



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho administrativo sancionador (parte general). Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008.

El derecho penal y el derecho administrativo sancionador son indudablemente dos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos.

Sin embargo, en nuestro país, no ha sido sino hasta en fechas recientes que la jurisprudencia ha interpretado los principios del derecho administrativo sancionador, mediante el uso prudente de las técnicas garantistas del derecho penal. Debido a esto, el estudio y aplicación de esta rama del derecho administrativo se encuentra en una etapa muy temprana, pues en la cotidianidad se percibe que algunas sanciones administrativas carecen de las garantías que aseguran la correcta tutela de los derechos o bienes jurídicos en cuestión.

Ante la falta de estudios especializados en la materia, la línea tan difusa que separa al derecho penal del derecho administrativo sancionador, puede llegar a crear una confusión entre los ilícitos administrativos y penales, y de las penas que le competen a cada uno.

Y ante esta situación, es imprescindible someter la potestad sancionadora del Estado a férreos controles y límites, en la medida en que los mismos sean compatibles con el cumplimiento de la función a la que está destinada.

Es por eso que Manuel Gómez Tomillo, profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Valladolid, España, en su *Derecho administrativo sancionador (parte general)* nos ilustra brillantemente sobre los problemas jurídicos a los que nos expone el ejercicio de esta extendida potestad estatal. Su obra nos ofrece una teoría general de la infracción administrativa, por lo que representaría para nuestro sistema jurídico una base doctrinal y científica que ayudaría a comprender con claridad el derecho administrativo sancionador, además de ser un pilar en la creación de futuras referencias científicas en nuestro país.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIII, núm. 127,
enero-abril de 2010, pp. 411-419

A tal fin, el autor parte de tres ideas fundamentales. En primer lugar, el enorme poder sancionatorio que en las sociedades contemporáneas ha adquirido la administración, en ocasiones muy superior al característico del derecho penal.

En segundo lugar, la unidad característica del derecho administrativo sancionador y el derecho penal.

En tercer lugar, los escasos controles a los que el derecho administrativo sancionador se encuentra sometido (se ha dicho con una afortunada frase de Eduardo García de Enterría, que estamos ante un derecho represivo de características prebeccarianas). Este último déficit se ha pretendido colmar, siguiendo la estela de otros autores alemanes (por ejemplo, *Ordnungswidrigkeitenrecht, Grundriss für Praxis und Ausbildung*, 2 Auf., 2004; Mitsch, W., *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Springer, 2 Auf., 2005, entre otros), para lo que se ha emprendido la tarea de formular una teoría de la infracción administrativa partiendo de la teoría general del delito, lo que permite trasladar los mecanismos garantistas característicos del derecho penal al derecho administrativo sancionador.

Las 714 páginas se estructuran en cuatro partes claramente diferenciadas: derecho penal y derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, la teoría general de la infracción administrativa y, por fin, aspectos procedimentales. Cada una de esas partes presenta un perfil propio, si bien, con carácter general, supone la traslación de los esquemas característicos de los tratados de derecho penal material al derecho administrativo sancionador.

La primera parte aborda, por un lado, la tendencia político criminal a la despenalización y, por otro, la distinción entre delito e infracción administrativa. En cuanto a lo primero, destaca el rechazo de las teorías que pretenden crear un derecho de intervención (como la de Hassemer) a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, o un derecho penal de dos velocidades (sobre todo la de Silva Sánchez). Por lo que respecta a la distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, opta por la teoría unitaria, conforme a la cual ambos fenómenos poseen idéntica naturaleza jurídica. Esta última constituye, probablemente, la piedra angular de la obra, toda vez que sobre tal base se asientan

