

***FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE
VALENCIA.***

***FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA
HABANA.***

TEMA CENTRAL:

“LOS PROBLEMAS ACTUALES EN CIENCIAS JURIDICAS”

***TEMA: “EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM, SANCIONES
PENALES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS”***

***AUTORA LIC. ANGELA GÓMEZ PÉREZ.
PROFESORA DE DERECHO PENAL.
FACULTAD DE DERECHO. U.H.***

***TUTORA: DRA. ANGELES JAREÑO LEAL
PROFESORA TITULAR FAC. DERECHO
UNIVERSIDAD DE VALENCIA.***

VALENCIA 2000

*A mis seres queridos,
por su amor y
comprensión.*

INDICE TEMÁTICO

	Págs.
INTRODUCCIÓN.....	5-9

CAPITULO I

EL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

1- El poder punitivo del Estado.....	10-15
2- Principios limitadores del poder punitivo del Estado según la Doctrina.....	15-21

CAPITULO II

EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

1- La potestad sancionadora de la Administración.....	22-29
2- Principios limitadores de la Potestad sancionadora de la Administración.....	29-31
2.1- En el Derecho español.....	31-35
2.2- En el Derecho cubano.....	35-37
3- Marco jurídico de la potestad sancionadora. En España.....	37-46
2.2- En Cuba.....	46-52

CAPITULO III
EL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM"

1- El problema de la confluencia de normas penales y Administrativas.....	53
2- Definición del principio <i>non bis in ídem</i>	54-60
2.1- consideraciones doctrinales acerca del origen del <i>non bis in ídem</i>	60-65
3- Regulaciones sobre el <i>non bis in ídem</i> en la Legislación administrativa sancionadora española.....	65-70
4- Tratamiento a la problemática en Cuba.....	70-80
 CONCLUSIONES.....	 81-85
 ANEXO N° 1.....	 86-88
 BIBLIOGRAFIA.....	 89-93
 LEGISLACIÓN CONSULTADA.....	 94-95
 JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	 96
 INDICE DE ABREVIATURAS.....	 97

;Error! Marcador no definido.**INTRODUCCION**;Error! Marcador no definido.

Con el presente estudio pretendo reflexionar sobre las complejidades de la aplicación del principio *non bis in ídem* durante el ejercicio del poder punitivo del Estado y de la potestad sancionadora de la Administración, cuando se involucran y colisionan sistemas normativos diferentes (Administrativo y Penal), debido a la pluralidad de tipificaciones de un mismo supuesto de hecho.

El creciente incremento legislativo de carácter administrativo sancionador en todos los países, es una realidad que no puede pasar inadvertida para la ciencia del Derecho, no obstante aún deja mucho que desear su desarrollo teórico, legal e institucional.

El auge alcanzado por el "Derecho Administrativo Sancionador", es en cierto modo, una consecuencia de la descarga de los sistemas penales recargados, que han evacuado los tipos delictivos de escasa relevancia jurídica en el orden penal hacia los sistemas normativos sancionadores de la Administración; y es también el resultado de una tendencia a la administrativización del Derecho Penal, con base en el principio de mínima intervención penal.

Por otra parte, no es dable ignorar, que el vertiginoso desarrollo tecnológico del siglo XX, ha impuesto en el planeta la necesidad de dar protección legal a nuevos bienes jurídicos, introducidos con los avances de la Informática, la Genética, los efectos de la industrialización en la Ecología,

y otras muchas regulaciones de carácter social y económico, de modo que el intervencionismo estatal, a través de estas agencias de control social formal, es cada vez mayor.

Sin embargo, pudiera decirse, que el Derecho Administrativo Sancionador, en cierta manera nace auto flagelado, pues de una parte, sus disposiciones son el fruto de las decisiones de las instancias ejecutivas del Estado, impulsadas por las urgencias de la práctica gubernativa, con ignorancia de una concepción de sistema en su normativa, en muchos casos haciendo dejación de su articulación con los principios generales del Derecho y del Ordenamiento jurídico; y en otro sentido por su recurrencia al Derecho Penal para servirse de sus instituciones, reglas y principios, sin antes haberlos matizado y adecuado a sus requerimientos propios, y lo peor, sin hacerlos preceptivamente suyos.

Esta gama de razones ha dejado su huella epistemológica en el curso de la evolución de esta materia, y ha propiciado diversas definiciones conceptuales sobre la misma, desde los que la han considerado una rama autónoma y la han denominado Derecho Penal Administrativo (Teorías de Otto Mayer y James Goldschmidt), los que la ubican como un Derecho especial o de excepción, que se sirve de los mismos principios del Derecho Penal (Enrique Aftalión), Los que la consideran un Derecho ramal legislativo, que debe articularse al sector jurídico de cada una de las ramas que regula (Juan Vega Vega), y otras muchas definiciones que no es dable mencionar en tan apretado espacio, hasta llegar a la más reciente de "Derecho Administrativo Sancionador" (García de Enterría, Nieto A., Parada R., Carretero P., etc), que considero congruente con el lugar que ocupa, al menos por ahora, esta parte del Derecho dentro del Ordenamiento Jurídico.

A partir de esta última definición, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora es considerada como parte de las funciones de la Administración Pública, por lo que las normas que la regulan (el Derecho Administrativo Sancionador), se insertan en el campo del Derecho Administrativo, y se deben nutrir de los principios y reglas que lo informan, desde su matriz constitucional y del Derecho Público Estatal, (al que también concurre a su vez el Derecho Penal), del que podrá igualmente informarse para el desarrollo de las instituciones, y reglas que resulten útiles y adecuadas a su actividad.

Pareciera que al fin se logra encausar por la Doctrina la interrelación de esta materia con las que le son afines dentro del Ordenamiento Jurídico, más la realidad se encarga de afirmar lo contrario: a partir de las oscilaciones legislativas que tipifican supuestos de hechos que pueden tener un tratamiento administrativo o penal, sujetos a determinadas circunstancias a valorar por los operadores de los sistemas represivos, que no siempre resultan funcionarios capaces para responder a estas exigencias, ni cuentan con regulaciones inequívocas que rijan el procedimiento en vía administrativa.

Son precisamente estas situaciones conflictivas, las que pueden dar lugar a que se vulnere el principio *non bis in ídem*, cuando exista la triple identidad exigida, con las consecuentes afectaciones para el autor del hecho.

La razón fundamental por la que centré mi investigación en el problema de la colisión de normas (penales y administrativas), tiene su punto de partida en investigaciones realizadas con anterioridad sobre el funcionamiento del

Sistema Contravencional en mi país, a través de las cuales pude percatarme de la ausencia de instrumentación jurídica para dar tratamiento legal al concurso aparente de leyes (penales y administrativas); así como para restituir la legalidad en los casos de duplicidad de sanciones y quebrantamiento del principio *non bis in ídem*.

Esta situación se ha agudizado debido al incremento que en los últimos años se ha observado en las regulaciones represivas de carácter administrativo, a lo que hay que añadir, que por razones de política criminal, existe un campo en retirada de la frontera de lo punible en base al "principio de mínima intervención penal", en el que se ubican figuras de ilícitos que pueden tener un tratamiento penal o administrativo, en dependencia de determinadas circunstancias, sin que haya un desarrollo institucional semejante, que viabilice su aplicación, con las debidas garantías sustantivas y procesales.

Nuestro Ordenamiento Jurídico no escapa a estas anomalías, de modo que también registra múltiples tipicidades de ilícitos en una misma rama, y en ramas diferentes, dejando la vía expedita para que se produzca la violación del principio *non bis in ídem*, cuestión ésta de difícil solución por la práctica jurídica, dada la ausencia de instrumentación legal prevista para su tratamiento, que puede ser de hecho resuelta por los correspondientes operadores de forma casuística y heterogénea.

El campo de este estudio lo he enmarcado en el ámbito penal y administrativo, pero he excluido de la esfera administrativa lo concerniente al régimen disciplinario de los agentes de la Administración pública, por tratarse de

regulaciones que en general soportan el *bis in ídem*, lo cual extrapola el conjunto de objetivos que nos hemos trazado con esta investigación.

Para realizar este trabajo, he utilizado el método de investigación teórico doctrinal en relación con el material bibliográfico consultado; y el método dogmático lógico abstracto para el análisis de la Legislación.

Los objetivos que persigo están dirigidos a obtener información doctrinal, y del Derecho Comparado español, que me permitan valorar los problemas de nuestro Derecho Administrativo Sancionador desde una práctica jurisprudencial más experimentada, especialmente en lo relativo a la aplicación del principio que me ocupa, y sus soluciones legales.

Puedo decir que en mi país confronté serias dificultades con el material bibliográfico, pues sobre Derecho Administrativo Sancionador no existen antecedentes doctrinales en Cuba, ni ha sido objeto de interés antes por el sector académico. Además el tema específico escogido es sumamente técnico y procedimental, y en este sentido tenemos como límite la carencia de Jurisprudencia constitucional; pero para colmar todo esto, hay que agregar el hecho de que la Administración no está sujeta a Jurisdicción alguna para hacer uso de su potestad sancionadora, por lo que tampoco los Tribunales Ordinarios aportan Jurisprudencia sobre el tema.

Esta situación bibliográfica tuvo solución durante la estancia en Valencia, donde he tenido la oportunidad de consultar textos actualizados sobre la materia, y dar conclusión a mi trabajo.

CAPITULO I

EL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

1- EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.

A decir de García Cotarelo,

*"Hay un acuerdo generalizado en la Ciencia Política en que debe situarse el origen del Estado en el sentido en que hoy lo entendemos [...] en el Renacimiento [...] el Renacimiento coincidiría a estos efectos con la época de formación de los Estados nacionales, a finales del siglo XV y principios del XVI, esto es, con la victoria sobre la poliarquía feudal de unos reinos en los que un poder político único que no se admitía segundo a ninguno, dominaba sobre una gran extensión territorial, antaño dividida en múltiples centros de autoridad."*¹

El autor aclara que los teóricos políticos de esos siglos (Hobbes, Bodino, Locke, Rosseau), se referían al mismo Estado al que hacían alusión los filósofos griegos, y llama la atención acerca de que no se trata de ignorar la existencia de organización del poder político desde los tiempos más remotos, sino de definir la época en que aparece el Estado organizado de la forma que hoy lo conocemos.

Entre los elementos materiales de poder del Estado encontramos en primer orden "el poder punitivo" que, haciendo abstracción del elemento "ideológico", ha sido en todos los

¹ García Cotarelo, R., "Teoría del Estado y Sistemas Políticos. Parte General". Reimpresión con fines didácticos. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1998, pág. 31

sistemas el modo de proveer las normas y los órganos destinados al control social, mediante el castigo de aquellas conductas consideradas delictivas, para garantizar el funcionamiento del Estado y la consecución de los fines propuestos; aunque desde luego, dependiendo de la función que se asigne al Estado, será la función que se asigne a su poder punitivo, y ello marcará, por supuesto el modo en que se haga uso de ese poder.

Son muchas las teorías que han sido desarrolladas acerca de la legitimidad del *ius puniendi*, pues el tema supone un componente valorativo que tome en cuenta diversos puntos de vista para lograr una orientación adecuada en su análisis (político, filosófico, histórico, sociológico, jurídico, etc.); no obstante hay un aspecto que deseamos puntualizar, y es que el ejercicio de la potestad sancionadora en un Estado democrático debe respetar las garantías propias del Estado de Derecho, que constituyen sus límites.

El Derecho Penal es analizado por la mayoría de los tratadistas en dos sentidos: el objetivo, que se refiere a todo su entramado normativo, y el subjetivo, entendido como el derecho del Estado a crear normas para castigar, y aplicarlas (el *ius puniendi*).

Acerca de la definición del *ius puniendi*, Mir Puig expresa:

"Se trata, (...) de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la

*máxima claridad posible como garantía del ciudadano."*²

El Derecho Penal objetivo es pues, el medio empleado por el Estado para ejercer su poder punitivo, y que Mir Puig define como: "(...) Conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica."³

Para Muñoz Conde y García Arán, el tema de la "(...) legitimidad del Derecho Penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no es, (...) una cuestión superflua, pero en cierto modo, está mas allá del Derecho Penal propiamente dicho"⁴, pues consideran que tal aspecto no puede ser desconectado del sistema político, social, económico y jurídico, y en tal sentido argumentan: "La legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene pues, del modelo fijado en la Constitución y de los pactos o tratados internacionales como la Declaración de Derechos Humanos, (...) que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio."⁵

Otros autores, como Cobo del Rosal y Vives Antón, hacen la reflexión desde los puntos de vista político y técnico; desde la óptica política, consideran que no está demasiado claro el argumento de partir de los derechos subjetivos del Estado y de los particulares, para legitimar el *ius puniendi*,

² Mir Puig, S., "Derecho Penal Parte General", 4ta. Edición, Barcelona, 1996, pág. 5

³ Mir Puig, S., Op. cit., pág. 11

⁴ Muñoz Conde, F y García Arán, M., "Derecho Penal Parte General", 2da. Edición, Valencia, 1996, pág. 68.

⁵ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., op. cit., pág. 68.

lo cual fundamentan: "En primer lugar, porque de la configuración del *ius puniendi* como derecho subjetivo, no siempre se ha de seguir la necesidad de respetar las garantías individuales. (...) y en segundo lugar, porque la negación del carácter de derecho subjetivo al *ius puniendi*, no va unida necesariamente a una concepción autoritaria o totalitaria del Estado, por el contrario, quienes afirmen que el poder punitivo es un poder jurídico, dicen por eso mismo, que debe ser limitado, (...) El derecho de castigar, sin duda, se hallará limitado por otros derechos, pero exactamente igual se hallará limitado, y por los mismos motivos, "el poder", si efectivamente ha de ser un poder jurídico"⁶

Desde la óptica técnica, estos últimos autores hacen dos precisiones, la primera sería: "(...)Cuando se aborda la cuestión de la naturaleza del poder punitivo, (...)se parte de que existen (...) derechos subjetivos frente al Estado, y también derechos subjetivos del Estado. El problema que se pretende dilucidar, es exclusivamente, el de si el poder punitivo puede contemplarse como uno de esos derechos subjetivos del Estado."⁷ Una segunda precisión al respecto apunta: "Si el derecho subjetivo se concibe como un puro reflejo del Derecho objetivo, al modo kelseniano, entonces la cuestión no tiene sentido, porque obviamente, el poder punitivo surge como reflejo del derecho objetivo. La distinción entre derecho subjetivo y poder jurídico sería, en tales términos, imposible."⁸

Concluyen planteando que: "*El poder punitivo no puede*

⁶ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón T.S., "Derecho Penal Parte General", 5ta. Edición, Valencia 1999, Pág. 60 y 61.

⁷ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., op. cit., pág. 61.

⁸ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., op. cit., pág. 61.

*configurarse como un derecho subjetivo. Es un poder que el derecho objetivo concede para su propia realización, y como poder, correspondiente a un órgano investido de "autoritas", debe definirse más exactamente como potestad. Ello no implica, obviamente, que se trate de un poder ilimitado. Al contrario, en la propia idea de poder de realización del derecho objetivo reside un fundamento profundamente limitativo que el pensamiento del ius puniendi no puede proporcionar."*⁹

Nos llama la atención, la reflexión que al respecto realizan Quintero Olivares y colectivo de autores, para quienes:

*"(...) El entendimiento de que el Derecho Penal subjetivo, ius puniendi, no ofrece una problemática especial, constituye, refugiado en una apariencia formalista, «un caballo de Troya» en el que se ocultan ciertas actitudes de los juristas ante el problema de la validez material del Derecho penal situándose en el marco del llamado ordenamiento jurídico positivo".¹⁰ y añade: "(...) El jurista, o, más concretamente el penalista moderno, no puede prescindir de la atención al origen de las leyes que estudia y explica. Si así lo hiciera, si renunciara a comenzar su crítica desde el momento en que las leyes se gestan, aceptaría tácitamente la validez y bondad de lo promulgado, y se contentaría con interpretar y criticar todo lo que le fuera dando el legislador. Es esta la consideración que me lleva a entender que la desatención hacia el llamado «ius puniendi» , en los que la practican, es algo más que un formalismo; es una implícita renuncia a ocuparse desde su raíz de la dimensión política de los delitos y las penas."*¹¹

Como ya hemos visto, los tratadistas más recientes no

⁹ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., op. cit., pág.64.

