayoría de los casos la sanción administrativa será adecuada cuando, pese a que la contravención de la ley exija una reacción estatal, no necesita una pena criminal por su mínima lesividad y peligrosidad social (21). En algunas ocasiones la pena criminal se excluye desde el principio, cuando se trata de sancionar a personas jurídicas que carecen de responsabilidad criminal y/o se trata de penas que, por su naturaleza, sólo puede ser aplicada a seres humanos (22) (p. ej., las penas privativas de libertad).

También en la doctrina administrativa es defendida la tesis de la identidad sustancial de las infracciones y sanciones administrativas y penal (23). La potestad sancionadora de la Administración no es una potestad administrativa más, sino que forma parte de la potestad punitiva del Estado. Es en el orden formal donde se encuentran las diferencias, por ejemplo la autoridad que la aplica, el procedimiento utilizado y la sanción. Son diferencias de tipo formal que no desnaturalizan, sino que confirman, la tesis de la identidad sustancial de las sanciones administrativas y penal (24).

(20) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-Parte general*, pp. 34 y ss. CEREZO MIR, «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», p. 165. RIGHI, *Derecho Penal Económico Comparado*, pp. 256 y ss.

(21) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2 XIII/39, cita aquí como ejemplos el § 111 OWiG (dar un nombre falso a un funcionario), § 114 OWiG (entrar sin autorización en una instalación militar), § 117 OWiG (producción de ruidos no permitidos), § 118 OWiG (cualquier otra perturbación indebida de la normalidad). Sin embargo, estas infracciones resultan considerablemente leves comparado con los posibles delitos susceptibles de ser cometidos por una persona jurídica.

(22) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 8 III/54 y 55, sobre la incapacidad de acción de las personas jurídicas. *Vid.* cap. V.

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 4. ed., Madrid, 1993, pp. 147 y ss. La opinión contraria, es decir, la tesis de la «especificidad», es sostenida por GARRIDO FALLA y por MONTORO, *vid.*, al respecto, SUAY RINCÓN, «El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma», p. 207.

(24) SUAY RINCÓN, «El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma», p. 204.

La finalidad de ambas sanciones, administrativa y penal, es la misma: castigar la conducta de un sujeto que ha infringido el ordenamiento jurídico (25). En este sentido, la Ley de Contravenciones al Orden alemana (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-OWiG*) (26) aporta una clara definición del concepto de *infracción administrativa*: «las infracciones administrativas son delitos que el legislador pretende sancionar fuera del ámbito del Derecho penal y cuyas sanciones son impuestas, en primer término, por la Administración» (27).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce también la identidad entre el injusto administrativo y el injusto penal desde que la ya lejana STS de 9 de febrero de 1972 pusiera de manifiesto que «(...) las contravenciones tipificadas (en un reglamento administrativo) se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal (...)» (28). La jurisprudencia posterior asume este entendimiento sin fisuras pudiéndose afirmar que la jurisprudencia ofrece una consolidada doctrina sobre la tesis de la identidad sustantiva del injusto administrativo y del penal (29).

La indiferencia ontológica entre los injustos administrativos y los penales se sostiene igualmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en importante STEDH de 21 de febrero de 1984 (el caso *Oztürk*), en que apercibe expresamente que el «Convenio de Roma no impide a los EEMM establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas por el derecho interno». La sentencia hace también especial hincapié en la cuestión esencial que rodea este tema, es decir, la necesidad de que ambos injustos estén abarcados por las mismas garantías mínimas de su régimen jurídico.

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En la actualidad es opinión común (30) que los principios generales del Derecho penal han de ser aplicados al Derecho Administrativo sancionador y así se ha

(25) SUAY RINCÓN, «El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma», p. 204.

(26) *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, (OWiG), BGBl. III, p. 454-1, en su versión de 19 de febrero de 1987 (BGBl. I, p. 602), modificada por: Ley de 17 de mayo de 1988 (BGBl. I, p. 606); art. 2 G, 7.8.2007 (BGBl. I S. 1786, 1787), de 11.8.2007; art. 3 G (7.8.2007).

(27) BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-BOHNER*, Einleitung/1. Esta Ley establece en su § 1 la siguiente determinación de la definición del concepto: «(1) Una sanción administrativa es una acción antijurídica y reprochable que realiza el tipo penal de una ley que permite el castigo por medio de una multa.»

(28) Sentencia que fue calificada por la posterior STS de 13 de octubre de 1989 (Aranzadi 8386) como «decisión histórica», como «leading case» y como «el origen y partida de la equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado». Vid. también en el mismo sentido, NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 126.

(29) SSTS 9 de febrero de 1972, 31 de octubre de 1972, 20 de enero de 1987, 13 de mayo de 1988.

(30) Ver recientemente GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Madrid, 2008.

reconocido tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (31) como del Tribunal Constitucional (32).

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1981 de la Sala Cuarta dispone que la potestad sancionadora en general debe de estar «sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias por sujeción de ambas distintas materias a principios comunes rectores de todo el derecho sancionador», observando que en el Derecho administrativo han de ser «atendidos aquellos principios fundamentales inspiradores de todo Derecho punitivo» como los principios de legalidad, tipicidad, antijuricidad e imputabilidad dolosa o culpable, excluyendo toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva (*vid.* también STS Sala 4.^a 30 mayo 1981, 15 julio 1982).

Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional de modo que hoy es doctrina constitucional constante que los principios inspiradores del Derecho Penal rigen en el Derecho Administrativo, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado (33).

Ya la importante sentencia del Tribunal Constitucional 18/81 afirma que: «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo» (34).

(31) STS de 9 de junio de 1986, en la que se ponía de manifiesto la necesidad de emplear los «principios valorativos e interpretativos del Derecho penal» como «criterios técnico-jurídicos comunes y unitarios». SSTS de 16 de diciembre de 1986 y de 20 de enero de 1987, en las que se resalta la vigencia de los principios de presunción de inocencia, de legalidad y de interdicción de arbitrariedad para un procedimiento administrativo sancionador. A su vez, el Tribunal Supremo ha sostenido en estas mismas sentencias (SSTS 16 de diciembre de 1986, 20 enero de 1987 y 13 de junio 1990) que «la potestad sancionadora de la administración, dentro de la función de policía en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal, obteniendo en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción y desde la audiencia al interesado a la *reformato in peius*».

(32) En relación con el principio de legalidad, por ejemplo, se pueden citar las siguientes sentencias: SSTC 25/1984 y 140/1986, en las que se trató la cuestión de la reserva de ley orgánica. Más recientemente, 14/1999, 25/1999, 116/1999, 126/1999, 177/1999, 42/2000.

(33) Esta afirmación fue efectuada por vez primera en la STC de 8 de junio de 1981; con posterioridad en SSTC de 7 de octubre de 1983 y 18/1987. En este sentido, también se habían expresado numerosas sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo STS de 8 de abril de 1981: «Los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala IV de 29 de septiembre, de 4 y 10 de noviembre de 1980), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales». Al respecto puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», REDA, 29 (1982), p. 359 y ss. SUAY RINCÓN, «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción», p. 163.