múltiples de las tesis defendidas posteriormente: ante la deficiente regulación característica del derecho administrativo sancionador, procede de la aplicación analógica de las disposiciones del derecho penal, cuyas garantías seculares, además, deben operar como freno de la expansión sancionatoria administrativa característica de nuestras sociedades. Con tal fin despliega una amplia gama de argumentos: históricos, el fin común, la protección de bienes jurídicos, la función común, preventiva, la fluidez entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, la definición común de delito e infracción administrativa como acción típica antijurídica y culpable, la conexión matemática entre algunas figuras de delito e infracciones administrativas (en España, por ejemplo, hay delito fiscal cuando la defraudación a la hacienda pública desborda los 120,000 euros, mientras que por debajo hay sólo una infracción administrativa), las coincidencias regulativas, el principio *non bis in idem* que sólo se explica cuando se parte de la tesis unitaria y un amplio etcétera (pp. 68 y ss.) Esta primera parte concluye con una serie de propuestas de mínimos en cuanto a la delimitación político-legislativa entre ambos sectores, la cual tiene que ser necesariamente flexible, puesto que depende de criterios de oportunidad no susceptibles de matematización (pp. 91 y ss.).

La segunda parte se dedica al estudio del principio de legalidad. En este contexto es donde se estudian los cuatro corolarios asociados al mismo, que son el principio de reserva de ley, la irretroactividad de las leyes penales, el principio de taxatividad y la prohibición de analogía, a cada uno de los cuales dedica un extenso capítulo.

En la tercera parte, en relación con la reserva de ley (pp. 99 y ss.), partiendo de la identidad sustancial de infracciones administrativas y delitos, sostiene la necesidad de equiparar las garantías características de ambos. Tan sólo se contemplan dos supuestos excepcionales en los que cabría una distinta consideración y, consecuentemente, una cierta relajación de la reserva de ley. En primer lugar, en las hipótesis de reglamentos emanados de órganos administrativos representativos colegiados, escogidos por sufragio, dentro del marco de sus competencias y cuyo fundamento residiría en su legitimidad democrática directa. Ello tendría aplicación a los entes locales y en otros ámbitos, como, por ejemplo, los claustros universitarios y los órganos de gobierno de los colegios profesionales escogidos por sufragio. En segun-

do lugar, en los casos en los que se respete el esquema de las leyes penales en blanco, diseñado en el ámbito del derecho penal en sentido estricto, donde propugna trasladar al ámbito sancionador administrativo los tres requisitos que el Tribunal Constitucional español ha exigido para admitir la constitucionalidad de esta técnica legislativa: que el núcleo del comportamiento prohibido se encuentre claramente expresado en la norma penal, que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado por razón del bien jurídico protegido.

La cuarta parte se dedica al estudio del principio de taxatividad, en donde se manifiesta en contra de la teoría que sostiene que cuanto menos grave es la sanción, con menor rigor debe plantearse el principio de taxatividad o, dicho con otras palabras, es aceptable un mayor grado de indeterminación, en cuanto implica una renuncia al principio de separación de poderes, al tiempo que ignora de forma peligrosa los enormes poderes punitivos en manos de la administración, muchas veces ejecutados por funcionarios de una formación jurídica menor que la característica del Poder Judicial. En el mismo contexto rechaza la técnica consistente en tipificar como infracción el incumplimiento de deberes genéricos establecidos en la misma ley como incompatible con la garantía de taxatividad (pp. 129 y ss.).

El tercer corolario examinado resulta ser la prohibición de analogía que diferencia de la interpretación extensiva, la cual resultaría admisible en el derecho sancionador, junto con las llamadas cláusulas generales de analogía y la analogía *in bonam partem* (pp. 139 y ss.).

Las páginas 141 y siguientes se destinan al estudio del principio de irretroactividad de las normas sancionatorias y a la retroactividad de las disposiciones favorables, en cuyo seno, como ocurre en los tradicionales manuales de derecho penal, se trata la cuestión de las normas sancionatorias intermedias y temporales.