¹⁰ Quintero Olivares, G. y colectivo de autores. "Curso de Derecho Penal Parte General". CEDECS., Barcelona, 1996, pág. 6.

¹¹ Quintero Olivares, G. y colectivo de autores. op. cit., pág. 6 y 7.

comparten la idea de considerar el poder punitivo del Estado como un derecho, ya que eso no siempre implica una relación de derecho entre individuo y sociedad, puesto que no puede hablarse de tal cosa por ejemplo, en un Estado totalitario; y por otra parte, en los Estados democráticos, el reproche de culpabilidad por una conducta contraria a la que socialmente es permitida, y por lo tanto, la facultad de penarla, tampoco puede ser considerada un derecho, porque no es demostrable, sino axiológico, y en tales términos, pudieran tener sus propios códigos de valores los miembros de una sociedad, luego habría que entender esta actividad del Estado como un poder o potestad punitiva, necesaria por supuesto para evitar que las sociedades se desintegren.

2- PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO SEGÚN LA DOCTRINA.

Al referirse al garantismo penal, Ferrajoli señala: "El primer presupuesto de la función garantista del derecho y del proceso penal es el monopolio legal y judicial de la violencia represiva."¹² En esta obra, el autor parte de diez principios axiológicos del Derecho Penal que encuentran su origen en los siglos XVII y XVIII, fruto del pensamiento iusnaturalista de la Ilustración, donde se concibieron como principios políticos, morales, o naturales, de limitación del poder penal absoluto, y que han sido incorporados en mayor o menor grado a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos del moderno Estado de Derecho, y que relacionamos a continuación:

¹² Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colectivo de autores, Madrid, 1995. pág. 763

- A1 *"nulla poena sine crimine",*
- A2 *"nullum crimen sine lege"*
- A3 *"nulla lex (poenalis) sine necessitate"*
- A4 *"nulla necessitas sine iniuria"*
- A5 *"nulla iniuria sine actione"*
- A6 *"nulla actio sine culpa"*
- A7 *"nulla culpa sine iudicio"*
- A8 *"nullum iudicium sine accusatione"*
- A9 *"nulla accusatio sine probatione"*
- A10 *"nulla probatio sine defensione"*¹³

Los seis primeros principios los atribuye a las garantías penales, y los cuatro restantes a las procesales, que, además, hace coincidir en el mismo orden con otros diez principios consustanciales al Derecho Penal, tales como:

- 1- *"Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito"*
- 2- *"Principio de Legalidad en sentido lato o en sentido estricto"*
- 3- *"Principio de necesidad o de economía del derecho penal"*
- 4- *"Principio de lesividad o de ofensividad del acto"*
- 5- *"Principio de materialidad o de exterioridad de la acción"*
- 6- *"Principio de culpabilidad o de responsabilidad personal"*
- 7- *"Principio de jurisdiccionalidad, en sentido lato o en sentido estricto"*
- 8- *"Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación"*
- 9- *"Principio de la carga de la prueba o de verificación"*
- 10- *"Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación"*¹⁴

En este sistema garantista, Ferrajoli considera que: "De

¹³ Ferrajoli. L., op. cit., pág. 93

¹⁴ Ferrajoli, L., op. cit., pág. 93

los diez axiomas, (...) inderivables entre si y no obstante encadenados de manera que cada uno de los términos implicados, implique a su vez al sucesivo se derivan, mediante triviales silogismos, cuarenta y cinco teoremas."¹⁵ Según su lógica, la ausencia o vulneración de alguno de estos axiomas será sintomático de sistemas más o menos garantistas.

Como afirman Muñoz Conde y García Arán: *"Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales, y una seguridad personal, que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado".*¹⁶

Estos autores hacen partir de esas ideas la «línea directriz» en la creación, aplicación y ejecución de las normas y en sentido inverso, serían el punto de referencia para una valoración crítica: "(...) Dirección y crítica son, por tanto, dos funciones que tienen encomendadas estas ideas en el ámbito del Derecho Penal moderno, su naturaleza es, tanto política como jurídica"¹⁷

Para la Doctrina, el tema de los límites del "poder punitivo" encuentra su expresión sintética en los llamados "principios del Derecho Penal", criterio que se sustenta a partir de la consagración de éstos en la Legislación de la mayoría de los países, y su manejo por la Jurisprudencia.

Algunos de estos principios, como el de Legalidad de los

¹⁵ Ferrajoli, L., op. cit, pág. 93,94

¹⁶ Muñoz Conde, F. y García Arán, M. op. cit., pág. 69

¹⁷ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., op. cit. pág. 69

delitos y de las penas, y el de tipicidad, tienen tanta importancia que han llegado a identificarse con los derechos fundamentales en el cuerpo de muchas constituciones, como es el caso de España, y también en Cuba, que se recogen en el bloque de los derechos y libertades fundamentales; otros no menos trascendentes, como apuntan Muñoz Conde y García Arán, "(...) son más producto de la reflexión especulativa de la regulación penal, que de la aplicación directa de preceptos constitucionales. Pero todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho Penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado Social y democrático de Derecho, y por tanto, de todo su ordenamiento jurídico".¹⁸

Tal y como dice Carbonell Mateu, entre los principios constitucionales que actúan como limitaciones al poder **legislativo** del Estado encontramos: *-El principio de prohibición de exceso*, que supone la necesidad de que las normas penales entrañen la mínima restricción posible de las libertades de los ciudadanos; del que a su vez se derivan: *-El principio de ofensividad*, que exige la necesaria relevancia de los bienes jurídicos, y *-El principio de proporcionalidad*, relacionado con la adecuación de las consecuencias jurídicas. Igualmente señala los principios constitucionales que actúan como límites al poder **ejecutivo y judicial** identificados como: *-Principio de Legalidad*, por mediación del cual quedan sometidos a la ley ambos poderes, y *-El principio de culpabilidad*, válido para todos los casos concretos de aplicación de la ley penal.¹⁹.

¹⁸ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., op. cit., pág. 690

¹⁹ Carbonell Mateu, J.C., "Derecho Penal: concepto y principios constitucionales", 2ª Edición adaptada al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, pág. 82.

Carbonell parte de considerar el Derecho Penal en sentido subjetivo como "(...) la parte del Ordenamiento Jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, lo que equivale a afirmar, que atribuye al Estado la potestad de llevar a cabo (lo que refiere como función coactiva mediante el Derecho Penal), al tiempo que establece los límites de tal poder."²⁰

Se expresa de este modo con claridad por Carbonell que son precisamente los principios constitucionales los que enmarcan esa función coactiva, que entraña la potestad punitiva del Estado, vista como «Derecho Penal en sentido subjetivo».

Según el criterio de Muñoz Conde y García Arán, los límites del Derecho Penal "(...)pueden reducirse a la vigencia no sólo formal, sino material de dos principios fundamentales: *El principio de intervención mínima, y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado*. Sin embargo, en la doctrina suelen señalarse otros, como el de *humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc*, que en realidad no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente (...)"²¹

La aplicación de estos principios al Derecho Penal no resiste análisis, debido a que un derecho autoritario, oportunista y discrecional podría acarrear la manipulación a complacencia de los derechos fundamentales de los individuos, luego la necesidad de su existencia, y la imposibilidad de pensar en la utopía del abolicionismo aún en nuestra época, obliga a la práctica jurídica y la doctrina a desarrollar un pensamiento crítico que propicie una red cada vez más perfecta de límites racionales al poder punitivo del Estado.

²⁰ Carbonell Mateu, J. C., op. cit., pág.29

En Cuba, ya desde la Constitución de 1901, en el Título IV se refrendaban los derechos individuales, que incluían los principios que se traducían en garantías jurisdiccionales, especialmente en la esfera penal (principio de legalidad de los delitos y las penas, tipicidad, retroactividad relativa y debido proceso); esta situación se repite en la Constitución de 1940, en la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, y en la vigente Constitución socialista de 1976, que refrenda los principios de: Legalidad, reserva de ley, Prohibición de analogía, tipicidad y debido proceso en su artículo 59 cuando expresa: «Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen». El principio de «retroactividad de la Ley Penal más favorable al encausado», aparece recogido en su artículo 61. Además se reconoce «la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y la persona» (arts. 56,57,58). La libertad de las personas se tutela en el art. 58, que reza: «Nadie puede ser detenido, sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes».

Por su importancia se refrendan constitucionalmente también algunas garantías de carácter procesal, tales como: «El derecho a la defensa» (art. 59), «el derecho a declarar o abstenerse de hacerlo en caso de ser encausado» (art. 59).

El código penal y la Ley de Procedimiento Penal, concretan estos principios y garantías en su articulado; Otros principios de arraigo más bien axiológico en el Derecho Penal, tales como: Presunción de inocencia, en caso de dudas a favor

²¹ Muñoz Conde, F. y García Arán M., op. cit. pág. 70.

del reo, *non bis in ídem*, proporcionalidad, etc., son parte de la gama de límites que enmarcan el actuar de los operadores del sistema en nuestro país, al aplicar la Legislación Penal a la hora de hacer justicia.

CAPITULO II

EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1- LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. CONCEPTO.

El tema que analizo, imbrica dos materias que están hoy, jurídica y doctrinalmente delimitadas, pero en el caso del Derecho Administrativo Sancionador, esto no siempre ha sido así, pues en determinados momentos se pretendió considerarla como una rama autónoma bajo la denominación de: «Derecho Penal Administrativo», (Teorías de Otto Mayer y James Goldschmidt), desarrollada a principios del siglo XX en Alemania, que se basaba en la distinción de injustos (penal y administrativo), a partir de valoraciones jurídicas y éticas, entre cuyos principales argumentos, según Heinz Mattes encontramos:

"Al genuino derecho penal, llamado también derecho criminal, o derecho penal judicial, que sólo se ocupa del injusto criminal o éticamente reprobable, se contraponen un derecho que trata de las meras infracciones administrativas o del orden, cuyo contenido de injusto se agota en la trasgresión de puros intereses administrativos, o preceptos de orden, careciendo en todo caso de importancia ética; no afecta como el injusto criminal a los fundamentos del orden jurídico (a los bienes jurídicos e intereses vitales esenciales para la convivencia ética), sino sólo al interés del Estado en cuanto administrador éticamente indiferente".²²

²² Mattes, Heinz. "Problemas del Derecho Penal Administrativo". T-II. Madrid. 1979. pág. 5 (ss.)

También se hace una distinción entre ambas ramas del derecho a partir de la reacción jurídica de la autoridad facultada ante el injusto, ya que en correspondencia con la diferente índole de las acciones punibles y las infracciones del orden, serían las consecuencias jurídicas.

En Latinoamérica, el tratamiento teórico al tema que nos ocupa ha sido objeto de atención por varios autores, entre los que se encuentra Enrique Aftalión, para quien "No es correcto hablar de nuevas ciencias, de autónomas ramas del saber [...]", y argumenta en favor de esta posición la necesaria recurrencia a los principios del Derecho Penal para la solución de conflictos en materia de infracciones administrativas; en tal sentido, considera el Derecho Penal Administrativo como "(...) un ramal del Derecho Penal, - Derecho Penal Especial-, que sigue manteniendo una estrecha vinculación de dependencia con su fuente originaria."²³

Bien diferente es el manejo del asunto, que a partir de las últimas décadas encontramos en algunos países europeos, donde incluso la denominación de la materia, difiere de la que hasta ahora hemos mencionado, y en tal sentido reproducimos la definición de Alejandro Nieto:

"En definitiva contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo sancionador es, como su nombre lo indica, Derecho engarzado directamente en el Derecho Público estatal, y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora [...] es ajena a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el

²³ Aftalión, E., "Derecho Penal Administrativo", Argentina, 1955, pág. 14ss, 105.

nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionador".²⁴

En esta breve reseña, en la que hemos insertado las tres posiciones mas delimitadas de la doctrina sobre el tema, se demuestra como expresa Carbonell Mateu, que: "(...) De todas las ramas es, sin duda, el Derecho Administrativo el que guarda más estrechas relaciones con el Derecho Penal. Ambos pertenecen al Derecho Público, regulan por tanto, las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos"²⁵, y es en esa relación precisamente donde se han registrado los principales nudos problemáticos para el desarrollo del Derecho que regula el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

García de Enterría y Fernández Rodríguez hacen referencia a la «dualidad de sistemas represivos» recogidos en el artículo 25 de la constitución española de 1978, y se preguntan: "¿Por qué esta dualidad?", y más adelante "¿Tienen las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas alguna diferencia de naturaleza que justifique su singularidad?"²⁶

Estos autores asocian el origen del problema en España "(...) al mantenimiento en manos del ejecutivo, de poderes sancionatorios directos y expeditivos, tras la gran revolución del sistema represivo que supuso la adopción del Derecho Penal

²⁴ Nieto, Alejandro., "Derecho Administrativo Sancionador", Madrid, 1994, pág. 23.

²⁵ Carbonell Mateu, J.C., op. cit., pág. 85

²⁶ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, R. T., "Curso de Derecho Administrativo", Vol. II, 6ª Edición, 1999, pág. 160.

legalizado y judicializado (*nullum crimen, nulla poena sine lege, nulla poena sine légalé iudicium*), desde los orígenes mismos de la Revolución Francesa. (...) Las monarquías del siglo XIX, aun las más lejanas de los principios revolucionarios, se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo, pero no por eso, abandonaron sus propios poderes sancionatorios"²⁷

Consideran por tanto, que las sanciones penales y administrativas se distinguen sólo desde el punto de vista formal, es decir, por la autoridad que las impone, y afirman que es el Legislador quien distribuye su campo de aplicación, y que, "(...) Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica, y de una sustancia propia, han fracasado. Sólo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias del Legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas"²⁸, admiten finalmente que sólo podrían distinguirse a partir del precedente anterior, teniendo en cuenta que únicamente la Jurisdicción Penal tiene la facultad de "(...) imponer penas privativas de libertad, (las cuales, por su contenido, entre todas las demás penas, han de preverse por Leyes Orgánicas, según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1986)²⁹ y las privativas de otros derechos civiles y políticos, (aunque ciertas sanciones administrativas pueden producir ciertos efectos privativos de derecho, hasta ahora, -y parece difícil que puede exceder de ese ámbito- en el orden administrativo, como la capacidad para ser contratista de la Administración, arts.

²⁷ García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez R.T., op. cit., pág. 160

²⁸ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, R.T., op. cit., pág. 162

²⁹ STC 140/86, de 11 de noviembre, (FJ 5)

20 y 21 LCAP)." ³⁰ A esta Diferencia, le añaden la que se relaciona con sus fines, pues de acuerdo con el mandato constitucional del art. 25.3, las penas «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social», mientras que las sanciones administrativas «tienen un fin represivo más práctico»; y en tal sentido concluye su razonamiento, planteando que: "El mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha) (...), tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa." ³¹

Desde la óptica de muchos penalistas, la potestad sancionadora no es originaria, sino el fruto de una delegación que le ha hecho el poder judicial; al respecto Carbonell Mateu señala: "(...) Afirmar que la potestad sancionadora de la Administración es originaria equivale a otorgar al poder ejecutivo capacidad, no sólo de imponer sanciones, sino, sobre todo de determinar cuando, como y a quién se imponen" ³²; por esta razón, considera que en un Estado de Derecho, esa potestad administrativa, ha de ser sometida a control judicial; aunque acepta la tesis de algunos administrativistas, y hace una salvedad al referirse a ciertos ámbitos en los que la Administración actuaría en defensa de sus intereses: «la denominada autotutela», ejerciendo una potestad sancionadora diferenciada, que atribuye más bien a una potestad disciplinaria.

En cuanto al tema relativo a la posibilidad de establecer distinciones entre pena y sanción administrativa, señala este autor:

³⁰ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, R.T., op. cit., pág. 162.

³¹ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, R. T., op. cit., pág. 162

³² Carbonell Mateu J.C., Op. cit. pág. 87.