(34) En esta sentencia se afirmaba, además, que –bajo tales condiciones– la potestad sancionadora de la administración resultaba compatible con el principio de la división de poderes. Cfr. también en este sentido, STC 2/1987.

Hay que reconocer que esta doctrina sobre la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, se matizó de inmediato en el sentido de admitir ciertas peculiaridades, fundamentalmente en torno al principio de culpabilidad. Así, el Tribunal Constitucional reconoció la imposibilidad de hacer un traslado en bloque de las garantías que limitan el *ius puniendi* de los Tribunales de Justicia y ha aludido a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador. Esta operación no puede hacerse de forma automática, sino «con matices», porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (35): por ejemplo, «no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal (...), pues la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho Administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico.» (STC 246/1991, de 19 de diciembre).

En lo relativo al *principio de legalidad* las sanciones administrativas, que nunca pueden consistir en privación de libertad según lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución, se someten a dicho principio, en el sentido de que las infracciones sólo pueden ser castigadas por disposiciones contenidas en ley formal sin que los Reglamentos tengan facultad alguna de carácter sancionador (36). El principio de legalidad derivado de los artículos 25 y 53 de la Constitución significa que las sanciones administrativas (penas pecuniarias) sólo pueden imponerse mediante ley, al menos, ordinaria. Las sanciones privativas de libertad, es decir, las penas propias del Derecho penal, exigen ley orgánica en virtud de lo dispuesto en los artículos 25, 53 y 81 de la Constitución.

La vigencia del principio de legalidad en materia de Derecho administrativo sancionador significa según la STC de 3 de octubre de 1983, la cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, la interdicción de penas privativas de libertad, el respeto de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y la subordinación a la autoridad judicial.

Por otra parte, y desde el punto de vista técnico jurídico significa que, en consecuencia, rigen también en materia de Derecho administrativo sancionador en relación a la tipicidad se exige una descripción clara, concreta y exhaustiva de la conducta, con exclusión de una posible interpretación analógica (*lex certa, lex stricta, lex scripta, lex praevia*), y la determinación de la sanción a imponer (37).

Consecuencia del principio de legalidad es también la vigencia del principio *non bis in idem* reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 30 enero de 1981 (38).

(35) STC 22/1990, de 26 de abril. *Vide* también SSTC 18/1987, 22/1991, 150/1991, 76/1990, 246/1991.

(36) COBO DEL ROSAL/BOIX, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Comentarios a la Legislación penal, t. I, pp. 197 y ss.

(37) COBO DEL ROSAL/BOIX, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Comentarios a la Legislación penal, t. I, p. 201.

(38) *Vid., infra*, IV, C.

La Constitución abarca, como ya hemos mencionado, otros aspectos derivados de la vigencia del principio de legalidad, en el artículo 105 en donde se garantiza la audiencia del interesado «cuando proceda», expresión que ha sido interpretada en el sentido de que debe aplicarse siempre que se trate de procedimientos sancionadores (39). También el artículo 106 al disponer que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» está reconociendo, según la STC de 3 de octubre de 1983, el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; la imposibilidad de que los órganos de la administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellas; la necesidad de respetar la cosa juzgada, etc.

Pues bien, todos los principios rectores a los que nos hemos referido se encuentran recogidos en la actualidad en la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)*, de 26 de noviembre de 1992 (L 30/1992), en cuyo Capítulo I del Título IX sobre la potestad sancionadora se recogen los principios a los que debe estar sometida dicha potestad de la Administración.

Como señala en este sentido la Exposición de Motivos de la misma: «(...) la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y los administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras del principio de mínima intervención. Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, interdicción de la analogía, etc. Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en ejercicio de sus competencias».

Así, recoge la LRJPAC el principio de legalidad (art. 127) y la consiguiente irretroactividad de las leyes, salvo la ley posterior más favorable (art. 128) (40), la exigencia de tipicidad de las infracciones y sanciones (art. 129) y la prohibición de analogía *in malam parte* (art. 129.4).

El proceso de asimilación material de las sanciones administrativas al régimen del Derecho penal se proyecta también sobre los aspectos subjetivos y sus exigen-

(39) BAJO FERNÁNDEZ/MENDOZA BUERGO, «Hacia una Ley de contravenciones», p. 581.

(40) Este aspecto ha sido recogido también en la LGT, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, en cuya disposición transitoria cuarta se establece respecto de las infracciones y sanciones tributarias, lo siguiente: «1. Esta Ley será de aplicación a las infracciones tributarias cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, siempre que su aplicación resulte más favorable para el sujeto infractor y la sanción impuesta no haya adquirido firmeza. (...)»

cias que permiten un juicio de reprochabilidad sobre los responsables (41). Por esta razón, también se venía exigiendo por parte del Tribunal Supremo la necesidad de la concurrencia del *principio de culpabilidad* (42). En la actualidad resulta prácticamente indiscutida ya la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, desterrándose definitivamente la responsabilidad objetiva (43).

Sin embargo, no hay un apoyo legal apropiado para entender fundado el principio de culpabilidad. Más bien parece a la inversa. Los artículos 130 y 131 de la LRJPAC permiten sostener lo contrario. En efecto, el artículo 130 admite la responsabilidad «*aun a título de simple inobservancia*» lo que, en principio parece decir que basta con la infracción objetiva de la norma («simple inobservancia») para que el sujeto incurra en responsabilidad (44). Por su parte, el artículo 131 incluye como primer criterio de graduación de la sanción «*la existencia de intencionalidad*», dando a entender que la falta de intención sólo sirve para graduar la sanción, no para excluirla (45).

Tal interpretación sería contraria al pensamiento actual que equipara los principios reguladores de la actividad administrativa sancionadora con los principios del Derecho penal (46). De ahí que quiera deducirse el principio de culpabilidad de la consagración del *principio de proporcionalidad* (art. 131) y de la *presunción de inocencia* (art. 137) (47), sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ya lo haya

(41) PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 531.

(42) En este sentido, el primer antecedente se encuentra en la STS de 16 de febrero de 1962, sin que la misma fuese secundada por posteriores sentencias de la época. A partir de los años 80 esta exigencia viene siendo reiterada y puede considerarse ya consolidada: SSTS de 23 de marzo de 1982, 4 de octubre de 1982, 5 de octubre de 1982, 26 de diciembre de 1983, 4 de marzo de 1984, 13 de marzo de 1984, 23 de octubre de 1987, 30 de enero de 1988, 5 de febrero de 1988, 16 de marzo de 1988 (donde se exige la concurrencia del principio de culpabilidad como exclusión de la posibilidad de sancionar con la mera existencia de responsabilidad objetiva), 17 de diciembre de 1988, 10 de febrero de 1989, 13 de octubre de 1989, 17 de octubre de 1989, 7 de diciembre de 1989, 16 de febrero 1990, 27 de febrero de 1990.