Singular importancia posee el capítulo dedicado al estudio del principio *non bis in idem*, donde se posiciona a favor de la tesis que mantiene la primacía del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador, para evitar priorizar la vertiente formal de la prohibición de *bis in idem* frente a la material, a cuya garantía está preordenada la primera; o, con otras palabras, dar prioridad a lo que resulta ser un mero instrumento sobre el objetivo que se pretende alcanzar con ese instrumento (p. 173). Dos cuestiones centrales más se

analizan en el mismo ámbito, entre otras: la cuestión del concurso aparente de normas sancionatorias administrativas (donde emplea los principios penales de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) y la operatividad del principio, cuando uno de los sujetos sancionados es una persona jurídica. En cuanto a esto último, se pronuncia favorable tanto a compatibilizar la sanción administrativa sobre una persona jurídica cuando la pena afecte a una persona física (pp. 186 y ss.), como a simultanejar dos sanciones penales o administrativas que incidan sobre personas físicas y jurídicas por los mismos hechos, siempre que aquéllas sean diferentes (pp. 190 y ss.).

La parte destinada al principio de legalidad concluye con un capítulo, el octavo, dedicado al estudio del derecho disciplinario, el cual se concibe como una parte más del derecho administrativo sancionador, que, a su vez, forma un todo con el derecho penal, sometido, pues, a sus principios y singularmente al de legalidad, desecharlo las tesis que lo conciben como un *aliud* o un *minus*.

La tercera parte formula propiamente la teoría general de la infracción administrativa, trasladando las categorías características del derecho penal, algo que resultaba extremadamente infrecuente en la literatura científica en español. Así, parte de una definición que la concibe de forma perfectamente identificable con el delito como acción, u omisión, típica, antijurídica y culpable (p. 232), para posteriormente disecionar cada una de las piezas en las que se estructura la definición, siguiendo el esquema característico de los tratados de derecho penal. Con carácter general, destacan los distintos desarrollos dogmáticos empleados en función de si el sujeto activo es una persona física o jurídica, por lo que se opta por las posiciones que vienen reclamando en el marco del derecho penal por una teoría diferenciada. En todo caso, el esquema utilizado es el característico de la teoría del delito, estudiándose la totalidad de elementos característicos de aquélla: la acción (pp. 43 y ss.), la omisión (pp. 253 y ss.), la tipicidad objetiva (pp. 279 y ss.) y subjetiva (pp. 305 y ss.), la antijuridicidad (pp. 365 y ss.), la culpabilidad (pp. 377 y ss.) y la punibilidad (pp. 443 y ss.); la infracción intentada (pp. 449 y ss.), teoría de la autoría y la participación (pp. 453 y ss.) y, finalmente, el concurso de infracciones (pp. 513 y ss.). Resulta imposible extractar la totalidad de aspectos desarrollados en las páginas citadas, por lo que destacamos tres aspectos

concretos. El tratamiento de la tipicidad subjetiva y la responsabilidad solidaria, dentro de una amplia teoría de la autoría y la participación de corte penalista. Por lo que respecta a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, quizá merezca la pena hacer referencia a la construcción efectuada en materia de culpabilidad.

A la tipicidad subjetiva, se le dedican tres capítulos. El catorce dedicado a delimitar el principio de culpabilidad e imputación subjetiva, a analizar la diferente consideración del dolo y la culpa en el derecho administrativo sancionador y su proyección en las infracciones cometidas por personas jurídicas; el quince se destina al dolo y el diecisésis, a la imprudencia. Destacamos, frente a determinadas posiciones doctrinales, la defensa de la necesidad de diferenciar a efectos punitivos las infracciones administrativas dolosas e imprudentes (pp. 316 y ss.), aceptando que, sin embargo, dolo y culpa pueden operar como un mero factor de modulación de la responsabilidad en las infracciones de las personas jurídicas (pp. 321 y ss.).

Asimismo, resulta interesante la idea de que en el derecho administrativo sancionador debe alterarse lo que constituye el esquema clásico del derecho penal, donde el dolo es la regla y la imprudencia la excepción, lo que, propugna, debería reflejar la legislación mediante una cláusula *ad hoc* (pp. 353 y ss.).