"La propuesta de Bricola de entender que las infracciones penales suponen lesión o puesta en peligro de intereses con relevancia constitucional, mientras que las administrativas o lesionan intereses de menor relevancia o son puramente formales sólo puede ser parcialmente aceptada y, en todo caso, ha de ser matizada. Ya hemos rechazado el carácter meramente formal de las infracciones administrativas. Por el contrario, más arriba asumimos la tesis del desaparecido autor italiano que reservaba el Derecho penal para la tutela de intereses constitucionales. Ello, sin embargo, no debe conducir al establecimiento de una diferenciación cualitativa. Significa, solamente, que la infracción penal es más grave, queda reservada para los ataques más intolerables, a los bienes más importantes. Pero en ningún caso la tesis de Bricola conduce a entender que pueda darse una doble sanción por los mismos hechos. Precisamente porque los intereses tutelados tienen distinto rango es imposible que eso suceda -si bien, como es obvio, no queda excluida la tutela meramente administrativa de intereses con relevancia constitucional-, y precisamente por eso en cualquier caso, la tesis establece una diferenciación cuantitativa".³³

Sin embargo, parece contraproducente la reflexión hecha por Parada Vázquez sobre el incremento cada vez mayor del intervencionismo del Estado en la actividad de los ciudadanos, "compitiendo con los Tribunales penales", y atribuyendo a la Administración la competencia para imponer sanciones como la de multa, "incluso de cuantía ilimitada" u otras de limitación de derechos "como el cierre de establecimientos o empresas, suspensión de funciones o pérdida de la carrera funcionarial, privación de permisos, publicidad del nombre del infractor, etc. A esta potestad se acompaña, en ocasiones, la posibilidad de decretar una indemnización de daños y perjuicios en favor

³³ Carbonell, M., op. cit., pág. 91.

de la propia Administración o de terceros lesionados en su patrimonio por la acción u omisión del infractor de la legislación administrativa".³⁴ y agrega: "Tan formidable poder, de naturaleza judicial, dado que la Administración no sólo sanciona sino que también ejecuta la sanción impuesta, venía siendo considerado como contrario al principio de división de poderes y al consiguiente monopolio represivo de los jueces"³⁵, situación que considera no muy "exhibible" en el comparatismo jurídico³⁶ dada la falta de garantías sustanciales y procesales que sí acompañan al proceso penal, y por su contraste con otros ordenamientos jurídicos en los que se atribuye a los jueces y Tribunales el monopolio represivo. Finalmente considera Parada que el panorama de hoy es más alentador, puesto que ya en España se ha reconocido constitucionalmente la potestad sancionadora de la Administración; además, la necesidad de descarga de los sistemas penales hacia la competencia administrativa, (aunque bajo el control jurisdiccional) constituye una realidad presionante que obliga a cambios en los sistemas represivos, tal y como se aprecia en el Derecho Comparado.

Luego de este breve recorrido por la doctrina, podemos definir la «potestad sancionadora de la Administración Pública», como aquella facultad que se asigna a ésta por determinadas leyes, para imponer sanciones que constituyen consecuencias jurídicas, ante acciones u omisiones contrarias

³⁴ Parada Vázquez, R., "Derecho Administrativo Parte General", 9ª. Edición, Madrid, 1997. pág. 505

³⁵ Parada Vázquez, R., op. cit., pág. 505.

³⁶ (Respecto al comparatismo jurídico sobre el Tema, ver Parada Vázquez, op. cit., págs. 506-517), se refiere al modo en que los países centroeuropeos hacen uso del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración respetando ciertas garantías y principios elementales.

al Derecho Administrativo, y que en el caso de la Legislación española está reconocida en el art. 25 de la constitución.

2- Principios limitadores de la potestad sancionadora de la Administración.

Pareciera, sin embargo, que en el campo del Derecho Administrativo Sancionador el legislador y la doctrina hayan aceptado como plausible la fórmula inversa del sistema garantista jurídico penal, pues la potestad administrativa ha sido justamente concebida «para limitar los derechos de los ciudadanos en función de la convivencia y el bienestar social», sin tener en cuenta límites propios.

Para justificar el problema, no puede esgrimirse que la potestad administrativa de sancionar sea una creación reciente, dado que su génesis (como antes referimos) se encuentra en el Derecho de Policía desarrollado durante los siglos XVII y XVIII en las monarquías centroeuropeas, donde como apunta Fritz Fleiner:

"[...]la policía o materia gubernativa aparecía en contraste con la justicia. «Se presentaban como asuntos de justicia» aquellos que habían de ser juzgados conforme a derecho, y que estaban por lo tanto, dentro de las atribuciones de los Tribunales. En cambio, «como asuntos de policía» o gubernativos, se consideraban los asuntos públicos, que se gestionaban discrecionalmente y representaban, por lo tanto, la misión propia del Gobierno"³⁷

Es obvio que por razones que no podemos detenernos a

³⁷ Fleiner, F., "Instituciones de Derecho Administrativo", 8ª. Edición, Barcelona, 1933, pág. 310.

analizar en este trabajo, el mismo vicio que marcó el nacimiento de esta potestad discrecional y arbitraria del gobierno, lo ha acompañado en su tracto por las formas de organización del Estado Moderno, donde el ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración, en general ha estado precedida por criterios de oportunidad, utilidad y libre arbitrio.

Creo oportuno antes de adentrarnos en el tema, hacer alusión a una reflexión realizada por Alejandro Nieto cuando valora la utilidad de los principios generales del Derecho para la conformación y funcionamiento del ordenamiento jurídico: "[...] El Ordenamiento Jurídico no se agota en las normas, que comprenden también los principios (de Derecho o de organización)[...]"³⁸ y acepta que los principios generales inspiran las normas, pero a su vez, sirven para orientar el modo de cubrir las lagunas del Derecho de forma hermenéutica; no obstante, cuando se refiere a los principios que prescriptivamente están recogidos en el Ordenamiento Jurídico, es bueno atender al modo en que este autor acota su reflexión: "El principio, aunque sea prescriptivo, no es norma, porque le faltan los elementos de concreción, inequívocidad, y decisión [...] el principio sólo resulta operativo, a través de la norma jurídica"³⁹

Sin embargo, como señalan la mayoría de los autores españoles que han abordado el tema, (Carbonel Mateu, Parada Vázquez, García de Enterría, Carretero Pérez, etc) lo cierto es que existen muchos puntos de contacto entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador.

-Ambas pertenecen al Derecho Público.

³⁸ Nieto, A., op. cit., págs. 44ss.

³⁹ Nieto, A., op. cit., pág. 44ss

- Ambas contienen normas con estructuras y funciones similares.
- Ambas tienen como consecuencia jurídica ante su infracción, medidas restrictivas sobre los bienes del infractor.

Por tal razón, es que los operadores de la Administración Pública, a quienes ha correspondido hacer uso de la potestad sancionadora, han acudido durante más de un siglo a los principios del Derecho Penal para aplicar la legislación que rige en materia de Derecho Administrativo Sancionador; aunque las justificaciones han sido muy variadas.

Siendo el Derecho Penal una rama del Ordenamiento Jurídico que goza de sistematicidad e institucionalización para la aplicación de sus normas, ha logrado desarrollar tanto desde el referente legislativo, como desde la óptica valorativa de la justicia y la doctrina, un conjunto de principios que entrañan axiomas que se dirigen a cubrir los intereses del individuo y la sociedad ante el temible uso de la "potestad punitiva del Estado", y se manifiestan como límites de esa potestad.

Pero es un hecho, que no menos temible que la potestad punitiva del Estado, puede ser el uso de la potestad administrativa sancionadora, por lo que sus límites son un problema importante para la ciencia del Derecho.

2.1- En el Derecho español.

Una posición desarrollada en España, que resulta interesante por su originalidad, acerca de la filiación ramal del Derecho Administrativo Sancionador, es la que se apega a su descendencia directa del Derecho Administrativo, y por esa

vía, al Derecho Constitucional; ello se colige, epistemológicamente hablando, del origen y desarrollo de esta materia en este país, donde el tratamiento a las infracciones administrativas hace mucho tiempo que se extrajo de la esfera jurisdiccional; en este sentido apunta Alejandro Nieto:

*"El Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal"*⁴⁰

A continuación expone este autor que la fundamentación de este criterio parte de su constatación del fracaso metodológico de la extensión de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador, debido a "[...] que la traspolación automática es imposible, y que las matizaciones de adaptación son tan difíciles como inseguras"⁴¹, por lo que su rectificación ha de iniciarse desde el principio, donde se encuentran las fuentes enunciadas; en cuyo caso, el Derecho Penal debe operar como referente técnico, especialmente en lo relativo a las garantías individuales.

Desde una orientación diferente a la del autor antes citado, Parada Vázquez expone que la actividad administrativa sancionadora merece ser incluida dentro de la clasificación de las actividades de la Administración Pública, pero separada de la llamada «actividad administrativa de limitación o de policía», debido a que la clasificación tripartita clásica o tradicional de la misma no agota la realidad de la actividad de la Administración española actual, y en este sentido

⁴⁰ Nieto, A., op. cit., pág. 28

⁴¹ Nieto, A., op. cit., pág. 28

refiriéndose a la actividad sancionadora apunta: "[...] Se trata de una actividad cuasi-judicial de la misma naturaleza que la penal represiva, y que sólo por razones históricas y circunstanciales se ha atribuido a la Administración."⁴²

Ramón Parada acepta, sin embargo, que el desarrollo alcanzado de un modo «anárquico» por la potestad administrativa sancionadora en el Derecho español, obligó al Estado a reconocerla mediante el artículo 25 de la Constitución española que establece: «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»; pero como expresa más adelante el propio autor:

*"(...) En una interpretación amplia, este precepto implicaría no sólo la exigencia de ley habilitante o de reserva de ley, sino también la traslación a la actividad administrativa sancionadora del principio de tipicidad, de irretroactividad de la norma sancionadora (art. 9 y 25 de la constitución) y retroactividad de la más favorable, prohibición de analogía (sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984 de 27 de junio) y del doble castigo (bis in ídem) y, en general, la aplicación de los principios condicionantes de la potestad punitiva del Estado como el de culpabilidad"*⁴³

La aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador, según Carretero Pérez y Carretero Sánchez, debe partir de los principios generales del ordenamiento jurídico, que es único, y luego del Derecho Penal, pues: "El hecho ilícito pertenece a una rama del

⁴² Parada Vázquez, R., op. cit., pág. 434

⁴³ Parada Vázquez, R., op. cit., pág. 534

Derecho Administrativo, el Derecho Sancionador, que supone un traspaso de conceptos del Derecho Penal al Derecho Administrativo"⁴⁴; aunque también reconocen la existencia de principios propios del Derecho Administrativo, como el de «especialidad» y «complementariedad», que a su entender sirven para complementar los «principios penales», y agregan:

*"[...] Los principios generales de las sanciones no se hallan en el Derecho escrito, que carece de reglas suficientes. Son los valores superiores del Derecho Penal los que se aplican en Derecho Administrativo, en cuanto son comunes a todo el Derecho Sancionador y no específico del Derecho Criminal."*⁴⁵

Las expresiones más importantes del principio de legalidad a que da margen el artículo 25 de la vigente Constitución española, que según Nieto, son consideradas como su "núcleo duro" , son las siguientes :

- La Reserva de ley (*Lex Scripta*)
- Prohibición de Analogía (*Lex Stricta*)
- El principio de Irretroactividad (*Lex Praevia*)
- El principio de prohibición de la doble incriminación (*Non bis in ídem*)⁴⁶

La Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal y como quedó modificada por la Ley 4 de 1999, recoge en su capítulo I toda la gama de principios constitucionales, y del Derecho Público en general, que

⁴⁴ Carretero Pérez, A. y Carretero Sánchez, A., "Derecho Administrativo Sancionador", Madrid, 1995, 2ª Edición, pág. 112.

⁴⁵ Carretero Pérez, A. y Carretero Sánchez, A., op. cit., pág. 112.

⁴⁶ Nieto, A., op. cit., pág. 216

resultan válidos para el ejercicio de la potestad sancionadora, y en el capítulo II los principios aplicables al procedimiento sancionador.

Posteriormente, mediante el Real Decreto 1398 del año 1993, de 4 de agosto, se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración, donde se canaliza la aplicación de todos estos principios; los que a su vez se concretan en la Legislación de cada una de las Comunidades Autónomas y Sectores de la Administración Pública.

En el Derecho español, legislador, doctrina y jurisprudencia, se han servido de forma recurrente, tanto de los principios generales del Derecho, como de los principios del Derecho Penal para dar solución a los conflictos que se producen en materia de Derecho Administrativo sancionador, sin embargo no siempre han sido coincidentes los puntos de vista, criterios, y soluciones.⁴⁷

3.1.2- En el Derecho cubano.

En Cuba el Derecho Administrativo Sancionador adolece de una lamentable falta de sistematicidad, fruto de la dispersión legislativa que se ha producido en esta última década, en la que ha prevalecido el principio de oportunidad tan arraigado en la esfera administrativa; por otra parte, en la esfera académica esta materia es absolutamente ignorada, y debido a su desjudicialización, su desarrollo es precario en

⁴⁷ En relación con los principios que rigen en materia del ejercicio de la potestad sancionadora en España, (ver a García de Enterría, op. cit., págs. 170-180), especial referencia a los ppios. de Legalidad, Tipicidad, culpabilidad, *non bis in ídem*, procesales, etc.)

el área doctrinal.

La existencia de un procedimiento directo para exigir responsabilidad administrativa, mediante la simple notificación de la sanción impuesta por la autoridad facultada, y como única vía de impugnación la apelación ante el superior jerárquico de la autoridad que impuso la medida; nos dan una idea clara de la carencia de principios informadores de esta importante actividad administrativa.

Juan Vega, uno de los pocos autores cubanos que ha tratado la materia que nos ocupa, ofrece algunas opiniones sobre el modo de agrupar y conceptualizar las indisciplinas sociales, partiendo de una concepción ramal legislativa del Derecho, es decir, haciendo coincidir el tratamiento a las infracciones susceptibles de ser sancionadas (no penales) con las ramas a las que corresponda; (administrativas, laborales, mercantiles, financieras, etc), según este autor:

"Cuando el Derecho Penal no se ha hipertrofiado, es que han crecido en variedad y número otros sistemas disciplinarios no penales, que se dirigen a garantizar otras áreas específicas del Ordenamiento Jurídico" y agrega, "La existencia de una concepción ramal legislativa aplicada a los distintos sistemas disciplinarios, hubiera impedido consecuencias tan nefastas como:

- *La doble y a veces múltiples inculpaciones.*
- *El mínimo desarrollo de institutos fundamentales para los sistemas disciplinarios no penales, en contraste con el alcanzado por institutos análogos en el campo del Derecho Penal".⁴⁸*

⁴⁸ Vega Vega, J., "El Derecho Penal y la disciplina social". «Rev. Jur.

Aunque no comparto el criterio de este tratadista cubano, la inteligencia de su trabajo es la expresión de la necesidad de teorización y desarrollo de esta esfera legislativa que entraña el ejercicio de la potestad de sancionar en la esfera administrativa, tan desprovista de tutela jurídica y de límites.

La existencia de un modelo socialista constitucionalmente organizado, sobre la base de un sólo poder, ejercido en nombre del pueblo por los órganos que integran la estructura del Estado, ha desarrollado relaciones entre la Administración Pública y los administrados, precedidas de principios (organizativos y sociopolíticos),⁴⁹ que suponen de antemano una identificación de intereses con los fines públicos de la gestión administrativa, lo que a nuestro juicio, ha influido en la carencia de instrumentación de un régimen jurídico que regule su actividad, así como del Procedimiento Administrativo común; y desde luego, mucho menos, de la potestad sancionadora de la Administración del Estado y sus límites.

3- MARCO JURIDICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION EN ESPAÑA.

En este país, la aplicación del principio de tripartición de poderes, no impidió a la Administración Pública ser titular de una potestad sancionadora propia, circunscrita a la función ejecutiva, fuera del marco judicial, lo que al parecer ha trascendido al problema de la aparente

No.3, 1984., MINJUS», pág. 158.