(43) NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 298 y ss. PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, pp. 531 y ss.

(44) Al respecto sostiene GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992», p. 32, que la alusión a la «inobservancia» no se puede interpretar en el sentido de que se refiera a la norma prohibitiva, dado que la simple comisión de la conducta prohibida no pueda dar lugar a sanción si no va acompañada de la culpabilidad del infractor. En este sentido ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional sosteniendo que un régimen de responsabilidad objetiva en materia sancionadora sería inconstitucional (SSTC 76/1990 y 246/1991). Prosigue GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO que la «inobservancia» a la que se refiere el artículo 130 ha de interpretarse en relación al «deber de cuidado». Si no existe inobservancia del deber de cuidado exigible al sujeto, la «inobservancia de la norma» no justifica la imposición de la sanción. Ahora bien también es cierto que del mismo modo en que dentro del ámbito administrativo sancionador debe ser matizado el principio de culpabilidad, sería suficiente operar en este campo con la simple «culpa in vigilando», que si no entra en juego en el Derecho penal criminal es debido a que en el mismo no se incrimina la participación imprudente en el delito o falta, sea a su vez dolosa o imprudente. «Culpa in vigilando» que como mínimo sería exigible para la imposición de las sanciones a las que se refiere el artículo 130.

(45) PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 532.

(46) BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, p. 33. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 340. PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 533. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre», p. 33.

(47) Vid. BACIGALUPO, S., *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, 2002, pp. 61 y ss. ANDRÉS PÉREZ, M. R., *Principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2008.

entendido deducible de la Constitución (48). Por otro lado, como ya se ha dicho, la culpabilidad tiene que estar presente siempre como impone la Jurisprudencia de los últimos años elevando este requisito esencial a pieza básica del Derecho Administrativo sancionador (49). En este sentido, hay que sostener con Parada Vázquez que, “diga lo que diga la Ley (se refiere al art. 130.1 LRJPAC), no se puede dar infracción alguna, penal o administrativa, sin el elemento de la culpabilidad (50).

La invocación por el art. 131 de la intencionalidad como criterio para graduar la sanción, no excluye la exigencia de dolo o culpa en el Derecho administrativo sancionador. El criterio de intencionalidad debe interpretarse como exigencia de elemento subjetivo dirigido a la norma jurídica (dolo) o a la norma de cuidado (culpa). Es decir, el criterio de graduación consistente en «la existencia de intencionalidad» no significa que la ausencia de intención, es decir, el caso fortuito, sea sancionable, sino que habrá que examinar la índole de la «intencionalidad» con la que se cometió el hecho. Si éste se perpetró con conocimiento y voluntad de su ilicitud y de todos los elementos constitutivos de la infracción (dolo) la sanción será más grave que si se cometió con conocimiento del deber de cuidado y con voluntad de infringir este deber (culpa) pero con la esperanza de que el resultado no se produjera, siendo impune el caso fortuito (51) por falta de intencionalidad.

Tampoco es obstáculo el art. 130 que declara la responsabilidad «aun a título de simple inobservancia», expresión con la que, como hemos dicho, el legislador parece indicar que basta, para incurrir en responsabilidad, con incumplir el dictado de la norma. Al recalcar este incumplimiento («inobservancia») con la calificación de «simple», podría entenderse que expresa la voluntad del legislador de hacer depender la responsabilidad exclusivamente de la trasgresión objetiva del mandato jurídico, sin necesidad de preguntarse por el dolo o la culpa: simplemente basta con incumplir la norma.

Para salvar la congruencia entre principio de culpabilidad y el artículo 130 ha de admitirse, como mínimo, la interpretación que hace González-Cuéllar Serrano sobre la expresión «responsabilidad a título de simple inobservancia». Observa el autor que la «inobservancia» no debe referirse a la norma sino al deber de cuidado, es decir no sería un requisito de antijuricidad (inobservancia de la norma o incumplimiento de la norma) sino de la culpabilidad (incumplimiento del deber de cuidado o «culpa in vigilando»).

En consecuencia, podemos sostener que el principio de culpabilidad encuentra fundamento en los artículos 131 (principio de proporcionalidad) y 137 (presunción de inocencia), sin que sea obstáculo alguno el criterio de intencionalidad del artículo 131 o la simple inobservancia del artículo 130.

Sin embargo, en la medida en que el Derecho administrativo sancionador, al contrario que el Derecho penal, permite la sanción de las personas jurídicas, se plantean serias dificultades para la unificación del principio de culpabilidad.

(48) BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español», p. 18.; ídem, «Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas», p. 5095.

(49) PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 533. Últimamente, DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, pp. 201 y ss.

(50) PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 533.

(51) *Vid.* artículo 179.2 LGT.

La evidencia de que el principio de culpabilidad respecto a la persona jurídica ha de tener un contenido distinto al que se refiere a la persona física es reconocida expresamente por la interesante STC 246/1991, de 19 de diciembre. El razonamiento que se sigue en la sentencia se puede resumir de la siguiente forma: La persona jurídica es responsable de la infracción administrativa; los principios del Derecho penal son aplicables al Derecho sancionador administrativo por ser ambos manifestación del ordenamiento punitivo del Estado; también lo es el principio de culpabilidad porque es inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa; esta observación no impide la responsabilidad de las personas jurídicas sino que el principio de culpabilidad «*se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas*».

Lo que no hay forma de saber es cuál es esa forma distinta de aplicación.

Los hechos origen de esta sentencia (52) consistían en que durante un atraco perpetrado en una sucursal bancaria no fue accionada la alarma, ni funcionó el módulo de apertura retardada de la caja fuerte, lo que dio lugar a una sanción del Gobernador civil por incumplimiento del Real Decreto 1084/1978. El Tribunal Supremo estimó de acuerdo a Derecho la sanción del Gobernador civil en virtud de una línea jurisprudencial conforme a la que el incumplimiento de las medidas de seguridad por omisión imputable al empleado incide sobre la empresa por falta *in vigilando*, ya que la normal marcha o efectividad de las medidas de seguridad a ella incumben sin poder escudarse, como regla, en la conducta de sus empleados para exonerarse de responsabilidad (53). El Banco recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional por lesión de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia. («El reproche de la demandante de amparo queda reducido a la falta de prueba de culpabilidad»: FJ 2, STC 246/1991).

La STC que estamos comentando en absoluto da luz para saber cómo ha de entenderse la culpabilidad cuando se refiere a las personas jurídicas porque, reconociendo que falta en éstas el elemento volitivo, no les falta —dice en su FJ 2.º— «la capacidad de infringir las normas», confundiendo la culpabilidad (elemento de la infracción) con la propia infracción. La explicación con la que continúa, poca claridad añade. Dice la Sentencia que esa capacidad de infracción determina la «reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz». Por más circunloquios que la sentencia realiza, no sale del círculo vicioso de que la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad porque tiene capacidad de infracción realizando una identificación simple de la culpabilidad con la infracción.