Por lo que respecta a la responsabilidad solidaria, es analizada en el capítulo 26, donde se realiza una demoledora crítica del fenómeno (pp. 503 y ss.), habitualísimo en el derecho administrativo sancionador de muy diversos países. Así, sostiene que no se justifica por razones recaudatorias, ni preventivas, al tiempo que suscita múltiples problemas, como el del reparto de la cuota entre los diversos obligados y resulta incompatible con elementales postulados constitucionales contemporáneos, como el principio de personalidad de las sanciones, el principio de proporcionalidad o el principio de igualdad.

Si en lo que a la culpabilidad de las personas físicas se había optado por la clásica construcción normativa que proviene de Frank (el juicio de reproche formulado contra un sujeto que pudo haber obrado conforme a derecho y no lo hizo, pp. 382 y ss.), se varía el planteamiento en el caso de las personas jurídicas, donde se acepta, con matices, la construcción de Tiedemann (pp. 434 y ss.). Conforme a esta última, sería necesario verificar que la infracción administrativa

cometida por la persona jurídica se debió a un defecto de organización, lo que requeriría una consideración individualizada de carácter valorativo, caso por caso, y sin presunciones de ninguna clase. Con carácter general, en materia de culpabilidad, se propugna por utilizar mediante un razonamiento analógico las disposiciones características del derecho penal cuando no haya expresa previsión legal. Ello ocurriría, al menos, con el error de prohibición (pp. 404 y ss.), la inimputabilidad (pp. 395 y ss.), el estado de necesidad y la minoría de edad penal: salvo en este último caso, que esté justificado teleológicamente llegar a conclusiones diversas, como cuando la infracción se dirija claramente a menores de edad (pp. 391 y ss.).

La tercera parte finaliza con tres capítulos dedicados al estudio de la extinción de la responsabilidad administrativa, los capítulos 26, 27 y 28, dedicados fundamentalmente a la prescripción (ampliamente tratada), muerte y disolución de las personas jurídicas.

La obra que se reseña concluye con una cuarta parte dedicada al estudio de cuestiones de naturaleza procedural, estrechamente unidas a la idea de infracción administrativa concebida como acción, u omisión, típica, antijurídica y culpable. Así, el capítulo 30 examina el principio de oportunidad en el ámbito administrativo, de cuya existencia, en principio, no duda, al menos por dos motivos: por una parte, por la idea que, en su momento, pusiera de manifiesto en el ámbito administrativo Nieto, aunque sea tan frecuente en el marco procesal penal: *ad impossibilia nemo tenetur*; hasta el más escrupuloso de los ciudadanos se encuentra permanentemente en una situación de contradicción con las múltiples normas administrativas que regulan nuestras vidas. Si la administración debiese necesariamente perseguir todas y sancionar cada una de las infracciones que detecta se colapsaría (p. 580). En segundo lugar, propugna efectuar una distinción en el tratamiento que merecen los casos en los que la Ley no prevé el deber de la administración de sancionar, y aquellas otras hipótesis en las que una hay norma que expresamente impone tal deber, en cuyo caso cabe la posibilidad de imponer la persecución penal mediante el auxilio de figuras delictivas, lo cual requiere de un complejo desarrollo dogmático que analiza en las pp. 588 y ss.

El capítulo 31 regula ciertos aspectos del derecho a ser informado de la acusación, concretamente, la posibilidad de cambiar la califica-

ción, objetiva y subjetiva, del hecho infractor, bien por parte de los tribunales de justicia al revisar la efectuada por la administración, bien por la propia administración, especialmente, en el tránsito de la fase de instrucción a la fase de calificación definitiva. Al respecto, el autor se manifiesta crítico con tal posibilidad, fundamentalmente cuando no se escucha al infractor, incluso en las hipótesis en las que en cambio le beneficie. Los argumentos empleados para ello, en parte de procedencia procesal penal, son múltiples. Así, entre otros, sostiene que tal cambio de calificación generaría indefensión en el infractor, ya que cierra el paso a que pueda apuntar interpretaciones más acordes con el principio de legalidad, error de prohibición, circunstancias atenuantes especiales, causas de justificación especiales, la posible inconstitucionalidad del precepto, o, en los casos en los que la punibilidad de una conducta dependa de una norma reglamentaria, la ilegalidad de la citada norma (pp. 606 y ss., 615 y ss.).