⁴⁹ Sobre principios que informan la Legislación administrativa cubana, ver art. 68 de la Constitución Socialista de 1976, reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI período ordinario de Sesiones de la III Legislatura celebrada los días 10,11,y 12 de julio de 1992.

distinción ontológica entre ilícitos administrativos e ilícitos penales, que tanta jurisprudencia y doctrina ha generado en este país.

1.1- Comentarios referidos al período decimonónico.

Después de la Revolución francesa, afirma Nieto A, "(...) los Tribunales abandonan sus antiguas funciones acumuladas de administración para concentrarse exclusivamente en las jurisdiccionales (...) Entre nosotros, en efecto, no se entiende este principio como una prohibición a las autoridades administrativas para que intervengan en los asuntos judiciales sino también -y con más énfasis todavía- como una prohibición a los jueces de que intervengan en los asuntos administrativos. Con la consecuencia (...) de que, una vez declarada una cuestión como administrativa, se crea un círculo de inmunidad inasequible a la intervención de los Tribunales."⁵⁰

Por otra parte, como apunta este autor, en el Derecho Administrativo Sancionador decimonónico, el principio de legalidad "(...) tiene un significado y contenido completamente distintos a los de hoy, dado que no implica la exigencia de una tipificación legal de infracciones y sanciones sino, mucho más sencillamente, el reconocimiento legal de la potestad sancionadora en favor de las Corporaciones locales. En su consecuencia, el sistema legal es, desde esta perspectiva, muy simple, ya que se limita a ese reconocimiento legal de la potestad sancionadora -recogido en las leyes locales- así como al establecimiento complementario de unos topes sancionadores que se gradúan en razón al tamaño

⁵⁰ Nieto, A., op. cit. pág. 51.

de las poblaciones."⁵¹ A partir de estos presupuestos correspondía luego a cada Ayuntamiento, tipificar las infracciones en sus Ordenanzas.

Y añade: "Este sistema (...) aparece en los mismos orígenes del régimen constitucional, puesto que se establece en la Ley de cortes de 3 de febrero de 1823, (...) es derogada por la restauración fernandina, y se restableció por los progresistas en 15 de octubre de 1836".⁵² Y a continuación nos reproduce el contenido de dos preceptos de esta Ley:

Art. 80. «Los Ayuntamientos tienen la facultad de imponer multas proporcionadas que no pasen de quinientos reales en los asuntos correspondientes a sus atribuciones, no siendo por culpas y delitos por los cuales se deba formar causa por tener una pena señalada terminantemente en el Código penal».

Art. 207. «Los Alcaldes están autorizados para ejecutar gubernativamente las penas impuestas por las leyes de policía y bandos de buen gobierno y para imponer y exigir multas que no pasen de quinientos reales a los que los desobedezcan o les falten el respeto y a los que turben el orden y el sosiego público».

Ya en el art. 138 del Código Penal de 1822, se había establecido a su vez lo siguiente:

«Las culpas y los delitos, no comprendidos en este código que se cometan contra los reglamentos u ordenanzas particulares que rigen en algunos ramos de la Administración Pública serán juzgados y castigados respectivamente con arreglo a las mismas ordenanzas y reglamentos».

⁵¹ Nieto, A., op. cit., pág. 53.

⁵² Nieto, A., op. cit., pág. 53

Como se aprecia, en la complejidad del asunto también incide el precedente histórico legislativo que durante una buena parte de esta centuria provocó una superposición o entrecruzamiento entre la materia administrativa sancionadora y la penal, así como en cuanto a los órganos facultados para conocer de uno u otro ilícito. Un ejemplo de como esta situación se reitera, lo cita Nieto mediante "(...) el artículo 75 de la Ley de 8 de enero de 1845, de Organización y Atribuciones de los Ayuntamientos",⁵³ mediante el cual «se faculta a los alcaldes para aplicar sanciones con límites máximos del importe de las multas, (graduados según el volumen de la población de cada territorio), y da competencia al juez para los casos que excedan los marcos previstos para las multas en cada disposición»; y añade como posteriormente "(...) el artículo 4 de la Ley de 2 de abril de 1845"⁵⁴, «atribuye al gobernador civil competencia para reprimir y castigar cualquier desacato a la religión, la moral, la decencia, y cualquier falta de respeto a su autoridad, imponiendo penas de hasta mil reales, pasando a los tribunales la competencia de las conductas que merecieren mayor castigo».

Como forma de complemento a las regulaciones administrativas para el ejercicio de la "Facultad sancionadora del Estado", se establece en el artículo 505 del código penal de 1850:

«En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales y particulares de la administración que se publicaren en lo

⁵³ Nieto, A., op. cit., pág. 57, referente legislativo citado por el autor.

⁵⁴ Nieto, A., op. cit., pág. 57, referente legislativo citado por el autor.

sucesivo, y en los bandos de policía y buen gobierno que dicten las autoridades, no se establecerán mayores penas que las que se señalan en este libro, aún cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se señale otra cosa por leyes especiales».

Esta disposición establece una limitación relativa a las facultades de la Administración.

La dualidad de tipificaciones y órganos fue generando los conflictos propios del concurso aparente de leyes, y por lo tanto de competencia, cuya solución trató de canalizarse mediante el Real Decreto de 18 de mayo de 1853 que dispuso:

- 1- *«Las faltas que según el código penal o las ordenanzas y reglamentos administrativos, merezcan pena de arresto, deberán ser castigadas, siempre en juicio oral, con arreglo a lo dispuesto en la ley para la ejecución en dicho código».*
- 2- *«Las faltas, cuyas penas sean multas, podrán ser castigadas gubernativamente, a juicio de la autoridad administrativa, a quien esté encomendada su represión».*
- 3- *«Los alcaldes de los pueblos, conservarán las facultades gubernativas de imponer multas hasta la cantidad que permite el artículo 75 de la Ley de 8 de enero de 1845, y sin atenerse al límite señalado en el párrafo 1 del artículo 505 del código penal, solamente cuando dichas penas estén establecidas en ordenanzas o reglamentos municipales vigentes, cuya publicación sea anterior al referido código».*
- 4- *«Los mismos alcaldes podrán, sin embargo, imponer gubernativamente la pena de arresto por sustitución y apremio de la multa, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 504 del código penal, sólo cuando los multados fueren insolventes, y no pudiendo en ningún caso exceder de 15 días el tiempo de arresto».*

Los intentos de armonizar las contradicciones, crearon nuevas dificultades debido a que se daba la posibilidad de que jueces y funcionarios sancionaran por separado sobre un mismo hecho a partir de la competencia que a cada uno se asignaba, quebrantándose con ello el principio *non bis in ídem*, esta situación alcanza el siglo XX, y ha sido objeto de atención constante por la Jurisprudencia y la doctrina.

1.2- Especial referencia al siglo XX.

Durante la dictadura de Primo Rivera (1923-1930) "los poderes sancionadores de la Administración se disparan (...)"⁵⁵, así vemos que en el Real Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926 se establece:

«En materias administrativas y disciplinarias, el Gobierno usará de facultades discrecionales en la adopción de medidas, imposición de sanciones, sin otro límite que el que señalan las circunstancias y el bien del país y lo inspire su rectitud y patriotismo. Sobre tales determinaciones del poder público, a partir del 13 de septiembre de 1923, no se admitirá ni tramitará otro recurso que el elevado al propio Consejo de Ministros, cuya resolución será inapelable».

De igual forma, el Código Penal de 1828 estableció que las Ordenanzas y reglamentos no podrían establecer penas privativas de libertad, directas ni subsidiarias superiores a las del libro III del Código Penal, pero sin que este límite afectase a las penas pecuniarias.

En este período, "(...)se consagra y generaliza la atribución de potestades sancionadoras a órganos superiores de

⁵⁵ Parada, R., op. cit., pág. 522.

la Administración central, pues, partiendo de los poderes derivados del Decreto Ley antes citado de 1926, el Estatuto Provincial de 1925 regula ya los poderes sancionadores de los Gobernadores y del Ministro de Gobernación”⁵⁶

El advenimiento de la II República según Parada Vázquez,

*"(...) fue, en efecto, y desde el principio, inconsecuente en este punto con los principios democráticos y liberales que la inspiraban y no menos dura en el diseño de la represión administrativa que lo fue la dictadura. Precisamente, una de las primeras leyes aprobadas en el parlamento, incluso antes de la propia Constitución de 1931 (...) es la Ley de defensa de la República" de 21 de octubre de 1931, una Ley que apuntó directamente contra los desafectos al nuevo régimen político"*⁵⁷

El contenido de esta Ley, a criterio del autor que la cita, contenía «un variopinto rosario» de actitudes genéricas, que no tipificaban conductas concretas, las que podían tener como sanciones desde el confinamiento, multa de hasta diez mil pesetas y la clausura e intervención de la contabilidad de centros y asociaciones.

Además, al parecer, los términos en que se concibió y promulgó la mencionada Ley, influyeron en la *Ley de Orden Público* de 28 de julio de 1933 que según Parada Vázquez, introdujo tres innovaciones importantes a saber: «la definición del orden público y el establecimiento de un catálogo de actos contrarios al mismo; la atribución al ejecutivo, sin necesidad de contar con el Parlamento, de la facultad de declarar los estados de prevención, alarma y

⁵⁶ Parada, R. op. cit., pág. 523.

⁵⁷ Parada, R. op. cit., pág. 523.

guerra, y, por último, la atribución a la autoridad gubernativa de facultades sancionadoras ordinarias fuera de la declaración formal de los estados de excepción»⁵⁸.

A nivel local, "la *Ley Municipal de 1935* mantuvo la atribución de la potestad sancionadora al alcalde por la infracción de ordenanzas y bandos municipales con límite máximo de doscientas pesetas en las capitales con más de cincuenta mil habitantes."⁵⁹ Las facultades concentradas en el Alcalde, que "según actuare en una otra condición, a un diverso régimen impugnativo, recuerda la doble condición de autoridad judicial y administrativa que nace con la figura del alcalde en la Constitución de 1812."⁶⁰ «Contra las multas impuestas por el alcalde -decía la Ley- habrá recurso ante el juez de instrucción cuando la imponga en el ejercicio de su jurisdicción y de alzada en única instancia ante el Gobernador, cuando lo hiciera como Delegado del Gobierno.»

Cuando asume el poder la dictadura del General Franco, ya la potestad sancionadora había desarrollado un inmenso poder como consecuencia del tratamiento legislativo al que se ha hecho referencia, por lo que esto no cambia mucho -según nos dice Parada Vázquez-, pero propició un enorme auge del poder sancionador en todos los ámbitos de la intervención administrativa sectorial «tributaria, divisas, contrabando, vivienda, urbanismo, tráfico, comercio interior, policía fluvial, navegación aérea, agricultura, trabajo, publicidad, caza, etc.» "Con mucho, -y esa es quizá la característica más singular de esta etapa- los poderes sancionadores de las autoridades administrativas van a superar los de policía

⁵⁸ Parada, R., op. cit., pág. 525.

⁵⁹ Parada, R., op. cit., pág. 525, 526.

⁶⁰ Parada, R., op. cit., pág. 526.

general o de orden público. No obstante debe destacarse la aprobación de un procedimiento sancionador por la Ley de 17 de julio de 1958, (...) que unido a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales permitirá el desarrollo de un sistema de garantías en vía administrativa y judicial muy avanzado que ha llegado a nuestros días"⁶¹.

Considera el autor que antes citamos, que si bien es cierto que la represión política puede explicar el desarrollo de una parte del poder sancionador de la Administración, no menos lo es que también en este fenómeno concurrieron razones técnicas, vinculadas a insuficiencias del sistema penal, e identifica como algunas de ellas «la ausencia de mecanismos procesales que permitan a los jueces resolver con prontitud un número de asuntos», «la ausencia de los funcionarios públicos del proceso penal», «la supresión de su participación en la actividad administrativa de constatación de las infracciones» y «la rigidez en la aplicación de la regla *nulla poena sine iudicio*, por lo cual no se tiene en cuenta la voluntad del imputado de saldar su responsabilidad sin previo juicio»⁶²

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, a través de estos dos últimos siglos consideraron "(...)la existencia de una potestad sancionadora de la Administración compatible con otra similar propia de los Tribunales de Justicia. Esta es una situación totalmente generalizada, que se arrastra desde el Estado absolutista".⁶³,

La reserva legal que cubre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, como mandato del principio recogido en el artículo 25 de la Constitución española, se ha

⁶¹ Parada, R., op. cit. pág. 526.

⁶² Parada, R., op. cit. pág., 526 ss.

hecho efectiva a partir de la Ley 30 de 1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su título IX regula lo concerniente a la Potestad Sancionadora del Estado; Posteriormente, mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto se aprueba el Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que ha venido a sistematizar el uso de esta potestad realmente en toda la nación, ya que en correspondencia con sus disposiciones, cada comunidad y sector tiene sus propias reglamentaciones.

La necesidad de dar mayor coherencia legal a las regulaciones del régimen jurídico y del procedimiento común de la Administración, provocó la modificación de la Ley 30 de 1992 mediante la Ley 4 de 1999, de 13 de enero, entre cuyas modificaciones se encuentran algunas relacionadas con el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, que antes se analizaron.

2- SINÓPSIS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO EN CUBA A LA POTESTAD SANCIONADORA DURANTE LOS SIGLOS XIX Y XX.

Ya desde el siglo XVIII, con la subida al trono de España de los monarcas de la Casa de Borbón (Felipe V y Carlos III), se inicia un período de reformas en España, que estuvieron inspiradas en el modelo francés, pero con una política centralizadora hacia las colonias, al establecerse el régimen de las Intendencias a partir de 1782, que limitó la competencia de la esfera judicial en cuanto al conocimiento de asuntos administrativos; tomando auge el derecho de policía.⁶⁴

⁶³ Nieto, A., op. cit., pág., 81.

⁶⁴ Capdequi, J.M. "El Estado español en Las Indias". México, 2ª Edición 1946 pág. 12 ss.

Bajo la influencia de la Revolución francesa, ya en el siglo XIX, en España se entroniza el principio de la división de poderes que deja su huella en la legislación de la época, resultado de lo cual es el código penal de 1870, reformado y extendido a Cuba por Real decreto de 23 de mayo de 1879, que regula en su libro tercero lo concerniente a las "Faltas y sus penas"; en esta parte el legislador establece las faltas contra el orden público, contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, contra las personas y contra la propiedad, centralizándose su conocimiento por la esfera judicial.

Las cuestiones técnicas que más nos llamaron la atención en el libro Tercero de este código por su relación con el tema que investigamos son las siguientes:

- 1- *«Contra las sentencias dictadas en juicios por faltas, no se da recurso alguno».*
- 2- *«Contiene normas en blanco que remiten a lo dispuesto en reglamentaciones administrativas».*

Las regulaciones normativas que recogen la tipicidad de las posibles infracciones que cubren los espacios en blanco del presente código, nos hablan de una considerable discrecionalidad administrativa y policíaca para su elaboración y puesta en vigor, lo cual va sentando un precedente en la concepción del modo de organizar el control social formalizado en nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

No menos ilustrativo en el sentido antes apuntado resulta lo dispuesto en el artículo 633 del propio código penal, que reza: «Las disposiciones de este código no excluyen ni limitan

las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración, para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para corregir gubernativamente las faltas, en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes y decretos»; esta potestad administrativa se regulaba por el Real Decreto de 23 de septiembre de 1888 que establecía el Procedimiento Administrativo Común en materia de infracciones, que se hizo extensivo a Cuba por Real Orden de 25 de septiembre de 1888, el que ha sido parcialmente derogado por disímiles leyes especiales, pero que no obstante está vigente como ley supletoria para lo que no estuviere previsto, ya que expresamente no ha sido derogado por una ley similar que regule la materia de modo general.

La Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal para la aplicación del Código español en Cuba, también entró en vigor mediante el referido Real Decreto de 23 de mayo de 1879, pero contenía disposiciones elementales para el procedimiento, omitiendo cuestiones tan importantes como los problemas de contradicciones por razones de jurisdicción y competencia.