En nuestro Derecho admiten la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el orden administrativo-sancionador tanto doctrina como jurisprudencia y, expresamente, así lo consagran algunas leyes (ya el art. 77.3 de la Ley General Tributaria 10/1985, de 26 de abril, art. 180 LGT 58/2003, de 17 de diciembre; Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social 8/1988, de 7 de abril; Ley 16/1989 de Defensa de la competencia; Ley 22/1988 de Costas etc.), fundamentalmente la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones

(52) Analizada profusamente por LOZANO, B., «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo», p. 211.

(53) *Vid.* esta jurisprudencia en LOZANO, B., «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo», p. 215.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 130 dispone: «sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y *jurídicas* que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia».

Por otra parte, entre los penalistas se extiende pausadamente la opinión de que los artículos 31 y 129 del Código Penal significan un reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (54).

Para Adán Nieto (55) en el Derecho positivo conviven cuatro modelos distintos de responsabilidad penal de las personas jurídicas e incompatibles entre sí. El del artículo 129 del Código Penal pensado para empresas criminales, de fachada o peligrosas. El del artículo 31.2 dirigido a empresas de economía legal. El tercer modelo, calificado de mixto, que se recoge en el artículo 369.2 para el delito de tráfico de drogas. Y un cuarto que encontramos en la normativa sancionadora administrativa. La constatación de estos cuatro modelos obliga a Nieto a reformular de *lege ferenda* uno nuevo que sustituiría a los existentes. Yo pienso que el jurista no puede renunciar a la búsqueda de univocidad en el Derecho positivo y no se puede rendir ante la constatación de la aparente falta de coherencia del sistema por sostener cuatro modelos pretendidamente incompatibles. Por el contrario, estamos obligados a encontrar un régimen coherente de criminalización de las personas jurídicas en las normas vigentes y para ello tenemos base suficiente. En el Código penal los artículos 129 y 31.2. En el Derecho administrativo sancionador fundamentalmente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Desistir de esta tarea reconociendo cuatro modelos incompatibles para proponer una reforma legislativa, sólo nos conduce a una agravación de la situación caótica existente en la teoría sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, como lo prueba el inefable Proyecto de Reforma de Código Penal que se presentó en 2007 en el Congreso y que finalmente y felizmente no fue aprobado.

En cuanto al escollo de una culpabilidad común para las personas físicas y jurídicas y, por tanto, para el Derecho penal propiamente dicho y para el Derecho administrativo sancionador, existen varios modelos teóricos de todos conocidos. De un lado, los que niegan la exigencia de culpabilidad a las personas jurídicas como es el modelo del estado de necesidad de protección de bienes jurídicos de Schünemann (56) o el de la peligrosidad objetiva de la cosa, al estilo de las tesis explicativas de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP. De otro lado, los

(54) Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)», Poder Judicial 46/1997, *passim*. *Vid.*, también, «Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad», Libro Homenaje a Antón Oneca, Salamanca, 1982; el mismo, «Conveniencia política criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», CPC1980; el mismo, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas» CPC 1994; el mismo, «Una vez más sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995.

(55) NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, manuscrito inédito, 2007.

(56) SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, 1979, *passim*.

que consideran posible la culpabilidad de la empresa, porque adaptan los conceptos de acción y culpabilidad –tradicionales en la Teoría Jurídica del Delito– a la empresa, como el desarrollado por Tiedemann (57) que concibe la culpabilidad como defecto de organización o Bacigalupo Sagese (58) que deriva la culpabilidad de la prevención general positiva por necesidad de restaurar el orden jurídico o restablecer la vigencia de la norma. Otros creen posible referir la culpabilidad a la empresa porque construyen un nuevo concepto como el de la «culpabilidad constructivista» de Gómez-Jara (59) «conforme al cual la culpabilidad de una persona jurídica viene dada por la institucionalización de una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho, de infidelidad al Derecho», o la culpabilidad como «déficit de autorregulación permanente» de Nieto Martín (60).

La jurisprudencia constitucional exige para las personas jurídicas y, en general, para los supuestos de responsabilidad solidaria, una imputación subjetiva. Sobre si esto debe entenderse como culpabilidad y en qué sentido existe cierta confusión en la legislación y en la interpretación jurisprudencial. Pero es indudable que es una situación intermedia en el camino hacia la culpabilidad como fundamento del castigo.

La legislación tributaria requiere esa imputación subjetiva. En efecto, el artículo 179 de la LGT excluye la responsabilidad cuando hay fuerza mayor, cuando se salva el voto en una reunión colectiva o no se asiste a la misma o cuando se despliega la diligencia necesaria como haber hecho una interpretación razonable de la norma, consideraciones todas que permiten considerar el imposición legal de una imputación subjetiva.

También debe interpretarse de este modo el artículo 31.2 del Código penal. Entiende Gómez-Jara (61) que cuando la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003, de 26 de noviembre, define los hechos punibles del administrador condenado, como «hechos relacionados con su actividad» (s.c. la de la persona jurídica), se produce una concepción similar a la de la responsabilidad civil de la disposición 4.^a del artículo 120 del Código penal, de lo que debe deducirse que se requiere que la persona jurídica se encuentre en una posición de garante, «en una suerte de supervisión», lo que conduce a la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que algunos administrativistas han encontrado en el artículo 130.3 de la LRJPAC y se puede también encontrar en la base de la responsabilidad civil (por más que en la actualidad le jurisprudencia objective la responsabilidad como consecuencia del principio del riesgo o del beneficio).

Es indudable que el principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador tiene que derivarse de todos estos preceptos en los que, no obstante, encontramos aparentemente sólo una simple exigencia de imputación subjetiva. Sin embar-

(57) TIEDEMANN, «Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», NJW 19/1988; el mismo, «Strafbarkeit und Bussgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen», en Eser/Thormundsson, *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, 1989; el mismo, *Wirtschaftsstrafrecht. Eine Einführung und Allgemeiner Teil*, 2. ed., 2007, p. 129 y ss.

(58) BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998.

(59) GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad de la empresa*, Madrid, 2005, *passim*.

(60) NIETO MARTÍN hace la siguiente distinción: Culpabilidad de empresa como cultura corporativa desviada (Código penal australiano y Gómez-Jara); culpabilidad de empresa como defecto de organización (Reino Unido); culpabilidad de empresa como ausencia de un comportamiento postdelictivo adecuado (Fisse); culpabilidad por el carácter o por la conducción de la empresa (Heine, Lampe).

(61) GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad de la empresa*, Madrid, 2005, *passim*.

go, esta normativa es mucho más sugerente que el parágrafo 30 de la OWiG alemana que ha servido de base a la doctrina alemana, fundamentalmente a partir de la interpretación de Tiedemann, para requerir la culpabilidad como requisito de la sanción. Por tanto, la ciencia jurídica española está obligada a encontrar en esa regulación la base legal para la elaboración de una teoría de la imputación subjetiva a la persona jurídica, teoría que tiene fundamento suficiente en las leyes administrativas sancionadoras. La jurisprudencia constitucional ha dado los primeros pasos.