Merece, asimismo, una expresa consideración los capítulos 32 y 33. El primero de ellos se dedica a la central cuestión de la carga de la prueba, donde disecciona diversas posibilidades: los hechos objetivos, los subjetivos, las causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad y, finalmente, las causas de extinción de la responsabilidad. El segundo examina algunos aspectos de la estructura de la resolución administrativo-sancionadora y derecho a la defensa, concretamente la necesaria correlación entre el relato de hechos probados y la calificación jurídica. Dicho con otras palabras, subraya la necesidad de que los hechos probados sean la base sobre la que se asiente la calificación jurídica, de forma que en él se tienen que contener todos los elementos necesarios para afirmar la presencia de la conducta típica. Lo que no cabe es presumir elementos típicos que no constan entre los hechos probados o que el infractor tenga que escudriñar la resolución para encontrar los hechos sobre los que se asienta su responsabilidad (p. 646), aspecto, en principio elemental, pero en la práctica frecuentemente ignorado por las resoluciones sancionatorias.

Finalmente, concluyo el resumen de aspectos relevantes de la obra que nos ocupa, haciendo referencia al último capítulo del libro, el 35, donde el autor efectúa alguna reflexión sobre la jurisdicción penal y el derecho administrativo sancionador. Así, asume que resulta imposible que el sistema español adopte el modelo conforme al cual

la jurisdicción penal conoce de los recursos contra sanciones impuestas por la administración. Sin embargo, a la vista de la gravedad de las sanciones susceptibles de ser impuestas por la administración, subraya que se requiere de un nivel máximo de garantías, análogo al de los delitos. De ahí que estime razonable proponer que, al menos, los supuestos de sanciones más graves sean conocidos por la jurisdicción penal y, especialmente, los que impliquen la privación definitiva de derechos (p. 662).

Con carácter general y de una forma exhaustiva, Gómez Tomillo utiliza amplios materiales bibliográficos y jurisprudenciales. En cuanto a los primeros, procedentes de las doctrinas española, italiana, alemana, estadounidense y sudamericana. Los segundos acercan al lector interesado a la doctrina que dimana fundamentalmente de los tribunales Constitucional y Supremo español, si bien también se encuentran frecuentes referencias, aunque en menor medida, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde la perspectiva de las carencias de la obra, resultan evidentes dos de ellas. En primer lugar, adolece de la falta de una amplia parte procedural y una teoría de la sanción administrativa en sentido estricto. No obstante, debe subrayarse que una extensa consideración de ambos aspectos desbordaría el marco estricto del derecho penal en el que se mueve el autor, haría inmanejable la obra, al tiempo que no se puede olvidar que se trata de aspectos muy en contacto con el derecho positivo del que se parta, por lo que poseen un carácter mucho más contingente. En segundo lugar, resulta reducido el tratamiento del derecho disciplinario, si bien el propio autor pone de manifiesto que requiere de un tratamiento específico que desborda las posibilidades de su obra, por lo que se limita a efectuar alguna consideración que define su punto de vista sin ánimo de exhaustividad.

Así pues, esta obra doctrinal viene a enriquecer nuestro panorama sobre la teoría general del ilícito administrativo, quedando como una base esencial a la hora de profundizar en dicha cuestión.

Lorena E. REGIS CARRILLO*

* Profesora de la Universidad Autónoma de Durango, Campus Zacatecas, y doctoranda en derecho penal por la Universidad de Valladolid, España.