La forma prevista para resolver estas posibles discrepancias aparece luego regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (que se extendió a Cuba por Real Decreto de 19 de octubre de 1888, y comenzó a regir el 1º de enero de 1889), fecha en que comenzaron a funcionar también las Audiencias de lo Criminal, que marcaron un hito importante en la institucionalización de la Justicia cubana. En su artículo 51 esta ley establece: «Respecto de las competencias que la Administración suscite contra los Jueces o Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, y de los recursos de queja que éstos puedan promover contra las Autoridades Administrativas,

se estará a lo que dispone la sección cuarta, del Título Segundo, Libro primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

En los artículos 116 al 124 (ambos incluidos) de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes mencionada, en efecto se establece cómo deben dirimirse los problemas de competencia entre lo jurisdiccional y lo administrativo, pero lo más interesante a nuestros fines es la prioridad que se da a la competencia jurisdiccional en relación con la administrativa y que se deduce de la lectura del artículo 118: «Los jueces y Tribunales no podrán suscitar cuestiones de competencia a las autoridades del orden administrativo sin embargo, podrán sostener la Jurisdicción y atribuciones que la Constitución y las leyes les confieren, reclamando contra las invasiones de dichas autoridades por medio del recurso de queja que elevarán al Gobierno.»

Los expedientes que se incoaban por razones de competencia, a su vez, eran sometidos a dictamen del fiscal. (Art. 122 Ley de Enjuiciamiento Civil)

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1888 resistió la prueba del tiempo y de la evolución social e institucional del país hasta 1973 (aunque cargada de modificaciones introducidas en su texto por el gobierno español, por el gobierno creado durante la intervención norte-americana, por la Legislatura de la República hasta 1959, y por el gobierno revolucionario); puede decirse que los aspectos que más incidieron en sus modificaciones estuvieron relacionados con las variaciones introducidas en la organización del poder judicial durante los diversos períodos constitucionales.

También el código penal español rigió con sus

modificaciones durante más de medio siglo, hasta la promulgación del código de defensa social aprobado mediante el Decreto Ley No. 802 de 4 de abril de 1936, en el que se adoptó el sistema binarista al incluir en su sistemática las sanciones y las medidas de seguridad, con un criterio positivista de peligrosidad y de defensa social. El libro tercero de este código se destinó a los tipos contravencionales, en sustitución del término de "faltas" usado por el que le precedió.

En las contravenciones se hace uso de la misma técnica que comentamos al analizar el Código Penal español, ya que la mayoría de los artículos constituyen normas penales en blanco que remiten a reglamentaciones; pero con el tiempo muchas de estas normas se fueron desjudicializando, al asignarse la competencia para el conocimiento de estas tipicidades exclusivamente a la Administración.

El Código de Defensa Social perdió su coherencia y sistematicidad producto de las múltiples modificaciones introducidas en su parte especial, muy en particular durante el período de gobierno revolucionario, por lo que como parte del proceso de institucionalización del Estado Socialista que se registra en la década de los años 70, se promulga un nuevo Código Penal mediante la ley 21 de 15 de febrero de 1979, que mantiene el sistema binarista del que le precedió, pero elimina el libro tercero, extrayendo las contravenciones del sistema judicial que pasan a la exclusiva competencia administrativa mediante el Decreto Ley No. 27 del propio año 1979, que establece un procedimiento directo y sin formalidades.

Posteriormente, en 1984 se promulga el Decreto Ley No.

80, que recoge un subsistema más adecuado de las infracciones y simplifica el procedimiento para su aplicación.

Los efectos de la corriente minimalista del Derecho Penal, se hicieron sentir con fuerza en el sector jurídico nuestro a través de los congresos internacionales convocados por la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, y de otros cónclaves igualmente trascendentes, por lo que comienza a aplicarse una política de despenalización, que tiene su colofón en la promulgación de la Ley No. 62 de 30 de abril de 1987, que reduce considerablemente el articulado del Código Penal, restringe los marcos sancionadores, destipifica conductas leves que pasan a engrosar las regulaciones contravencionales, y amplía las alternativas de sanciones, incluyendo en su artículo 342 apartado 2 la posibilidad de exigir responsabilidad administrativa en determinadas circunstancias por los delitos de hurto, robo y daños.

Simultáneamente se promulga el Decreto Ley 99 de 1987, que establece las regulaciones para exigir responsabilidad administrativa por contravenciones personales; y el Decreto 141 de 1988 que recoge tipos contravencionales contra el orden interior, muchos de los cuales proceden de la destipificación llevada a cabo por la Ley 62 antes mencionada, con el inconveniente de que se crean figuras con tratamiento paralelo (administrativo y penal).

Con el advenimiento de la etapa de período especial en la década del 90, se transformó nuestra realidad en lo económico y lo social, haciéndose necesario nuevas regulaciones que con urgencia, dieran protección a intereses de la Administración (sociales, institucionales, urbanos,

económicos, ecológicos, etc), generándose en las instancias ejecutivas gran cantidad de Decretos y Decretos Leyes que recogen contravenciones y medidas administrativas para corregirlas; lo que trajo como consecuencia una ruptura entre la Legislación contravencional y las reglas que para su concepción sistémica pretendió establecer el Decreto Ley 99 de 1987. (Ver acápite 1).

Por otra parte, razones de Política Criminal, condujeron a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales a elaborar una propuesta de modificación del código penal vigente, la que fue aprobada mediante el Decreto Ley 175 de 17 de junio de 1997, que entre otras cuestiones dispone en su artículo 8 aptdo. 3 lo siguiente: «En aquellos delitos en que el limite máximo de la sanción aplicable no exceda de un año de privación de libertad, o de multa no superior a 300 cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor, como por las características y consecuencias del hecho.»

Es de apreciar, que en su génesis el poder punitivo del Estado y la Potestad Sancionadora de la Administración, estuvieron muy vinculadas en nuestro país, cuestión ésta que ha marcado quizá la concepción político criminal de los legisladores hasta la etapa actual.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

1- EL PROBLEMA DE LA CONVERGENCIA DE NORMAS PENALES Y ADMINISTRATIVAS.

Como ha quedado expuesto en los capítulos precedentes, tanto «la potestad punitiva del Estado» como «la potestad sancionadora de la Administración» se utilizan por el aparato estatal como medios de control social formales; en cuyo caso, los principios y garantías que actúan como sus límites, deberán estar en función del respeto a los derechos y libertades ciudadanos, como es el caso del principio que nos ocupa.

Aunque el principio *Non bis in ídem* se ha gestado jurisprudencialmente desde el campo del Derecho Penal, hoy su regencia se extiende al Derecho Administrativo Sancionador, al desplazarse su ámbito de aplicación al veto de la doble incriminación (administrativa y penal), que constituye el problema objeto de este trabajo.

Los aspectos abordados con anterioridad han constituido para mi trabajo una necesidad metodológica dadas las características de las materias que se involucran en el problema objeto de análisis, muy especialmente "el Derecho Administrativo Sancionador" que es portador aún de tantas indefiniciones doctrinales, razón por la cual he hecho mayor énfasis en estas cuestiones durante el desarrollo de mi investigación.

2- DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*.

En virtud del «non bis in ídem» o «ne bis in ídem»⁶⁵, nadie puede ser **castigado** o **procesado** dos veces por un mismo hecho, en los casos en que se aprecie la identidad de **sujeto, hecho y fundamento**. Por su contenido y alcance, este principio está íntimamente unido al de Legalidad y tipicidad de las infracciones; cuestión ésta reconocida al menos por la Doctrina y la Jurisprudencia española.

Como antecedentes de expresiones jurídicas recogidas en leyes, afirma Quirós Lobo que desde hace varios siglos, ya en la Legislación española se intentaba proteger a los hombres del doble castigo por un mismo hecho, pues "(...)en Las Partidas (Ley 21, Título 9, Partida VIII, se recogía este principio con esta fórmula: «*de un yerro non debe omne recibir dos penas por ende*»"⁶⁶

Sin embargo, la traducción literal actual de éste, tal y como expresa García Albero "(...) no agota su contenido a la luz de las diversas manifestaciones que se le atribuyen al mismo. Y es que, en efecto, la vaguedad del tenor de la fórmula, que podría ser traducida literalmente como «no dos veces en lo mismo», deja sin especificar tanto el contenido del supuesto de hecho -ídem-, cuanto la consecuencia que se pretende evitar -bis-."

En tal sentido, **a partir de los supuestos de identidad**

⁶⁵ García Albero, R., "Non bis in ídem Material y Concurso de Leyes Penales", Barcelona, 1995, pág. «Plantea que la expresión *ne bis in ídem* es universalmente utilizada, especialmente en la doctrina alemana e italiana, mientras que en España e Hispanoamérica el principio ha sido tradicionalmente conocido como *non bis in ídem*».

⁶⁶ Quirós Lobo, J. M., "Principios del Derecho Sancionador", Granada, 1996, pág. 69.

antes citados, la doctrina le reconoce al principio *non bis in ídem* un doble significado: **material**, según el cual nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción, y **procesal**, cuya inferencia va más lejos, al significar que nadie puede ser procesado dos veces por los mismos hechos.

2.1- El *non bis in ídem* sustantivo o material.

Desde la vertiente **material** este principio rige para el concurso aparente de leyes, tanto en el ámbito penal, como cuando las regulaciones aplicadas proceden de diversas ramas del ordenamiento, (como el caso que nos ocupa penal y administrativa).

Las sentencias que a continuación se enuncian, confirman el manejo jurisprudencial de este principio desde la vertiente **material**.

STC 2/81 de 30 de enero que señala: « El principio general de derecho conocido por *non bis in ídem*, supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de 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»⁶⁷, y prosigue «si bien el *non bis in ídem* no se encuentra recogido en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (...) no por ello cabe silenciar que,

⁶⁷ STC 2/81 de 30 de enero (FJ 4)

como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del art. 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución.»⁶⁸ (También SS 77 de 1983, de 3 de octubre; 159 de 1985, de 27 de noviembre; y 66 de 1986, de 23 de mayo y 154 de 1990).⁶⁹

Como expresa García Albero, "En su primer pronunciamiento sobre el tema el Tribunal Constitucional perfiló tres puntos básicos en relación con el principio. En primer lugar sentó su fundamentación legal y constitucional de las sanciones penales y administrativas contenida en el artículo 25.1 CE; procedió asimismo a explicitar los presupuestos para su aplicación: la constatación de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento; y señaló finalmente una importante excepción a su ámbito de aplicación, la existencia de «una relación de sujeción 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 (STC 2/81 de 30 de enero, FJ 4)»⁷⁰

Según la doctrina reiterada del TC (SS 1/81, 159/85, 23/86 y 94/86) las autoridades de un mismo orden, a través de procedimientos distintos, no pueden sancionar repetidamente una misma conducta ilícita, por entrañar esta duplicación de sanciones «inadmisibles reiteración del *ius puniendi* del

⁶⁸ STC 2/81, de 30 de enero, (FJ 4).

⁶⁹ STC 77/83, de 3 de oct., (FJ 3). STC 159/85, de 27 de nov., (FJ 3). STC 66/86, de 23 de mayo, (FJ 1). STC 154/90, de 15 de octubre. (FJ 2).

⁷⁰ García Albero, R., Opa. cit., pág.56.

Estado.»⁷¹. Aunque salvando las distancias, pues evidentemente se hace referencia al Derecho Penal exclusivamente en estas sentencias, vale la cita para la valoración sustantiva del principio *non bis in ídem*, y su precedente como violación de un derecho fundamental que puede dar lugar a recurso de amparo, que el propio Tribunal Constitucional, como hemos visto, se encargó de hacer valer también ante la duplicidad de sanciones, penal y administrativa.

2.2- El *non bis in ídem* procesal.

Desde la vertiente **procesal**, significaría que no pueden incoarse dos procesos por el mismo hecho, cuando se da el supuesto de la triple identidad, lo cual, en el caso del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en varias sentencias, a partir del reconocimiento de la prejudicialidad penal, es decir, de la prioridad a la vía penal para conocer del hecho. (STC 77/83 de 3 de octubre), que dispone que «el mismo principio *non bis in ídem* impone que la actuación sancionadora de la Administración no puede actuar, mientras están actuando los Tribunales en relación con los mismos hechos y debe en todo caso, respetar que actúe a posteriori, pues se violaría el art. 25 de la Constitución española, y es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.»

Cobo del Rosal y Vives Antón, refiriéndose a los elementos que identifican este principio expresan: "Con razón exige el Tribunal esa triple identidad, que podría

⁷¹ STC 1/81, de 26 de enero, (FJ 2). STC 159/85 (FJ 3), STC 23/86, de 14 de febrero, (FJ 1,2). STC 94/86, de 8 de julio, (FJ 2).

sintetizarse hablando de idéntica infracción o del mismo contenido de injusto, ya que la formulación habitual del principio ("nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos") resulta, literalmente entendida, profundamente inexacta, puesto que un mismo hecho puede lesionar intereses distintos, protegidos en normas diferentes, y ser por ello sancionado varias veces sin que tal pluralidad de sanciones vulnere ningún principio constitucional: tal sucede en los casos de concurso ideal de delitos"⁷²

Por esta razón, y dada la complejidad de la aplicación de este principio, durante la lectura de la Jurisprudencia Penal, los juristas han desarrollado doctrinalmente tres requisitos ya mencionados que rigen su imperio:

- Identidad en la persona, o *eadem persona*.
- Identidad en la cosa, o *eadem res*.
- Identidad de la causa de persecución, o *eadem causa petendi*.

En el caso de la identidad en la persona, el principio representa una garantía de seguridad individual, por lo tanto, sólo ampara a la persona que castigada o procesada por un hecho, haya o no recaído sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser castigada o procesada en otro procedimiento, que tiene por objeto la imputación del mismo hecho.

La identidad objetiva o en la cosa, supone la identidad de la imputación, es decir, que tenga por objeto el mismo comportamiento, atribuido a la misma persona, en cuyo caso sería necesario diferenciar la vertiente **material** de la

⁷² Cobo del Rosal, M. y Vives Antón. T.S., op. cit., pág. 83.

procesal.

Al referirse a este requisito, desde la vertiente **material**, resulta válida la apreciación que realiza Garberí Llobregat, "Esta identidad fáctica es la que elimina del ámbito de operatividad del principio Non bis in ídem todos los supuestos de concurso real de infracciones, en los cuales no se esté ante un mismo hecho antijurídico, sino ante varios".⁷³

Mientras que desde la vertiente procesal al referirse a este requisito, Julio Maier nos dice:

*"Sin embargo, no resulta siempre sencillo resolver este extremo. La regla genérica que gobierna el principio prescinde de toda valoración jurídica del hecho. Se trata de impedir que la imputación concreta como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea en una u otra ocasión el significado jurídico que se le ha otorgado, el nomen iuris empleado para calificar la imputación o designar el hecho. [...]"*⁷⁴

Pero otra cosa ocurre cuando hablamos de la identidad de fundamentación, pues puede que exista identidad personal y de objeto, en distintos procesos y resulte inviable la aplicación del principio, por una razón que la doctrina ha denominado "otra identidad de causa o de la pretensión punitiva", que justifica la doble y hasta múltiple pretensión punitiva en el ordenamiento jurídico: ello se asocia fundamentalmente a cuestiones de competencia, que trascienden el marco Judicial, cuando se involucran también los órganos de la Administración

⁷³ Garberí Llobregat, J., "El Procedimiento Administrativo Sancionador", 2ª. Edición, Valencia, 1996, pág. 179s.

⁷⁴ Maier, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal argentino", T-I, 2ª Edición,

Pública para hacer uso de su potestad sancionadora.

El significado de este principio, ha sido reconocido internacionalmente como garantía individual por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, que expresa: "Nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país",⁷⁵ y aunque su enunciado no agota el tema objeto de este estudio, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de hacerlo.

1.1- Consideraciones doctrinales acerca del origen del *non bis in ídem*.

Algunos autores piensan que el origen de este principio parte de la cosa juzgada, que en su efecto positivo proporciona la firmeza de la resolución, mientras que en su efecto negativo, imposibilita una nueva persecución del hecho, y como observa Salvador Del Rey "De su vertiente claramente procesal, ha pasado a presentar un componente esencialmente sustancial [...]"⁷⁶, ya que la prohibición de sancionar dos veces por un mismo hecho no sólo abarca el ámbito jurídico penal, sino todas las ramas donde se ejercite la actividad represiva del Estado.