Conviene todos que para la constatación de la culpabilidad de la persona jurídica es fundamental la existencia de *modelos de organización* de los que deriven deberes para la persona jurídica, códigos de conducta o normas sobre transparencia al estilo de los *compliance programs* americanos (62). El propio Nieto Martín los encuentra en el Derecho positivo español y cita la normativa sobre el blanqueo de capitales (Ley 19/93 y RD 925/1995), prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995) y la normativa sobre mercados de valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (63) y RD 629/1993) a lo que se pueden añadir las Leyes mercantiles de sociedades. La imposibilidad de sancionar (por atipicidad o conformidad a Derecho) tendría su fundamento en la fidelidad al Derecho que denota el cumpli-

(62) NIETO MARTÍN recoge como modelo el Código penal australiano de 1995 y el Código penal suizo.

(63) Artículo 79. «1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.

1. Con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica, se habilita al Ministro de Economía para regular las especialidades de la contratación de servicios de inversión de forma electrónica, garantizando la protección de los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y su clientela».

miento de estos programas o códigos de conducta obligatorios para todos los miembros de la entidad. También la exención de la responsabilidad de la empresa por error o por caso fortuito puede invocarse en virtud de la vigencia de los códigos o estándares de comportamiento.

La «culpabilidad» de la empresa sólo es admisible si existe una regulación de su ausencia, con causas de inimputabilidad (64) (falta de madurez, por no alcanzar la empresa el tamaño suficiente o la organización adecuada o los requisitos formales de registro), causas de atenuación (65), agravación (66) o exención excluyendo los casos en que la persona jurídica no tenga merecimiento de pena (67) e, incluso, exclusión de responsabilidad por error. Es decir, habrá de excluirse la culpabilidad cuando no exista merecimiento de pena. La construcción de una auténtica teoría de la culpabilidad y su ausencia tiene la ventaja de operar con la analogía in bonam partem en caso de laguna legal para excluir la responsabilidad.

Por último, el modelo que se adopte deberá solucionar la contradicción entre los supuestos de *responsabilidad solidaria* de la persona jurídica del Derecho administrativo (art. 130 LRJPAC) (68) y el Derecho penal (art. 31.2), con la jurisprudencia constitucional que requiere para la persona jurídica una imputación subjetiva.

IV. CONSECUENCIAS DE LA REMISIÓN A NORMAS EXTRAPENALES

Las consecuencias que se derivan de la vigencia de los principios del Derecho penal en el ámbito de las infracciones administrativas, se presentan de forma especialmente paradigmática en los tipos penales del Derecho penal económico, como ya hemos señalado más arriba, dado que nos encontramos con numerosos conductas cuyo contenido de ilicitud está constituido por la infracción de un deber extrapenal.

En este sentido, es importante tener en cuenta que el delito de blanqueo de capitales no está concebido como una ley penal en blanco. Es decir, no se trata de

Artículo 80. «En ningún caso deberán las personas o entidades a que se refiere el artículo anterior:

a) Realizar prácticas que tengan por objeto o produzcan el efecto de provocar una evolución artificial de las cotizaciones.

b) Multiplicar las transacciones de forma innecesaria y sin beneficio para el cliente.

c) Atribuirse a sí mismo uno o varios valores cuando tengan clientes que los hayan solicitado en idénticas o mejores condiciones.

d) Anteponer la venta de valores propios a los de sus clientes, cuando éstos hayan ordenado vender la misma clase de valor en idénticas o mejores condiciones.

(64) El Proyecto de Reforma del Código de 2007 las excluye porque esas «dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física».

(65) En el Proyecto de Reforma de 2007 se incluyen causas de atenuación pero relacionadas con la antijuricidad o dañosidad del hecho como las que se refieren a la valoración positiva de la reparación del daño o la adopción de medidas eficaces para prevenir daños futuros.

(66) En el Proyecto de Reforma de 2007 se incluye la reincidencia.

(67) En Italia el artículo 6 del Decreto Legislativo 231, de 8 de junio, 2001 sobre la Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades, y de asociaciones sin personalidad jurídica, excluye la responsabilidad si puede acreditarse que no tenía defecto de organización por la existencia de un *compliance program* adecuado.

(68) El artículo 130.1 imputa responsabilidad subsidiaria o solidaria a las personas jurídicas «por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros». Es decir, sería el incumplimiento de un deber de vigilancia cuyo parecido con el parágrafo 30 de la OWiG puede no ser casual.

una conducta típica cuyo marco de punibilidad dependa de la infracción de un deber extrapenal. Dicho con otras palabras: el delito de blanqueo de capitales no es un delito de infracción de deber.

No obstante, la regulación extrapenal, en este sentido la legislación administrativa sobre la prevención del blanqueo de capitales, tiene una incidencia *directa* sobre el ámbito de la tipicidad del delito.

La dificultad estriba en el hecho que las infracciones administrativas relativas a la prevención del blanqueo de capitales están descritas de manera tal que no son fáciles de distinguir de la conducta constitutiva de delito.

Desde esta perspectiva, adquieren especial relevancia, en relación a la vigencia de los principios rectores del Derecho penal, tres cuestiones particulares: *a)* la virtualidad de las presunciones de la ley administrativa respecto del delito, *b)* la posibilidad de aportar como prueba en el proceso penal documentos incriminatorios que han sido aportados al expediente sancionador bajo amenaza de sanción: principio *nemo tenetur*, y, por último, *c)* la posible lesión del principio *non bis in idem*.

A) PRESUNCIONES Y DERECHO PENAL

La legislación existente en materia de *prevención de blanqueo de capitales* impone determinadas obligaciones de información y colaboración a las entidades financieras y otros sujetos obligados que se encuentran dentro de actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles, en opinión del legislador, de ser utilizadas para el blanqueo de capitales como, por ejemplo, los abogados, notarios, profesionales vinculados a actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles, etc.

El Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, introdujo una importante modificación del Reglamento de la Ley 19/1993 relativa a la prevención de blanqueo de capitales. En él no se dan soluciones de aplicación general, sino que se impone a los sujetos obligados –entre otras las empresas dedicadas a las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles– nuevas obligaciones legales que se deben cumplir con la finalidad evitar o dificultar que el citado blanqueo se produzca. Entre las nuevas obligaciones o aquellas que se han reforzado, cabe mencionar a título de ejemplo:

- *nuevas medidas en relación con el «conocimiento del cliente», «know your client»,*
- *política expresa de admisión de clientes,*
- *medidas de comprobación de datos,*
- *obligación de creación de órgano de control interno (OCI) especial dentro de la empresa a la prevención del blanqueo de capitales,*
- *obligación de auditorías internas y externas,*
- *obligación de conservación de documentación,*
- *obligaciones de comunicación (reporting) periódico al SEPBLAC,*
- *la obligación de formación de sus directivos y empleados.*

El cumplimiento de las nuevas exigencias legales requiere la adaptación de los procedimientos internos de las empresas para la prevención del blanqueo de capitales a la nueva normativa.

El incumplimiento de las obligaciones administrativas supone la comisión de infracciones sancionables con altas multas para la Empresa. Particular importancia tiene en este ámbito la responsabilidad personal en la que pueden incurrir los Directivos o Administradores de la Empresa. Sus Directivos pueden sufrir una sanción administrativa de inhabilitación para empleo de hasta diez años.

La doctrina que preconiza la desadministrativización del poder sancionador, es decir, privar a la Administración de todo poder de castigo imputándose a los jueces en lógica aplicación estricta del reparto de poderes, pensó en ciertos mecanismos compensadores. Así, por ejemplo, se ponderó sobre prerrogativas procesales como la presunción o la transacción. Pero en la actualidad, habiéndose consagrado el poder sancionador por la Constitución, carece de sentido añadir otras prerrogativas.

De ahí que las presunciones que recogen los artículos 137.3 de la LRJPAC no pueden ser admitidas en un derecho sancionador, salvo que se les vacíe de contenido como ha hecho el Tribunal Constitucional respecto de este último precepto.

En efecto, pese a llamarse presunciones no son más que pruebas de indicios expresamente señaladas en la ley, pero nunca pueden entenderse como verdaderas *presunciones legales*. No tienen, ni pueden tener, valor de invertir la carga de la prueba, ni impiden la valoración en conciencia, ni impiden la obligación del juzgador de admitir las demás pruebas pertinentes.

El 26 de abril de 1990 el Pleno del Tribunal Constitucional dictó sentencia resolviendo diversos recursos y cuestiones de inconstitucionalidad frente a algunos preceptos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, que modificaba parcialmente la Ley General Tributaria, que no poco estupor produce, con la desestimación total de lo solicitado. Si bien esta sentencia se refiere a una presunción de la anterior Ley General Tributaria, su razonamiento es trasladable en general a las presunciones del ámbito administrativo sancionar. Las presunciones son incompatibles con el *derecho a la presunción de inocencia* del artículo 24.2 de la Constitución y coloca al administrado en una inconstitucional situación de indefensión (art. 24.1).

Sin embargo, en el procedimiento penal no es posible operar con presunciones legales aunque admitiesen la prueba en contrario, porque implican una inversión de la carga de la prueba, cuando en el proceso criminal no se puede hablar legítimamente de la existencia de un *onus probandi* en sentido formal, dado el principio de investigación de oficio que rige en dicho proceso. En la medida en que el Juez tiene el deber de suplir la actividad probatoria de las partes para el conocimiento de la verdad material del caso, objetivo último del procedimiento, no puede hablarse de una carga de la prueba para ninguna de las partes en el proceso penal.

Pero, el Tribunal Constitucional, en lugar de declarar inconstitucional aquel artículo 145 de la anterior Ley General Tributaria, cuya redacción es prácticamente idéntica a la del actual artículo 107, realiza una interpretación contraria a su sentido natural, vaciándolo y descargándolo de todo contenido. Según la interpretación constitucional, el precepto simplemente constata que las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos son medio de prueba, un medio más de prueba. El precepto no supondría una inversión de la carga de la prueba, ni implicaría en modo alguno el desplazamiento de la carga de la prueba, ni un ataque al principio de la libre valoración de la prueba, porque, si así fuera, el precepto «sería inconstitucional, como así lo afirman con toda razón los senadores recurrentes».

El Tribunal Constitucional entiende que interpretado de ese modo es conforme a la Constitución y, así niega que establezca presunción legal alguna e inter-

preta que las actas y diligencias de la Inspección de los Tributos incorporadas al expediente sancionador y al procedimiento contencioso-administrativo o penal no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho. En conclusión, para el Tribunal Constitucional las presunciones son conforme a la Constitución porque, pese a la apariencia, no contienen una presunción legal (69). Dicha conclusión es trasladable, sin duda, respecto de las presunciones del ámbito administrativo sancionador en general y debe regir la siguiente regla:

- ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas,
- ni pueden impedir que el juez forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas.

De manera tal que las presunciones no son más que un medio de prueba más y a lo sumo podrán ser tenidas en cuenta como pruebas de indicios, siempre y cuando reúnan todas las exigencias que dicha prueba debe tener conforme a la estricta doctrina del Tribunal Supremo (70) y del Tribunal Constitucional (71).

B) PROCESO PENAL Y PRUEBA ILÍCITA

Hay ocasiones en las que la normativa administrativa exige al administrado, bajo amenaza de sanción, la aportación de documentos que luego constituyen la prueba de cargo y el fundamento de la condena administrativa e, incluso, penal.

Pues bien, la doctrina penal se pregunta si es lícita la prueba obtenida bajo amenaza de sanción, cuando aquélla es aportada por la Inspección tributaria al proceso penal (72).

(69) El estudioso que conociera mínimamente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y la teoría de la prueba, hubiera puesto la mano en el fuego antes de dictarse la meritada sentencia, asegurando la admisión por parte del Tribunal Constitucional de lo pretendido por el recurrente con declaración de inconstitucionalidad de tan insólito precepto en un derecho sancionador. Sin embargo, toda la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional va dirigida a interpretar el precepto de un modo contrario a su propio sentido y al tradicional entendimiento de las presunciones legales, como si tratara de eludir, a toda costa, reconocer la razón que le asiste al recurrente, es decir, como si tratara a toda costa de evitar ceder ante las pretensiones del recurso de declarar inconstitucional algún precepto de la Ley General Tributaria.

(70) SSTs de 17 de diciembre de 1990, de 25 de junio de 1991, de 14 de enero, de 30 de marzo, de 16 y 18 de septiembre, y de 6 de octubre de 1992, de 21 de mayo y 16 de septiembre de 1993, de 17 de octubre de 1998, de 26 de enero de 1998, de 26 de febrero 1998, de 15 de noviembre de 1999, entre otras, y por todas de 17 de noviembre de 1999. Extensa crítica sobre la prueba de indicios y la presunción de inocencia, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios», *La Ley*, núm. 2664/1991, pp. 1 y ss. ZUGALDÍA, J. M., «El derecho a obtener sentencia motivada y la individualización de la pena», Poder Judicial 18/1990, pp. 15 y ss., en particular sobre la exigencia de motivación cuando se trate de pruebas de indicios. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, 1990, pp. 141 y ss. QUERALT, J., «Delito fiscal y presunción de inocencia», p. 22.

(71) SSTC 174/1985, 175/1985, 1/1988, 21/1988, 160/1988, 228/1988, 111/1990, 348/1993, 62/1994, 78/1994, 244/1994, 182/1995, 24/1997, 68/1998,

(72) *Vid.* extensamente sobre esta cuestión en BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 215 y ss.