Las dificultades para evitar, desde un marco procesal,

Buenos Aires, 1989, pág. 380.

⁷⁵ Resolución 200a XXI que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y dispone en su Art. 14-7 el contenido del principio *non bis in ídem*.

⁷⁶ Del Rey, Salvador., (1990, 79-80), op. cit. por Nieto, A. (1994, 402).

la violación del *non bis in ídem* (penal-administrativo), a partir de la cosa juzgada, condujeron la doctrina al ámbito sustancial, es decir, a las normas que tipifican conductas presuntamente delictivas o infracciones administrativas; de este modo, en lugar de analizar el problema de la pluralidad de sanciones por un mismo hecho, se desplaza la valoración a la existencia de la pluralidad normativa sobre un mismo hecho, que sería en definitiva la causa de una posible duplicidad de sanciones; con este giro, caemos en la conocida "teoría de los concursos".

Existe diversidad de criterios en cuanto a la posibilidad de inclusión de múltiples tipificaciones del mismo supuesto de hecho, desde diferentes valoraciones en una misma rama, o en diversas ramas del ordenamiento jurídico; así por ejemplo Carrillo y Pinzón plantean:

*"Resulta absurdo que se considere a un hecho u omisión, al mismo tiempo, como una omisión grave(delito), y como una violación menos grave (contravención o infracción administrativa) [...]"*⁷⁷

Para fundamentar este planteamiento, los autores argumentan: por una parte, la obligación legal de resolver el asunto conforme a la regla de considerar los hechos por la figura mas grave (delito), en virtud del principio general de Derecho de especialidad, y por otro lado cuestionan la imposibilidad de resolver en vía administrativa, ya que no podría repararse el daño causado con el hecho u omisión, ya

⁷⁷ Carrillo, F. y Pinzón J. "El sector financiero y Delincuencia Económica" 1983, citados por Foerster Gerhard, A. y García Florez, A. "La Sanción administrativa y el Derecho Penal Administrativo", Facultad de Ciencias Jurídicas y socio-económicas, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1991, pág., 169.

que el fin de la medida administrativa no incluye este propósito.

Según Nieto, el Derecho italiano comparte esta posición, y ubica el problema en manos del legislador, por lo cual la Presidencia del Consejo de Ministros publicó la circular de 19-12-83, en la que se dan indicaciones al órgano legislativo para que no incurra en superposición sancionadora, y en caso de que no sea factible evitarla, el dilema se resuelva conforme a lo establecido en el artículo 9.1 de la Ley 689/81 que expresa: «Cuando un mismo hecho está castigado por una disposición penal y por una disposición que prevea una sanción administrativa, o bien por una pluralidad de disposiciones que prevean una pluralidad de sanciones administrativas, se aplica la disposición especial»,⁷⁸ de cuya lectura parece inferirse que se admite la prioridad en materia de aquella que más se avenga al supuesto típico de hecho.

Y comenta luego, que este no parece ser el criterio del Tribunal Supremo de España que mediante la sentencia de 15-3-85, en su cuarto considerando expresa:

*«[...] La notoria existencia de normas sancionadoras superpuestas, por tanto, no conculcan ese principio del Non bis in ídem, ya que su cumplimiento corresponde, no al que elabora y aprueba la norma, sino al que la aplica en aquellos supuestos, en que un mismo hecho puede ser tipificado y sancionado en más de un precepto punitivo».*⁷⁹

Y como complemento de esta postura, el citado autor

⁷⁸ Referencia legislativa citada por Nieto, A., op. cit., 1994, pág. 405.

⁷⁹ Sentencia del TS de España citada por Nieto A., op. cit., pág. 405.

considera que el Real Decreto Ley de 25 de enero de 1977 (que ha sido constitucionalizado por fallos de este Tribunal generalizando su aplicación), «consagra la prevalencia de la norma penal»⁸⁰, lo que ha motivado críticas airadas, entre ellas la de Rebollo Puig, que parece compartida por Nieto cuando lo cita:

*"[...] Absurdo es, por ejemplo, que con una Constitución en que lo único cierto es que no aparece el principio Non bis in ídem, se llegue finalmente a considerar inconstitucional una solución tan racional y lógica como la del Derecho italiano [...]. [además], desde el momento en que es constitucional la potestad sancionadora de la Administración, no se sustenta en parte alguna que haya de ser considerada subsidiaria y quedar desplazada ante la concurrencia de norma penal"*⁸¹.

Garberi Llobregat, J., al analizar la decisión que procede en el caso de una posible sanción penal y otra administrativa «ex-ante», hace una consideración distinta del asunto, y expone:

"[...] Las tendencias doctrinales (Parada Vázquez, Gimeno Sendra), jurisprudencial (STC 77/83, de 3 de octubre) y normativa (Art. 7 RP), se muestran absolutamente proclives a la preferencia de la jurisdicción penal y, por ende, a la subordinación de la Administración a la primera en lo atinente al enjuiciamiento del hecho, o los hechos doblemente tipificados; por esta causa, «la incompatibilidad de medidas represivas opera dando preferencia, y por tanto, prioridad a la reacción penal, lo que implica como consecuencia, la

⁸⁰ Referencia legislativa citada por Nieto, A., op. cit., 1994, pág. 406.

⁸¹ Rebollo Puig, M., "Potestad Sancionadora, Alimentación y Salud Pública, 1989, pág. 823. Citado por Nieto, A., op. cit., 1994, pág. 406.

paralización del procedimiento administrativo, durante la sustanciación del proceso penal» (STC 3ª 5ª 18 de diciembre de 1991).⁸²

Por resultar útil para la comprensión de esta tendencia, a continuación reproducimos el contenido de la sentencia del TC 77/83, como sigue: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias las consecuencias siguientes:

a) El necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos, mediante el oportuno recurso. b) 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 según el Código Penal o las Leyes Especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; y c) La necesidad de respetar la cosa juzgada.» (FJ 3o)

Evidentemente, el tema se complica al entrar en el juego el aspecto sustancial y procesal a la vez, pues, a partir de la valoración de los «intereses jurídicamente protegidos», se conformará la justificación legislativa de la doble protección de un bien en leyes y/o ramas jurídicas diferentes; y luego, ante la pluralidad de tipificaciones, corresponderá a los operadores establecer la competencia que debe conocer del hecho, ya sea «ex-ante», o «ex-post» para aplicar la sanción que proceda sin infringir el principio Non bis in ídem; o por el contrario, puede existir consenso entre el legislador, la

⁸² Garberí Llobregat, J., op. cit., 1996, pág. 182. Especial referencia a la STC 77/83.

jurisprudencia y la doctrina, en relación con la licitud del Bis in ídem, en cuyo caso quedaría flanqueada la doble exigencia de responsabilidad por un mismo hecho.

La madeja de problemas que se generan por las razones antes apuntadas, tienen múltiples soluciones elaboradas por el Derecho Penal: (El concurso de leyes, El concurso ideal, concurso medial, y concurso real de delitos); que dan la posibilidad de selección, acumulación o exasperación de sanciones; más, cabría preguntarse como lo hace Nieto: "[...] en que medida y con que matices podrían aplicarse todas estas técnicas de procedencia penal en el campo afín, pero no idéntico, del Derecho Administrativo Sancionador"⁸³.

3- REGULACIONES SOBRE EL NON BIS IN IDEM EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONADORA ESPAÑOLA.

Garberí Llobregat al fundamentar el carácter constitucional del non bis in ídem expresa:

"[...] la ubicación constitucional del principio Non bis in ídem no es indiferente, pues su inclusión en el Art. 25.1 de la CE lo configura como un derecho público subjetivo de los catalogados como fundamentales que implica, como de todos es sabido, que su desconocimiento o transgresión por parte de los poderes públicos, es susceptible de poner en funcionamiento una tutela judicial reforzada: la contencioso-administrativa ordinaria o la especial establecida en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, vía esta última «sumaria» y «preferente», y la constitucional, materializada en el recurso de amparo, tutela dual de la que carecería si se entendiera alojado en los

⁸³ Nieto, A., op. cit., pág. 409.

reseñados arts.. 9.3 y 10.2 CE."⁸⁴

En España, hasta 1992, el desconcierto de la Doctrina en la materia era confeso, pues los vaivenes de la Legislación y la Jurisprudencia en cuanto a la autorización del *bis in ídem* en ocasiones, y su prohibición en otras, no permitían una línea de definición que inspirara seguridad jurídica sobre el tema de la posibilidad de duplicidad de sanciones (penal y administrativa).

Con la entrada en vigor de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) la situación cambia, pues en la parte dedicada a la potestad sancionadora, en especial su capítulo primero, que contiene los principios que deben regirla, en su Art. 133 establece: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento».

Posteriormente, mediante Real Decreto 1398 de 1993, de 4 de agosto, se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS), que en su Art. 5º apartado 1 dispone: «El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concorra además, identidad de sujeto y fundamento»; cuestión que en el ulterior apartado extiende a la posibilidad de supuestos similares, cuando estén

⁸⁴ Garberí Llobregat, J., op. cit., pág. 177.

involucrados los Órganos Comunitarios Europeos.

A pesar de la parquedad de estas regulaciones, que no cubren la gama de variantes posibles «ex-ante», «ex-post», resultaron un límite importante al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ante el fenómeno de la pluralidad de tipificaciones de un mismo supuesto de hecho y la vía legal para hacer efectivo el mandato de prohibición del *Bis in ídem*; al menos así se reconoce por la Ciencia del Derecho en ese país.

Como aprecia Garberí: *"Nada impide, sin embargo, que la prohibición del «bis in ídem» pueda ser apreciada en el momento de emitir la resolución definitiva del procedimiento si, por cualquier circunstancia, la identidad de hecho, sujeto y fundamento, no ha sido evidenciada con anterioridad a la propuesta de resolución (Art. 18 RP), o al trámite de audiencia (Art. 19 RP). Más improbable sin embargo, resulta la posibilidad de que tales identidades sean apreciadas de oficio, en la fase de «actuaciones previas» (Art. 12 RP), pues al exigir el Art. 5.1 RP que las mismas «queden acreditadas», entrará dentro de lo normal, que dicha acreditación, generalmente previa la alegación del interesado, tenga lugar durante el período probatorio (Art. 17 RP)".*⁸⁵

Un aspecto que queda definido en este reglamento es la supeditación del procedimiento administrativo a lo resuelto mediante el procedimiento penal, cuando se produzca la triple identidad que exige el principio «Non bis in ídem» respecto de un hecho que es, o ha sido objeto de conocimiento por la Jurisdicción Penal antes, o simultáneamente. En el Art. 7 RP que regula las «Vinculaciones con el orden Jurisdiccional

⁸⁵ Garberí Llobregat, J., op. cit., 1996, pág. 495 (s)

Penal», en su apartado 1 establece: «En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación».

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas». En su apartado 2 dispone: «Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial»; y en su apartado 3 establece: «En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme, vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos administrativos que substancien».

No toda la doctrina acepta con agrado la forma en que se resuelve esta relación entre los sistemas punitivos del Estado: así vemos que Nieto considera que el contenido de estos preceptos apuntan hacia una dirección distinta a la pretendida «subordinación de los actos de la Administración en materia sancionadora a la jurisdicción penal», ya que, desde su punto de vista, lo que ocurre es que han acudido al mecanismo procesal para evitar que se produzca una sanción administrativa antes de una penal; en este sentido, por resultar muy elocuente, hacemos una cita suya:

"[...] si el efecto material del principio no implica asignación

de prevalencias, el efecto procesal aludido, provoca una prioridad cronológica de la sentencia penal. (...) De hecho, la única posibilidad de imponer la prevalencia de la sentencia penal es asegurar su prioridad cronológica, ya que, una vez producida la resolución administrativa sancionadora, sería muy difícil hacer viable «hacia atrás» la influencia de una sentencia penal posterior. Tal ha sido la solución de la LRJPAC (y su reglamento), de cuya atenta lectura se desprende un dato que puede aparecer sorprendente desde la inercia del dogma, a saber: no se establece prevalencia alguna de la sentencia penal, salvo en el limitado aspecto de la declaración de los hechos probados. Lo que bloquea la resolución sancionadora, es tanto una sentencia penal, como una sanción administrativa anterior, dando la sensación de que la prevalencia es de orden cronológico, no de naturaleza. Y lo que en cambio, queda muy claro, es la prioridad del proceso penal como medio de evitar la superposición de castigos”⁸⁶.

De cualquier modo, si todo se proporcionara conforme a Ley, y se diera prioridad «ex-ante» a la Jurisdicción Penal para conocer de los hechos, ello no significaría que todos los problemas quedarían resueltos ni mucho menos, (y así lo evidencia la abundante y contradictoria Jurisprudencia española); pues de producirse un fallo sancionatorio, todo habría terminado para el Derecho Administrativo Sancionador; más las dificultades comienzan cuando el Tribunal decide sancionar, pero se considera que la tipicidad penal protege un interés jurídico distinto al de la presunta infracción administrativa por la cual pretende sancionar la Administración, en cuyo caso podrá ésta hacer uso de su facultad, con independencia del juicio penal; las cosas se complican, cuando se produce el sobreseimiento de las actuaciones o una sentencia absolutoria, ya que de existir la

⁸⁶ Nieto, A., op. cit., pág. 424.

triple identidad de tipicidades que supone el *Non bis in ídem*, la Administración de todas formas quedará vinculada por los hechos que se declaran probados en la vía Judicial (Art. 137.2 de la LRJPAC Y ART. 7.3 RP).

Pero otra cosa sucede con la «previa sanción administrativa», pues la ley no obliga a suspender el proceso cuando se tenga conocimiento que se ha iniciado otro semejante (en la misma esfera), y si a ello se añade el hecho de que la Administración tutela sectorialmente sus intereses, resultará muy difícil establecer la identidad de fundamentos, en cuyo caso, como apunta Garberí:

*"[...] Con todo, el silencio de la norma autoriza a pensar que en estos supuestos deberá el interesado solicitar la suspensión del procedimiento incoado en segundo lugar, y si le es denegada, deberá entonces evidenciar la prohibición del «Bis in ídem» en el procedimiento pendiente, si es que se le impone una sanción en el expediente terminado en primer lugar"*⁸⁷.

4- REGULACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONADORA CUBANA.

En Cuba, a pesar de que la institución de la cosa juzgada siempre se ha recogido en las Leyes procesales, el origen de la aplicación del *non bis in ídem* en la esfera Judicial se vincula a la litis pendencia por razones de competencia, lo que resulta evidente de la lectura de las legislaciones más antiguas.⁸⁸ Estos conflictos se suscitaban fundamentalmente

⁸⁷ Garberí Llobregat, J., op. cit., 1966, pág. 470.

⁸⁸ Ver Constitución de 1901, art. 83, aptdo. 2º, que atribuye al T. S. facultad para dirimir las competencias entre los Tribunales que le sean

cuando existían dudas sobre la calificación de un hecho que podía constituir al mismo tiempo falta y delito, o contravención y delito, en cuyo caso se solventaba la cuestión dentro de la esfera Jurisdiccional, debido a que tanto las faltas, como las contravenciones estuvieron sujetas a la Jurisdicción Penal hasta el año 1979.

No obstante la ausencia de escriturización del principio *non bis in ídem* en nuestro ordenamiento jurídico, ello no supone su ignorancia por los operadores de los sistemas sancionadores, pues actúa como principio general de derecho, y su invocación por cualquiera de las partes es tomada en cuenta; el problema radica en la carencia de instrumentación legal para hacerlo efectivo, y dar soluciones de modo uniforme, en especial al caso concreto que nos ocupa (sanciones administrativas y penales).