En efecto, resulta una prueba obtenida con la amenaza expresa de un mal consistente en la aplicación de una multa. Que en el procedimiento sancionador tributario se opere de este modo, exigiendo bajo amenaza de sanción la aportación de elementos probatorios, podrá ser más o menos discutible por las peculiaridades que, como hemos visto anteriormente, el Tribunal Constitucional consiente en la aplicación de los principios del Derecho penal al propio Derecho administrativo sancionador (STC 181/1990, 15 noviembre). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que dichos elementos probatorios son remitidos al proceso penal con la propia denuncia y constituyen, habitualmente, la única prueba documental que compone la causa, aparte del informe de la propia Inspección. En consecuencia, el fallo condenatorio pudiera fundamentarse en prueba ilícitamente obtenida en cuanto el acusado ha sido coaccionado a la entrega de la documentación sin que nadie le indicara, sino más bien al contrario, sus derechos a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable. Esta situación vulnera claramente el principio *nemo tenetur*.

El Tribunal Constitucional ha intentado afinar en esta cuestión en STC 76/1990, 25 abril, comparando la aportación o exhibición de los documentos contables, con la obligación de la prueba de alcoholemia, señalando que ninguno de los dos casos es contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable, porque el contribuyente «no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad».

C) PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El legislador ha querido que las infracciones contra la prevención del blanqueo de capitales sean sancionadas de dos diversas maneras: como infracciones administrativas y como delito. Es decir, que –como resulta común en los delitos económicos en sentido estricto– las infracciones simples no se regulan en el Código penal como falta, ni se someten al procedimiento penal, sino que aparecen como infracciones administrativas sometidas a las reglas específicas del procedimiento administrativo sancionador, cuyos principios se encuentran regulados, como ya hemos señalado, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley Orgánica 30/1992, de 26 de noviembre, en la propia Ley General Tributaria (arts. 178 y ss.) y desarrollada por el Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario, Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre (73).

Por respeto al principio *non bis in idem*, reconocido constitucionalmente en el artículo 25.1 de la Constitución Española (74), la Administración se debe abstener

(73) Sin embargo, esta situación se quiebra cuando se trata de la Hacienda pública comunitaria, en cuyo caso, las infracciones menores se castigan como falta en el Libro III del Código penal, lo que demuestra, una vez más, la insólita ordenación de los delitos contra la Hacienda pública, plena de incongruencias e incongruencias porque no es posible conceder sentido alguno a esta dispar regulación.

(74) Sobre esta problemática en general, *vid.* PÉREZ MANZANO, M., La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*, 2001, especialmente pp. 36 y ss. SANZ RUBIALES, I., «Potestad sancionadora administrativa, *non bis in idem* y primacía del orden penal», Revista del Poder Judicial 59/2000, p. 564. JAÉN VALLEJO, M., «A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003. Principio constitucional *ne bis in idem*», Actualidad Penal 584/2003. PUERTA, L., «Duplicidad sancionadora administrativa y penal: *non bis in idem*», CDJ 4/2003. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., El principio *non bis in idem*, 2004. LOZANO SUÁREZ, L. M., «El principio *non bis in idem*: colisión entre Derecho

de proseguir un procedimiento administrativo si advierte en el curso de la investigación que hay indicio de delito y el procedimiento investigador quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca devolución del expediente por el Ministerio Fiscal y en los casos en que se dicte sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa. En caso de que el juez no estimara existente delito, la Administración continuará el expediente sancionador con base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados (75). Esta cuestión sería irrelevante si, como ha señalado A. Nieto, la Administración atendiendo escrupulosamente a la prioridad del proceso penal, se abstuviera siempre de seguir tramitando una vez iniciado aquél (76).

En sentido contrario, y también como consecuencia de la vigencia del principio *non bis in idem*, habrá de cuestionarse si los Tribunales penales, deben absolver cuando queda acreditada la constancia de una sanción administrativa impuesta con anterioridad por los mismos hechos y fundamento. El Tribunal Constitucional desde su Sentencia 2/1981 ha sostenido reiteradamente que «el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en los que se aprecie la identidad del *sujeto, hecho y fundamento* sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración». Asimismo, declaró en la posterior Sentencia 159/1987 que el principio *non bis in idem* impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta pues, «semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado» (77).

La doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia ha sufrido una importante reorientación admitiendo la duplicidad de sanciones siempre y cuando en la aplicación de la sanción penal posterior a la administrativa, se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad (SSTC 2/2003, de 16 de enero, y 52/2003, de 24 de febrero) (78). En particular, dicho cambio se inició con el Voto Particular de la

penal y Derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Penal* 15/2005, pp. 62 y ss. BOIX REIG, J., «La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*», en BOIX/BERNARDI (Ed.), *Responsabilidad penal por productos defectuosos destinados a los consumidores*, 2005, pp. 91, 99. MATA Y MARTÍN, R. M., «Infracciones penales y administrativas por el uso no autorizado de denominaciones de origen: el principio *non bis in idem*», *La Ley* 6856/2008, pp. 1 y ss.

(75) Esta disposición limita enormemente las posibilidades de la Administración porque puede producirse un sobreseimiento o una sentencia absolutoria en que se declare simplemente probado que no existe la comisión de un delito y carezca de base la Administración para continuar el procedimiento sancionador.

(76) NIETO, A., *Procedimiento Administrativo Sancionador*, 2006, pp. 491.

(77) En el mismo sentido, con anterioridad, STC 77/1983.

(78) *Vid.* PUERTA, L., «Duplicidad sancionadora administrativa y penal: *non bis in idem*», CDJ 4/2003, pp. 41 y ss.

Sentencia de 11 de octubre de 1999 [STC 177/1999 (79)] (80). Si bien la sentencia vuelve a repetir que la sanción administrativa impuesta por resolución *firme* dictada incluso antes de la apertura del procedimiento penal, impide el posterior enjuiciamiento del mismo *sujeto* por los mismos *hechos y fundamento* en la jurisdicción penal, señalando que no cabe oponer a esta apreciación que el organismo administrativo competente para el ejercicio de dicha potestad sancionadora incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por si el hecho fuese constitutivo de delito. Tal incumplimiento por la Administración prevea, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor, ajeno por completo a dicho incumplimiento y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo.

Sin embargo, el Voto Particular de los magistrados P. Cruz Villalón y M. E. Casas Baamonde se pronuncia, en el caso concreto, en contra de apreciar lesión del principio *non bis in idem*. Sus argumentos son tan generales, que pueden significar, en la práctica, la pretensión incorrecta de una generalizada coexistencia entre sanción administrativa y penal. En efecto, no de otro modo puede entenderse la consideración de que «la infracción administrativa, tal y como se configura en la Ley de aguas, fue el medio necesario para cometer el delito contra el medio ambiente». Algo así como que verter aguas sin la preceptiva autorización de un lado y hacerlo, del otro, poniendo en grave peligro la salud de las personas, o las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones, constituyera una especie de concurso de infracciones que deben de ser castigadas conjuntamente, porque la sanción aislada (penal o administrativa) no abarcaría exhaustivamente la antijuricidad o gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. Esta argumentación, sería endosable a casi todos los supuestos, incluido el que nos ocupa contra la Hacienda Pública, por cuanto la infracción administrativa puede considerarse, en cada caso concreto, medio o camino para la infracción penal. En realidad, el razonamiento no es aceptable porque hay que atender exclusivamente a la identidad del *sujeto, hecho* (81) y *fundamento* (82),

(79) Vid. CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, «Infracción administrativa e infracción penal en el delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal» (comentario a la STC 177/1999), pp. 159 y ss.