El recuadro de la justicia legalizada y personalizada que encontramos en el Derecho Penal, no es el mismo que vemos en el Derecho Administrativo Sancionador cubano, donde incluso el principio de culpabilidad no se aplica, pues la responsabilidad se exige de forma objetiva; no obstante, en relación con la prohibición del *bis in ídem*, encontramos que en el Art. 19 del Decreto Ley No. 99 de 1987 (que establece las reglas para exigir responsabilidad administrativa por contravenciones personales) se regula:

«Cuando la autoridad facultada detecta la comisión de un hecho como contravención, pero que al mismo tiempo reúna los elementos de un tipo delictivo, procederá a imponer la multa y demás medidas que procedan, si a su juicio el hecho carece de

inmediatamente inferiores o no tengan un superior común (LECRIM/1888, arts. 50,51) y (art. 116 ss. de la LECIV/1986).

peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor. En caso contrario, se abstendrá de proceder en la vía administrativa, y denunciará el hecho como posible delito. Si el conocimiento de la infracción llega al Tribunal, y éste aplica la disposición prevista en el artículo 8 del código penal vigente, sobresee libremente, o se dispone el archivo de las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 367 de la Ley de Procedimiento Penal, por considerar que el hecho no es constitutivo de delito, remitirá el asunto a dicha autoridad facultada, la que procederá en la vía administrativa».

La inexistencia de una Ley que reglamente el procedimiento administrativo común provoca que los mecanismos para hacer efectivas en la práctica las regulaciones antes apuntadas no funcionen adecuadamente; por una parte, debido a la carencia de trámites procesales e investigación previa para que los operadores de la Administración Pública actúen de este modo; y por otro lado, los órganos de la Administración de Justicia no tienen la posibilidad de trasladar su decisión a una institución homóloga en la esfera administrativa, que si bien no se considere parte de la esfera jurisdiccional, resulte competente y responsable para canalizar esta decisión, por lo que estas disposiciones se han convertido en letra muerta.

Mención aparte merece en nuestra Legislación cubana la doble incriminación no opcional que en determinadas tipicidades admite el Ordenamiento Jurídico, es decir, la admisión del Bis in ídem, a partir de diversas consideraciones acerca de la doble afectación causada con el mismo hecho; sobre lo cual (salvando las distancias) nos parece acertada la cita de José Sainz Cantero:

"La confusión de límites entre Derecho Penal, y Derecho Administrativo de carácter Penal, por un lado, y la de pena criminal y sanción administrativa, por otro, se agrava por la posibilidad, que algunas leyes prevén expresamente de una doble responsabilidad -criminal y administrativa- con un mismo hecho, con base en que éste pueda lesionar a la vez un doble orden de intereses y deberes (el mismo hecho lesiona un bien jurídico protegido penalmente, y el deber que, como funcionario, por ejemplo, vincula a su autor a la Administración). Esta acumulación de responsabilidades, que origina como es obvio, la acumulación de las correspondientes pena criminal y sanción administrativa, no es objetable en principio, pero se hace intolerable en ocasiones, precisamente a causa del empleo por la Administración de sanciones análogas en naturaleza y gravedad a las penas criminales, ya que llega a infringir el principio *Ne bis in ídem*".⁸⁹

Los supuestos a que hace referencia Sainz Cantero, generalmente involucran, de una parte la esfera Judicial, y de la otra, la esfera Administrativa, pero con especial referencia a la competencia de la disciplina de los funcionarios, que hemos querido mencionar, por resultar una de las áreas más expuestas a la tolerancia del *bis in ídem*, pero a la que por razones de concreción del presente trabajo, no extendimos este estudio, que como expresé en la parte introductoria está referido especialmente a aquellas infracciones administrativas cuyo campo represivo tiene fronteras con el Derecho Penal y que pudieran provocar colisiones o quebrantamiento del *non bis in ídem*.

El sistema contravencional cubano está compuesto por cinco Decretos Leyes y treinta y siete Decretos, en los que se

⁸⁹ Sainz Cantero, J., "Lecciones de Derecho Penal", Parte General, T-I, Barcelona, 1982, pág. 55.

regulan materias de: Orden Interior, Salud Pública, Urbanismo, Arquitectura, Viales, Transporte, Comercio, Laboral, Actividad por cuenta propia, Sistema impositivo Prevención de incendios, Agricultura, Medio Ambiente, etc. (ver acápite No. 1).

Todas estas disposiciones debían corresponderse con las reglas establecidas en el Decreto Ley 99/87 para la exigencia de responsabilidad por contravenciones personales, sin embargo la urgencia de la práctica legislativa con que estas normas se elaboran y aprueban en las instancias ejecutivas del Estado fueron flexibilizando esas reglas de tal forma, que muchos de los Decretos y Decretos Leyes que tipifican y sancionan contravenciones tienen sus propias regulaciones, que difieren de las del mencionado proceso rector.

La hipertrofia del sistema contravencional y sus irregularidades se pusieron de manifiesto en una investigación que tuve oportunidad de dirigir recientemente, cuyos resultados han servido al Ministerio de Justicia, y también a la Comisión Nacional de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, para trabajar en los proyectos de Leyes de Procedimiento Contravencional, y Código de Contravenciones.

Las múltiples tipicidades que tienen un tratamiento penal y administrativo a la vez, están sujetas en cuanto a su aplicación, al criterio del operador (agente de la autoridad policial o inspector administrativo), que al conocer del hecho deben decidir qué disposición aplican; en este sentido, nos encontramos con el dilema de que la autoridad policial no tiene que consultar a nadie en materia de competencia penal para tomar su decisión; y el inspector administrativo, de acuerdo con lo regulado en el Art. 19 del Decreto Ley 99/87

(que antes transcribimos), tampoco tiene que consultar a nadie para decidir: por lo tanto, queda expedita la vía para infringir el principio *non bis in ídem*.

Otra de las reglas que pudiera infringir el veto de la doble incriminación, y que también aparece en el citado Art. 19 del Decreto Ley 99/87, es la que está referida a la posibilidad de proceder por la vía administrativa, una vez que el Tribunal haya decidido aplicar lo dispuesto en el artículo 8.2 del Código Penal, (que equivale a una sentencia absolutoria), pues en el mismo se dispone: «No se considera delito la acción u omisión que, aún reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social, por la escasa entidad de sus resultados y las condiciones personales de su autor». En estas figuras que tienen un tratamiento paralelo (penal y administrativo), pareciera que el legislador las diferencia precisamente a partir de la gravedad o levedad de sus consecuencias, y evidentemente prevé respuestas distintas y en ramas diferentes del ordenamiento jurídico, desplegando una Política Criminal en la que trasluce el principio de mínima intervención penal. Hasta aquí todo parece muy coherente, el problema se suscita al analizar el tema de la antijuricidad, pues no es lo mismo castigar de una u otra forma a partir de determinados criterios objetivos, que enjuiciar en la esfera Judicial y absolver por "no trascender los hechos en el plano social y de su autor", y trasladar las actuaciones a la Administración para que proceda a enjuiciar la misma conducta y sancione si lo estima procedente. A mi juicio, este asunto ha sido técnicamente manejado con ignorancia del imperio del principio *Non bis in ídem*.

Algo similar ocurre con la otra variante que posibilita el mencionado artículo, al disponer que: «de sobreseer

libremente o disponer el archivo de las actuaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 367 de la Ley de Procedimiento Penal», el Tribunal podrá remitir el asunto a la vía administrativa para que ésta proceda. El Art. 367 por su parte establece lo siguiente: «El Tribunal dispondrá el archivo de las actuaciones cuando los hechos denunciados, no sean constitutivos de delito o contravención, o resulten manifiestamente falsos», por lo que volvemos al mismo hilo conductor del doble enjuiciamiento por un mismo hecho, a partir de la valoración y subjetividad de los operadores de cada sistema.

También en la propia esfera administrativa encontramos duplicidad de tipificaciones, cuestión ésta muy vinculada a la modalidad de reglamentar en materia de contravenciones a partir de leyes en blanco procedentes de cada rama ministerial o de la Administración del Estado sin previa coordinación; práctica ésta que se intenta corregir en nuestro país en estos momentos, pero que ha generado muchas normas con tratamiento administrativo paralelo a los mismos supuestos de infracciones. Esta situación puede provocar, como es lógico, la doble incriminación por un mismo hecho y la duplicidad de sanciones, lo que no puede detectarse de oficio por los operadores administrativos, dado el carácter sectorial de estas normas y de los funcionarios que las aplican.

Otra cuestión que llama la atención en este Decreto Ley 99/87, es la forma en que regula el concurso material de infracciones administrativas, que aparece recogida en su Art. 10 y que transcribo a continuación: «Por cada contravención se impondrá al infractor o a la persona que responda por él, la multa y demás medidas que se determinen en el correspondiente decreto del Consejo de Ministros. No obstante lo dispuesto en

el párrafo anterior, si mediante una inspección o comprobación, quedare establecido, que una misma persona cometió varias contravenciones de carácter semejante, y subsisten sus efectos, se le impondrá una multa única por todas esas contravenciones, cuya cuantía será igual al doble de la multa correspondiente a la contravención más fuertemente sancionada de entre las cometidas». El asunto queda resuelto, a partir de la exasperación de la sanción; aunque desde luego, el término «contravenciones de carácter semejante» puede ser tan ambiguo como adecuado, en dependencia del uso que se desee darle.

Toda esta cobertura administrativa para proceder contra los infractores por contravenciones personales, sólo deja para los sancionados una instancia de apelación ante el superior jerárquico de la autoridad que le impuso la medida, dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación, el cual no tiene efectos suspensivos para «el pago de la multa», y si tiene dichos efectos en cuanto a la «obligación de hacer» (si se le hubiere impuesto). De ser declarado con lugar el recurso, se procederá a reintegrar la multa pagada; y de ser declarado sin lugar, el asunto habrá terminado ahí para el infractor, que deberá cumplir todas las medidas que le fueron impuestas.

De hecho, la vía más usada por la población cuando se siente perjudicada en alguno de sus derechos o considera injusto el proceder de algún órgano del Estado, es acudir ante la dirección de Derechos Ciudadanos que funciona en la Fiscalía General de la República, desde sus instancias de base, donde por cada queja ciudadana se abre un expediente de investigación y se pronuncia un dictamen que puede ser «no violatorio» o «violatorio», y que tiene fuerza vinculante para

el órgano de la Administración al que se dirige, de acuerdo con lo establecido en el Art. 21.1 de la Ley 83 de 11 de julio de 1997 de la Fiscalía General de la República, que expresa: «La Resolución que emite el fiscal para que se restituya la legalidad no puede interferir en la esfera de atribución exclusiva de los Órganos y Organismos del Estado, siendo de obligatorio cumplimiento por parte del organismo, autoridad o funcionario al cual se dirige, quien dispone de un plazo de veinte días para informar al fiscal sobre las medidas adoptadas».

El hecho de que muchas de las disposiciones contravencionales no van dirigidas hacia la totalidad de la población (sino a determinados sectores), propicia una divulgación parcializada de las mismas, que no siempre cubre la totalidad de los grupos de riesgo, quedando espacios en los que el desconocimiento de estas normas puede provocar no sólo su infracción, sino también la indefensión de los ciudadanos ante la reacción de la Administración.

Desde el campo del Derecho Penal, también encontramos interrogantes relacionadas con el tema objeto de nuestro estudio, así vemos, que el Código Penal tal y como quedó redactado a partir de las últimas modificaciones que se introdujeron a su articulado⁹⁰, en su art. 8, apartado N°. 3 ha administrativizado el tratamiento a todas las figuras penales «que tengan previstas sanciones de hasta un año de privación de libertad, o de multa no superior a trescientas cuotas o ambas», permitiendo a la autoridad actuante (policía) que en lugar de remitir las actuaciones al Tribunal, le «imponga una multa administrativa», siempre que en la comisión

⁹⁰ Código Penal cubano (Ley 62/88) tal y como quedó modificado por el DL

del hecho «se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor, como por las características y consecuencias del hecho».

Aunque esta variante que analizamos fue concebida en virtud del principio de mínima intervención penal, para beneficiar al autor de un hecho que merezca un trato diferenciado; no hay que esforzarse mucho para fundamentar lo arbitrario que puede resultar el uso de esta alternativa, si se tiene en cuenta que la autoridad actuante no siempre tiene los conocimientos suficientes para una determinación de esta naturaleza, y que además no existe norma adjetiva que obligue a dicha autoridad a conducirse cumpliendo determinadas formalidades procesales que garanticen un mínimo de seguridad jurídica. Tampoco está prevista ante esta decisión instancia de apelación, por lo que, una vez aceptada la multa administrativa, el asunto concluye con el pago de la misma, y de no cumplirse, se remiten las actuaciones al Tribunal competente para que se efectúe el juicio correspondiente.

El modo en que se concibió por el Legislador, que podía darse curso a estos asuntos, aparece regulado de forma precaria en una «Disposición Especial» del propio Decreto Ley que modificó el Código Penal (citado anteriormente), donde se establecen los límites de la multa administrativa aplicable, «que no podrá ser inferior a doscientos pesos, ni superior a mil pesos», con posibilidades de ser extendida «hasta dos mil pesos cuando las circunstancias concurrentes en el hecho, o en el infractor, así lo aconsejen».

Además dispone que se exigirá «responsabilidad civil

cuando proceda», de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 70 y 71 del Código Penal (cuestión ésta que resulta incongruente, ya que la multa en este caso es una sanción administrativa, distinta por tanto a la naturaleza de la pena que entraña la responsabilidad penal), aspecto éste que la disposición que analizamos se encarga de precisar cuando expresa: «Si el culpable satisface el pago de la multa y cumple los términos de la responsabilidad civil, dentro de los tres días hábiles siguientes al de su imposición, se tendrán por concluidas las actuaciones, y el hecho, a los efectos penales, no será considerado delito. No obstante, el actuante remitirá las actuaciones a la autoridad correspondiente, cuando el infractor así lo solicite o no abone la multa o no cumpla lo dispuesto en cuanto a la responsabilidad civil».

En relación con la problemática que abordamos, considero que el impago de la multa administrativa debiera dar lugar a la búsqueda de resortes dentro de su propia esfera para lograrlo, pues remitir las actuaciones al Tribunal significaría en un sentido lato sancionar al infractor dos veces por el mismo hecho, ya que no se le acusaría por el incumplimiento de la medida administrativa, sino por los hechos que la originaron.

A pesar de tantas incongruencias, no encontramos en la Ley de Procedimiento Penal ninguna regla que exprese cómo proceder cuando un hecho que está siendo conocido en vía Judicial, ya ha sido sancionado administrativamente; ni tampoco el Decreto Ley 99/87 contiene regulación alguna para el caso inverso, por lo que es evidente que la única forma de reclamación posible ante la violación del principio Non bis in ídem, de producirse, es la reclamación que el propio autor del hecho pueda hacer ante la segunda instancia que lo enjuicia, y

de no obtener una respuesta satisfactoria, utilizar el recurso de la queja ante otras instancias jurídicas o políticas.

CONCLUSIONES ;Error! Marcador no definido.

- El auge alcanzado por el Derecho Administrativo Sancionador en la post-modernidad, es el fruto de la intervención del Estado en todas las esferas del quehacer nacional y constituye una necesidad impuesta por la complejidad de las relaciones entre los hombres, entre éstos y el Estado, y entre los propios Estados, en un mundo globalizado.

- El Derecho Administrativo Sancionador, visto desde la óptica de la moderna doctrina europea, forma parte del Derecho Administrativo, y por tanto, del Derecho Público Estatal, y de su matriz constitucional, de los cuales debe tomar los principios que lo informan y matizarlos en dependencia de sus demandas racionales.

- La Jurisprudencia y la Doctrina en los países europeos han realizado aportes teóricos en la materia, que permiten a los segmentos académicos de juristas, tomar conciencia de la emergente necesidad de legalizar e institucionalizar esta parte del Ordenamiento Jurídico.

- La potestad sancionadora de la Administración es un poder represivo del Estado que entraña la afectación de bienes personales de los ciudadanos, y ello supone la existencia de límites que impidan un uso abusivo de esta facultad, a la vez que propicie un clima de seguridad jurídica en cualquier

Estado de Derecho.

- La recurrencia directa del Derecho Administrativo Sancionador a las instituciones, reglas y principios del Derecho Penal, ha impedido el desarrollo de las suyas propias, o la adecuación de éstas a sus necesidades, creando múltiples dificultades a la práctica jurídica.

- La Pluralidad de tipificaciones normativas (penales y administrativas) es con frecuencia, el resultado de técnicas legislativas no depuradas, que requieren de un cuerpo de operadores muy competente si se pretende impedir que se quebrante el veto de la doble incriminación por un mismo hecho.