(80) En idéntico sentido a la doctrina tradicional anterior se mantuvo la posterior STC 152/2001, de 2 de julio.

(81) Sobre la identidad fáctica, resulta de especial importancia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, desde la controvertida sentencia del caso *Fischer v. Austria*, el Tribunal sostiene que –en el marco de la tradición del principio *non bis in idem* y desde el *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*– el principio *non bis in idem* implica un *idem* fáctico, sin que sea necesario ni el bien jurídico protegido ni la calificación jurídica de los hechos. Vid. extensamente sobre este aspecto, VERVAELE, J., «El principio *non bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, 5/2004, pp. 1 y ss.

(82) Entienden que no hay identidad de sujeto, hecho y fundamento en el sentido del Voto particular, CORCOY BIDASOLO y GALLEGO SOLER, «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal» (Comentario a la STC 177/1999), pp. 164, 165 y 166 y ss., pues consideran: 1) que no hay identidad se *sujeto*, ya que la sanción administrativa se impuso a la empresa, mientras que la condena penal recayó sobre la persona del Consejero delegado (p. 164). Argumento no atendible, pues ello se daría entonces en todos los posibles casos, dado que las personas jurídicas no son sancionables penalmente. El destinatario de la norma administrativa y penal

y no a si la ausencia de autorización (infracción administrativa) es medio para el delito (83).

Por otro lado, lo que preocupa fundamentalmente a los titulares del voto particular es el hecho de que la prioridad temporal de la sanción administrativa sea causa de la imposibilidad de castigar penalmente, porque, para ellos, el sentido del principio del *non bis in idem* es el inverso, esto es, impedir la sanción administrativa porque el autor ha sido ya castigado con pena. «Aun si en los hechos de la causa –se sostiene en el voto particular– hubiera existido una identidad tal que justificara la aplicación del principio *ne bis in idem*, la solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional.» Este argumento es realmente desconcertante, pues si el Tribunal Constitucional entiende que la norma del principio *non bis in idem* está prevista para reparar los errores de la actividad de la Administración a costa de los derechos de los ciudadanos, entonces algo ha dejado de funcionar en este Estado de Derecho.

Sin embargo, como ya hemos indicado, el cambio más radical se produce con la STC 2/2003 (84), de 16 de enero, y es confirmado nuevamente con la STC 52/2003, de 24 de febrero. La nueva doctrina en materia de *bis in idem* se inclina por evitar una interpretación que obligue a entender que existe una dependencia de la jurisdicción penal de las decisiones sancionadoras previas de la Administración. En definitiva se viene a sostener que pueden coexistir una previa sanción administrativa y una posterior sanción penal, siempre y cuando en la aplicación de la sanción penal se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad. La finalidad del principio *non bis in idem* sería evitar una reacción sancionadora desproporcionada.

es el mismo sujeto; 2) por lo demás coinciden también con los argumentos del Voto particular respecto de la existencia de identidad de hechos y fundamento entre la conducta sancionada administrativamente y la sancionada en sede penal (p. 165 y ss.), cuestión que ya hemos criticado *ut supra*.

(83) El voto particular no es insensible al hecho de que la identidad de *fundamento* significa identidad del bien jurídico protegido, por lo que, con el fin de sostener su tesis, afirma que las conductas «lesiona intereses jurídicos diferentes». En efecto, según su criterio, mientras el delito exige un peligro para la salud de las personas o las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones, «el interés que salvaguarda la infracción administrativa no es el mismo, operando sobre los «vertidos de aguas» en orden a la defensa de su calidad o de las condiciones de desagüe del cauce receptor a cuyo control destina la exigencia de la autorización correspondiente». Este entendimiento conduce a una concepción del medio ambiente como bien jurídico que nosotros rechazamos por absurdo. Obsérvese que para los firmantes del voto particular, la «calidad de las aguas» o «las condiciones de desagüe» pueden ser objeto de protección con independencia del peligro que supongan para la salud humana. Sin necesidad de sumarnos a una concepción antropocéntrica del medio ambiente como bien jurídico, nos parece indiscutible que la «calidad de las aguas» sólo se puede definir en función del riesgo para la salud humana o la vida animal (al servicio del ser humano) o los bosques (al servicio del ser humano) etc. En definitiva, la infracción administrativa que desoye la preceptiva autorización administrativa para el vertido de aguas, pone en peligro la salud de las personas, por lo que la sanción penal, tras la ya impuesta de carácter administrativo, lesiona el *non bis in idem*.

(84) Extensamente, JAÉN VALLEJO, M., «A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003. Principio constitucional *ne bis in idem*», Actualidad Penal 584/2003, pp. 2 y ss. IGLESIAS MACHADO/MORENO BRAVO, «La prohibición de la duplicidad de sanciones y el principio *non bis in idem* desde la jurisprudencia constitucional y penal», CPC 89/2006, pp. 84 y ss. Críticamente sobre esta sentencia, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., El principio *non bis in idem*, 2004, pp. 67 y ss. al entender que la resolución jurisprudencial de esta sentencia tendría un difícil encaje con los tratados internacionales.

V. CONCLUSIONES

El derecho sancionador en su conjunto, es decir, Derecho administrativo sancionador y Derecho penal, ha de respetar los principios que inspiran el Derecho penal, porque ambas ramas jurídicas tienen un mismo sentido retributivo, como así ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional desde antiguo y en lo sustancial no modificado, en SSTC 8 junio 1981, 4 febrero 1983 y 3 octubre 1983 23 y la Sala cuarta del Tribunal Supremo en SSTS 18 febrero 1981 y 15 julio 1982. Esto significa que los principios de legalidad, culpabilidad, personalidad de las sanciones, principio del hecho, etc., han de cumplirse en el derecho administrativo sancionador, al igual que se establece ya en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 24. Que ésta es la voluntad de la Ley es evidente, como puede comprobarse en la existencia del Título IX dedicado a la potestad sancionadora de la Administración y en la propia definición de los principios de los arts. 127-131 LRJAC al consagrar el *principio de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia, y el de irretroactividad*.

En cualquier caso, el conjunto de las infracciones y sanciones tributarias debe regirse conforme a los principios propios del Derecho penal y aquellos defectos que la Ley General Tributaria ostentara, podrían ser corregidos mediante la vía del recurso correspondiente ante los Tribunales de Justicia y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional.