- En la Constitución española se reconoce la potestad sancionadora de la Administración, y se extiende la regencia del principio de legalidad a esta actividad.

- El principio *non bis in ídem*, es considerado por la ciencia del Derecho, un principio General, no obstante, hoy se estima que es parte del principio de legalidad por su necesario vínculo con el principio de reserva legal, y de tipicidad.

- A partir de los anteriores fundamentos, la Jurisprudencia y la Doctrina española han dotado el principio *non bis in ídem* del contenido correspondiente a un derecho fundamental, y así se reconoce hoy por la Legislación que tutela la potestad sancionatoria en este país.

- La tendencia a descansar en los operadores de los sistemas para seleccionar la norma aplicable ante la

multiplicidad de tipificaciones de un mismo hecho, genera conflictos concursales de sanciones e infracciones, de difícil solución dentro de la esfera administrativa a partir de las técnicas desarrolladas por el Derecho Penal.

- El reconocimiento de la cosa juzgada, resulta uno de los logros más importantes para la seguridad jurídica en las instancias jurisdiccionales, pero sitúa en una posición desventajosa a la potestad sancionadora de la Administración, al quedar subrogada a la decisión Judicial en primer lugar, y no tener el privilegio de que a sus resoluciones se les reconozca la fuerza legal de la cosa juzgada.

- En la Jurisprudencia española, a pesar del respaldo legal e institucional con que cuenta la potestad sancionadora en la actualidad, se aprecian múltiples incongruencias y heterogeneidad en la solución de los casos, sin que pueda hablarse aún de cierta seguridad jurídica en relación con la prohibición del Bis in ídem, o su excepción.

- Epistemológicamente hablando, puede decirse, que aún al Derecho Administrativo Sancionador le queda mucho por construir, pues a pesar del largo camino recorrido desde su gestación legislativa, con el surgimiento de los modernos Estados de Derecho, todavía no puede dar respuesta desde sus predios, y con medios propios, a las colisiones con otros sistemas represivos del Estado con la autoridad que consolida la seguridad jurídica que su entramado normativo sea capaz de crear.

- En Cuba la potestad sancionadora de la Administración no está constitucionalmente reconocida, ni el principio de legalidad cubre la materia objeto de ésta, en tal sentido, se

recurre a los principios socio-políticos y organizativos del Derecho Administrativo por una parte, y a los del Derecho Penal por la otra, en lo que pudiera resultar de homologación.

- La carencia de una Legislación que establezca el régimen jurídico de la Administración del Estado, y que regule el procedimiento común, trasciende a la precariedad del desarrollo legal e institucional en materia del ejercicio de su Potestad sancionadora.

- El procedimiento administrativo concebido para regular la aplicación de contravenciones personales y su ejecución, se ha colapsado y ha perdido su articulación con muchas de las disposiciones normativas contravencionales, que contienen su propio procedimiento "sectorial".

- La descarga del sistema penal, en detrimento del aumento de tipicidades dentro del sistema contravencional, vinculado al incremento de estas disposiciones normativas en los últimos diez años, han caotizado esta Legislación, haciéndola perder su carácter sistémico y capacidad para responder a los requerimientos jurídicos de la práctica.

- La existencia de normas que tienen un tratamiento "paralelo" en el Derecho Penal y en el sistema contravencional, dejan expedita la vía para que se produzca la doble incriminación por el mismo hecho, con violación del principio *non bis in ídem*.

- La instancia de apelación prevista para recurrir las sanciones administrativas por contravenciones personales impuestas, es insuficiente e inapropiada para garantizar un adecuado control del uso de la potestad sancionadora de la

Administración del Estado.

- La administrativización del Derecho Penal, especialmente a partir de la posibilidad de exigir responsabilidad administrativa en determinados casos, por un hecho constitutivo de delito, ha abierto una puerta más a la doble incriminación por los mismos hechos.

- No existe en nuestro país un discurso académico en la materia, que contribuya a su desarrollo teórico e institucional; ni su legislación es objeto de tratamiento por jurisdicción alguna, lo que nos habla de la urgente necesidad de socializar los conocimientos adquiridos, y trabajar en el perfeccionamiento legislativo para dar respuesta a todas las insuficiencias e incongruencias referidas.

ANEXO NO. 1

RELACION DE DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE REGULAN INFRACCIONES CONTRAVENCIONALES.

Decreto 110/82	"Reglamento para la protección sanitaria del ganado porcino.
Decreto 123/84	"Ornato Público, Higiene y otros"
Decreto 141/88	"Orden Interior"
Decreto 148/89	"Utilización de Vehículos de motor, organizados en piquera"
Decreto 154/89	"Explosivos Industriales, municiones, sustancias químicas".
Decreto 155/89	"Precios y tarifas de comercio minorista, Gastronomía y Servicios".
Decreto 162/91	"Transporte de vehículos automotores y ferroviarios".
Decreto 164/91	"Servicio Militar General".
Decreto 169/92	"Sanidad Vegetal".
Decreto 171/92	"Espectro Radioeléctrico"
Decreto 175/92	"Semillas".
Decreto 176/92	"Apicultura y Recursos Melíferos"
Decreto 177/92	"Líneas Aéreas, Soterradas y Enterradas de Comunicaciones".
Decreto 178/92	"Reservas Materiales"

Decreto 179/93	"Suelos"
Decreto 180/93	"Patrimonio Forestal y Fauna Silvestre".
Decreto 181/93	"Medicina Veterinaria"
Decreto 184/93	"Registro Central Comercial"
Decreto 191/94	"Mercado Agropecuario"
Decreto 193/94	"Vialidad, control técnico, registro de vehículos, licencia de conducción".
Decreto 199/95	"Recursos Hidráulicos"
Decreto 201/95	"Ornato Público e Higiene para Ciudad de La Habana".
Decreto 202/95	"Protección Física, Secreto Estatal, Sustancia Radioactivas y otras fuentes de Radiación".
Decreto 203/95	"Regímenes de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra".
Decreto 207/96	"Infracciones Aduaneras"
Decreto 211/96	"Servicios de Acueducto y Alcantarillado".
Decreto 217/97	"Regulaciones Migratorias hacia La Habana".
Decreto 225/97	"Ganado mayor y raza pura".
Decreto 226/97	"Prestación de Servicios Artísticos".
Decreto 227/97	"Política de precios y tarifa".
Decreto 228/97	"Presupuestos del Estado, Contabilidad y Auditoría".
Decreto 229/98	"Uso de Tractores y Cosechadoras Autopropulsadas. Control técnico y registros".
Decreto 230/98	"Protección de plantaciones cañeras".
Decreto 260/98	"Servicio Eléctrico".
Decreto 261/99	"Transporte Terrestre".
Decreto 267/99	"Normalización y Calidad".

Decreto 268/99		"Regulaciones Forestales".
Decreto 157/95	Ley	"Telecomunicaciones de Carácter Limitado".
Decreto 164/96	Ley	"Reglamento de Pesca"
Decreto 166/96	Ley	"Contratación de Personal"
Decreto 174/97	Ley	"Trabajo por cuenta propia"
Decreto 194/99	Ley	"Operación de embarcaciones en el territorio nacional".

BIBLIOGRAFIA;Error! Marcador no definido.

- Aftalión Enrique. Derecho Penal Administrativo. Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.
- Bajo Fernández Miguel y Mendoza Buergo Blanca. Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor a Javier Piña, Editorial Porrúa. S.A. Ave República Argentina No. 15, México, 1985.
- Carbonell Mateu Juan Carlos. Derecho Penal, concepto y principios constitucionales. Editorial Tirant lo Blanch, 2^{da}. Edición, 1996.
- Carretero Pérez Adolfo y Carretero Sánchez Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Derechos Reunidos, 2^{da}. Edición, Madrid, 1995.
- Cerezo Mir José. Curso de Derecho Penal Español, Parte General T-I y T-II Teoría Jurídica del Delito, Editorial Tecnos, Madrid, 5^{ta}. Edición, 1997.
- Cobo del Rosal y Vives Antón. Derecho Penal, parte General, 5^a Edición corregida, aumentada y actualizada. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- Colectivo de autores. Desajustes entre norma y realidad, V Jornada de Ciencia General del Derecho. EDEVAL, Chile, 1986.
- Colectivo de autores. Teorías actuales en el Derecho Penal. Editorial Adhoc. Buenos Aires. 1998.

- Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Tratta, Madrid, 1995.
- Fritz Freiner. Instituciones de Derecho Administrativo, Editorial Labor, S.A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1993.
- Foerster Gerhard Alexander y García Florez Andrés. La Sanción Administrativa y el Derecho Penal Administrativo. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas Pontificia Universidad Javeriana. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1991.
- Garberí Llobregat José. El Procedimiento Administrativo Sancionador. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- García Añón José. Métodos y técnicas para la realización de trabajos de investigación. Universitat de Valencia. 1998.
- García Alberó Ramón, "Non bis in ídem" Material y Concurso de Leyes Penales. CEDECS Editorial s.l., Barcelona 1995.
- García Cotarelo Ramón. Teoría del Estado y Sistemas Políticos. Facultad de Derecho Universidad de La Habana. 1998). Parte General. (Reimpresión con fines didácticos), 1997.
- García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás R., Curso de Derecho Administrativo. T-II Editorial Civitas, S. A. 8va Edición, Madrid, 1997.
- Garcini Héctor y colectivo de autores. Derecho Administrativo, T-I Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1976.
- Garrido Falla Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 10ma. Edición, 1992.

- Gómez Pérez Angela. Las Contravenciones administrativas y su tratamiento en la etapa actual. Informe de investigación realizada en tres provincias. 1996-1997.
- Galindo Camacho Miguel. Derecho Administrativo. T-II, Editorial Porrúa S. A. Ave. República Argentina 15, México. 1996.
- Gómez Treto Raúl. La Nueva Legislación cubana de infracciones administrativas. Revista Jurídica No. 9 de 1985. MINJUS. La Habana.
- Maier Julio B. Derecho Procesal Penal Argentino. T-I, Editorial Hammurabi, 2^{da} Edición, 1989.
- Mattes Heinz. Problemas del Derecho Penal Administrativo, Editorial Derechos Unidos, Madrid, 1979.
- Mir Puig Santiago. Derecho Penal General, 4^a Edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Impreso por TECNOFOTO, S.L., Barcelona, 1996.
- Montoro Puerto Miguel. Las Infracciones Administrativas, Ediciones Nauta, S.A. Ríos Rosas 57, Barcelona, España, 1955.
- Morillas Cuevas Lorenzo. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes, Derecho Penal Parte General, 2^a Edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Editorial Tirant lo blanch,

Valencia, 1996

- Navarrete Polaine Miguel. Derecho Penal, parte General, Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 1996.
- Nieto Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid, 2^{da}. Edición 1994.
- Ots Capdequi J.M. El Estado Español en las Indias. Fondo de Cultura Económica. Paneco 63. México, 2^{da} Edición, 1946.
- Parada Ramón. Derecho Administrativo. Parte General I Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A., Madrid 9na Edición, 1997.
- Parejo Alfonso Luciano, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez, Manual de Derecho Administrativo, Vol. I. Editorial Ariel S.A. 5^a. Edición, Barcelona 1998.
- Quintero Olivares y colectivo de autores. Curso de Derecho Penal Parte General, CEDES, Barcelona, 1996.
- Quirós Lobo José M., Principios del Derecho Penal Sancionador, Editorial Comares, Granada, 1996.
- Sainz Cantero José A., Lecciones de Derecho Penal, parte General, T-I, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1982.
- Salazar Culí Francisco de P., Derecho de Policía, Policía Administrativa, Salvat Editores S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1942.
- Tocora Fernando. Política Criminal en América Latina.

Ediciones Librería del Profesional, 1^{ra} Edición. 1990, Impreso en Bogotá, Colombia.

- Vega Vega Juan. El Derecho Penal y la Disciplina Social. Rev. Jur. No. 3 de 1984. MINJUS. La Habana.

- Villada Jorge Luis. Manual de Derecho Contravencional, Doctrina, Legislación comparada y Procedimiento. Editora Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

LEGISLACION CUBANA CONSULTADA

- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981, vigente en Cuba desde el 1^{ro}. de enero de 1986.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1982, vigente en Cuba desde el 1^{ro}. de enero de 1989.
- Código Penal español de 1870, vigente en Cuba desde el 23 de mayo de 1879.
- Constitución de 1901 de la República de Cuba.
- Código de Defensa Social, Decreto Ley 802 de 4 de abril de 1936.
- Constitución de 1940 de la República de Cuba.
- Ley Orgánica del Tribunal de Garantías constitucionales y Sociales, No. 7 de 31 de mayo de 1949.
- Ley Fundamental de la República de Cuba, de 1959.
- Ley de Procedimiento Penal, Ley No. 1251 de 1973.
- Constitución de 1976 de la República de Cuba.
- Ley de Procedimiento Penal, Ley No. 5 de 1977
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley 7 de 1977.

- Código Penal, Ley No. 21 de 15 de febrero de 1979.
- Código Penal, Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987 modificado, actualizado y concordado.
- Decreto Ley 67 de 1983 de Organización de la Administración Central del Estado.
- Decreto Ley No. 147 de 21 de abril de 1994 de Reorganización de la Administración Central del Estado.
- Ley de la Fiscalía General de la República, No. 83 de 11 de julio de 1997.
- Decreto Ley 196 de 1999 sobre La Disciplina de Dirigentes y Funcionarios.
- Legislación contravencional cubana (ver anexo 1)

LEGISLACION ESPAÑOLA CONSULTADA.

- Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España, modificada por la Ley 4 de 1989.
- Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en España.
- La Constitución de España de 1978.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

STC 1/81 de 26 de enero. BOE Núm. 47 de 24 de feb. 1981.
STC 2/81 de 30 de enero. BOE Núm. 47 de 24 de feb. 1981
STC 25/82 de 19 de mayo. BOE Núm. 137 de 9 de jun. 1982.
STC 77/83 de 3 de octubre. BOE Núm. 266 de 7 de nov. 1983.
STC 24/84 de 23 de febrero. BOE Núm. 59 de 9 de marzo. 1984.
STC 25/84 de 23 de febrero. BOE Núm. 59 de 9 de marzo. 1984.
STC 159/85 de 27 de nov. BOE Núm. 301 de 17 de dic. 1985.
STC 23/86 de 14 de feb. BOE Núm. 55 de 5 de mar. de 1986.
STC 66/86 de 23 de mayo. BOE Núm. 144 de 17 de jun. de 86.
STC 94/86 de 8 de julio. BOE Núm. 174 de 22 de jul. de 86.
STC 140/86 de 11 de nov. BOE Núm. 295 de 10 de dic. 1986.
STC 2/87 de 21 de enero. BOE Núm. 35 de 10 de feb. 1987.
STC 98/89 de 1 de junio. BOE Núm. 158 de 4 de jul. 1989.
STC 61/90 de 29 de marzo. BOE Núm. 107 de 4 de mayo de 90.
STC 154/90 de 15 de oct. BOE Núm. 268 de 8 de nov. de 90.
STC 150/91 de 4 de julio. BOE de 29 de julio de 1991.
STC 177/99 de 11 de oct. BOE Núm. 276 de 18 de nov. de 99.

INDICE DE ABREVIATURAS

CE	CONSTITUCION ESPAÑOLA.
DL	DECRETO LEY.
LECIV	LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CUBANA.
LECRIM	LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL CUBANA.
LPCAL	LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y LABO- RAL CUBANA (LEY 7 DE 1977).
LPA	LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOLA DE 17 DE 17 DE JULIO DE 1958.
LPJDFP	PROTECCION JURIDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EN ESPAÑA (LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE).
LRJAE	LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. (DECRETO DE 26 DE JULIO DE 1957)
LRJPAC	LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE REGIMEN JURÍDI- CO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDI- MIENTO COMÚN.
REV.JUR.	REVISTA JURIDICA DEL MINJUS, LA HABANA.
RD	REAL DECRETO
REPEPOS	REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIO- NADORA DE LA ADMINISTRACION (QUE SE APRUEBA POR RD 1398/1993, DE 4 DE AGOSTO).
STS	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL
STC	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL