



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA

Discrecionalidad y derecho administrativo sancionador

**Fundamentos y límites de la oportunidad del ejercicio
de la acción administrativa sancionadora**

Francisco José Rodríguez Pontón



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**

IV. ENTORNO INSTITUCIONAL Y POTESTAD SANCIONADORA. EL CASO DE LAS AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES FRANCESAS.

Llegados a este punto, planteado el problema de la discrecionalidad en el ámbito de las sanciones administrativas desde un enfoque más general hasta uno más centrado en el Derecho punitivo, lo cierto es que se hacía difícil continuar concretando el estudio ya en materia de la actividad sancionadora de las Administraciones sin salir de un plano general de reflexión. En estos momentos se hace necesario llevar el análisis a alguna experiencia concreta, sin lo cual sería difícil sacar verdadero provecho de los elementos hasta ahora estudiados. Esa será, por otra parte, la única manera de aprovechar el potencial que encierra la interacción entre ambas perspectivas, general y concreta, que anunciábamos en la Introducción.

1. Justificación y delimitación del sentido de esta incursión en Derecho comparado

Para ello se ha escogido un caso de Derecho comparado, el relativo a la actuación de las administraciones independientes (*autorités administratives indépendantes*, en adelante AAII) francesas. Es evidente que ello merece una justificación convincente, inexcusable si además se tiene en cuenta que a estas alturas ya no faltan las advertencias, más que justificadas, sobre la poca utilidad y los perjuicios que puede generar una utilización indebida e irresponsable del recurso al Derecho comparado⁴⁹¹.

El marco de referencia general propuesto como objeto de estudio es el del estudio del fundamento y las características de la potestad sancionadora atribuida a las AAII en Francia. La mencionada podría ser una simple experiencia más de Derecho comparado de difícil justificación en cuanto a su presencia destacada en nuestro estudio si no fuera por que

⁴⁹¹ Nos han parecido especialmente interesantes al respecto las indicaciones de: Nieto García, Alejandro, en el prólogo al libro de Julio V. González García *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pp. XV-XXIX; Barnés Vázquez, Javier, "Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa", en VVAA, *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, pp. 225-244; y Gallego Anabitarte, Alfredo, en el prólogo a la obra de Antonio Mozo Seoane, *La discrecionalidad de la Administración...*, op. cit., pp. 17-20.

concurrir en ella una serie de especificidades que precisamente la dotan de entidad suficiente y necesaria para tal presencia. Su completa apreciación no será posible hasta ir desvelando todos y cada uno de los contenidos, pero debemos ahora adelantar a grandes rasgos en qué consisten esas particularidades. Las podemos agrupar en dos grandes bloques.

1. Al tratarse de un tipo muy concreto, como se ha dicho, de Administración, su consideración resulta especialmente útil porque permite situarnos en la vía de la concreción del entorno institucional, sobre cuya relevancia ya nos hemos pronunciado en varias ocasiones. El componente en cierto modo cuasi-jurisdiccional de las AAI, sus características específicas en cuanto al elemento orgánico y funcional, su diáfana caracterización como "*autoridades administrativas independientes*", por tanto habilitadas de los poderes necesarios para gestionar la colectividad en el ámbito sectorial correspondiente, y el desafío que todo ello conlleva en relación al debate sobre el surgimiento de un nuevo paradigma en el modo de administrar⁴⁹² constituyen sendos aspectos que confieren un carácter especialmente atractivo a este ámbito concreto de estudio. Cabe insistir especialmente, como veremos, en que las particularidades no vienen tan sólo referidas al aspecto puramente organizativo, sino que tienen mucho que ver con la manera de entender la aplicación del Derecho.

2. Pero este entorno institucional específico, en sí mismo interesante, podría no obstante no ser suficiente si no concurría otra circunstancia particular que une íntimamente su surgimiento y desarrollo con el Derecho punitivo precisamente en Francia. Por dos motivos.

1º. Porque en ese país, como ya nos consta, está vigente con carácter general el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, lo cual hace que resulte especialmente interesante a efectos de considerar las posibilidades de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, dada, como hemos visto, la necesidad de tener en cuenta el paso del ámbito penal al sancionador administrativo.

⁴⁹² En efecto, creemos posible observar que la referencia a las AAI ha ido adquiriendo paulatinamente un carácter más general y sistemático, lejos de su consideración como un aspecto puntual o incluso "exótico". Su presencia progresiva en los manuales de la asignatura (incluso en los más básicos pero atentos a la evolución de nuestra disciplina, vid. Blanquer, David, *Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 51 y 53) puede ser un síntoma claro de esta tendencia. En Francia, la culminación de este proceso ha tenido lugar con la publicación del *Rapport public* de 2001 del *Conseil d'État*, dedicado justamente a estas autoridades.

2º. Porque, además, en Francia ha habido una especial relación entre el surgimiento y el desarrollo de las AAI y la atribución de poderes sancionadores a la Administración, de modo que la consideración de aquéllas ha ido unida a la discusión del sentido, del fundamento y de los límites de tal potestad administrativa, tradicionalmente observada con no pocas reticencias por parte de la doctrina francesa. El rol de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción sancionadora ocupa un puesto relevante en este contexto general, ya que entronca tanto con el sentido institucional de las AAI como de la potestad sancionadora.

Así pues, si el marco de referencia general propuesto como objeto de estudio era el del estudio del fundamento y las características de la potestad sancionadora atribuida a las AAI en Francia, ello lo es teniendo en cuenta que esta atribución concreta ha obligado a reflexionar en ese país acerca del fundamento o sentido de la potestad sancionadora en relación a un tipo de Administración singular en el panorama actual de pluralidad y diversidad de Administraciones Públicas, con todas las indicaciones señaladas.

Creemos que gracias a la presencia de estos factores, la incursión aquí propuesta en un caso de Derecho comparado reúne las características debidas, la de ser el objeto escogido oportuno, acotado y contextualizado, con el fin de no resultar superflua o incluso nociva. En cualquier caso, esperamos que su presentación contribuya a sugerir nuevos elementos de debate y de crítica sobre el núcleo central de nuestro objeto de estudio, lejos de toda voluntad de hacerla encajar en una tesis preconcebida y más todavía de pretensiones simplemente importadoras.

Para conseguir estos objetivos, se ha escogido un orden de exposición de las ideas que pasamos a explicar brevemente.

En un primer momento, se trata de situar la aparición concreta de las AAI en el panorama más global, que caracteriza también a grandes rasgos la evolución de la Administración Pública de nuestro país y de los países de nuestro entorno, del pluralismo institucional. Es preciso tomar conciencia de la dimensión e importancia de aquel fenómeno en concreto en este marco general.

En un segundo momento llevamos a cabo la caracterización de las particularidades de las entidades administrativas objeto de estudio. Se trata de captar los elementos más específicos de las AAI que sean relevantes para estudiar en concreto la problemática de las sanciones

administrativas que pueden imponer. Estas características se concretarán básicamente en dos: a) la voluntad de conciliación o preferencia por el tratamiento de los conflictos en clave no exclusivamente unilateral y b) la acumulación de funciones articuladas o integradas en el diseño de estas entidades.

En tercer lugar, y después de este primer enfoque general, hay que situar también el puesto que en el conjunto de la actividad de estas autoridades ocupa la potestad sancionadora, en directa correspondencia con las características antes mencionadas, pero también con una peculiar evolución temporal muy importante a considerar. El recorrido de este tercer epígrafe será esencialmente el siguiente. En primer lugar, habrá que describir el proceso de progresiva asunción de poderes de sanción por parte de las AAI, que hemos creído conveniente ilustrar mediante, no sólo la presentación de la evolución normativa, sino también la exposición de algunos datos prácticos de su aplicación y de las importantes novedades que durante el año 1999 han afectado, desde el punto de vista jurisprudencial, a algunos de los aspectos del ejercicio del poder de sanción de las AAI. En segundo lugar se destacará el hecho de que este proceso de asunción refuerza la inicial idea de *paradoja* que supone la disponibilidad de este poder por parte de las AAI. En tercer lugar, ante las características institucionales de las AAI y las del proceso de asunción mencionado, se formula una hipótesis sobre la categoría de las AAI en relación a la discrecionalidad y la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora.

Hipótesis que se trata de confirmar en el apartado quinto, a través de un análisis más detallado de la normativa que regula y de la jurisprudencia (constitucional y administrativa) que ha recaído sobre el tema. Análisis que habrá de tener en cuenta el doble aspecto de la decisión misma de adoptar o no una medida sancionadora y del contenido de ésta, pero con especial atención al primero.

Finalmente, se tratará de establecer unas conclusiones que valoren, por una parte, los resultados obtenidos en relación al conjunto de transformaciones generales del Derecho y de las Administraciones Públicas, y por otra parte, en relación a la importancia y la potencialidad que representa el criterio del contexto institucional, de acuerdo con lo que se viene indicando desde el primer capítulo.

2. Pluralismo institucional y Autoridades Administrativas Independientes

No cabe duda de que en la actualidad, y en un proceso que se ha venido desarrollando durante los últimos años⁴⁹³, se han ido produciendo una serie de transformaciones de elementos configuradores de las Administraciones Públicas que han repercutido directamente sobre muy diversos aspectos de su configuración y de su funcionamiento. Entre esta diversidad de aspectos que han resultado afectados de forma central en los últimos años nos interesa ahora destacar el dato subjetivo, es decir, el panorama de mutaciones que han introducido una progresiva complejidad en la respuesta a la pregunta de cuáles son los sujetos que tienen como misión institucional el servicio a los intereses generales⁴⁹⁴.

A la hora de caracterizar las implicaciones que sobre el sujeto de las Administraciones Públicas han comportado y comportan los cambios que han tenido lugar, un elemento sobresale sobre el resto: el de la variedad creciente de estos sujetos, el de su destacado proceso de multiplicación en número y en formas. En un segundo nivel de observación se constata también que es característico de este proceso, de forma habitual, la atribución de esferas de autonomía a algunos de los sujetos que sirven los intereses generales⁴⁹⁵. Mencionamos en este momento también esta segunda característica dado que, si de autoridades administrativas independientes se trata, es inevitable que se plantee también la característica de sus niveles de autonomía para el cumplimiento de sus funciones.

El fenómeno de la multiplicación de los sujetos que hoy llenan de contenido la noción de Administración Pública responde, como se puede por otra parte fácilmente suponer, a causas y tendencias diversas: procesos de asunción progresiva de competencias y de proyectos comunes de ámbito cada vez más amplio -la Unión Europea-; procesos de atribución de autonomía política de gestión de sus propios intereses a entidades territoriales de diferentes tipos -

⁴⁹³ Sería muy difícil pretender establecer una fecha concreta para este fenómeno, dado que es multiforme y variable en función también del país del que se trate. En nuestro caso, dado que el análisis se centrará en las AAI de Francia, podemos indicar con una cierta precisión la fecha de los primeros años de los ochenta. De hecho, es aproximadamente entre 1983 y 1988 cuando aparece una importante cantidad de doctrina al respecto: vid. las indicaciones bibliográficas de Guédon, Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, París, 1991, p. 139.

⁴⁹⁴ Es útil constatar cómo en algún manual reciente de tipo introductorio se lleva a cabo una presentación general pero sugestiva de ésta y de otras de las preguntas que sobre los diversos aspectos de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo plantean los cambios y las transformaciones mencionadas: Blanquer, David; *Introducción...*, op. cit., pp. 17 ss.

⁴⁹⁵ Vid. Blanquer, *Introducción...*, op. cit., p. 49.

Regiones, Comunidades Autónomas, Entidades Locales-; reconocimiento de espacios de una cierta autoadministración por parte de determinados colectivos -corporaciones no territoriales-; búsqueda de fórmulas de gestión más ágiles que permitan eludir, de forma más o menos justificada y compensada a través de mecanismos alternativos de control según el caso, las rígidas reglas de funcionamiento y control del Derecho Público, así como respuesta organizativa al desarrollo de actividades económicas por parte de los poderes públicos -organismos con una cierta autonomía funcional, con posible funcionamiento de acuerdo a reglas del Derecho Privado, sociedades mercantiles participadas por los poderes públicos-; o diseño más o menos definitivo de mecanismos organizativos que permitan aplicar objetivos de modernización de las Administraciones Públicas -estructuras más o menos desarrolladas del tipo de centros de responsabilidad, agencias ejecutivas, etc.-

De la simple enunciación genérica que se acaba de efectuar, ya no es difícil deducir una primera concreción de la característica mencionada de la multiplicación del sujeto Administración Pública. Y es que, en íntima relación con las diferentes razones que se encuentran en el origen del fenómeno, es constatable que no sólo se tiene que hablar de una *pluralidad* ("calidad de ser más de uno"⁴⁹⁶) de sujetos, sino que se ha de hablar también de una *diversidad* ("abundancia, copia, concurso de varias cosas distintas"⁴⁹⁷) de sujetos: administraciones, por ejemplo, con más o menos autonomía funcional, con autonomía de signo más o menos político, con formas de personificación pública o privada, con un régimen jurídico aplicable público o con elementos más o menos importantes de Derecho Privado, etc. Es en este doble sentido que hay que entender, pues, desde el primer instante, el *pluralismo institucional* del que se habla en este epígrafe, y que caracteriza, como hemos indicado, la evolución más reciente de las Administraciones Públicas en nuestro país y en los países de nuestro entorno⁴⁹⁸. Es inestimable el valor que tiene el hecho de destacar ya desde el principio la noción de la *diversidad*, dado que es precisamente la que fundamenta el carácter de reflexiones como la que se llevará a cabo en este capítulo, y que difícilmente se podrían derivar de la mera noción de *pluralidad*.

⁴⁹⁶ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia española, Madrid, 1992, p. 1627.

⁴⁹⁷ *Diccionario...*, op. cit., p. 766.

⁴⁹⁸ Naturalmente, esto no quiere decir que en épocas anteriores la Administración fuera sólo una e, inevitablemente, de un solo tipo. Lo que se quiere decir simplemente es que durante los últimos años se ha profundizado cuantitativamente y cualitativamente este proceso de multiplicación de sujetos que administran los intereses generales. Nivel de intensidad que hace que sea oportuno y necesario comenzar a plantear de nuevo algunos de los aspectos relacionados con las Administraciones Públicas a la vista precisamente de este dato.

Pues bien, en este contexto general halla su ubicación también el tratamiento de un tipo específico de Administración Pública, las llamadas *Administraciones Independientes*, o, por adoptar la terminología utilizada en el país en cuyo marco se centrará nuestra reflexión, las *Autoridades Administrativas Independientes*. Además, tal como tendremos ocasión de ver con más detalle, la doble característica de la pluralidad y de la diversidad forma parte de la caracterización de las AAI desde un punto de vista, podríamos decir, tanto externo como interno. Es decir, que no sólo la existencia misma de estas entidades constituye un caso más de pluralidad y diversidad en relación al resto de Administraciones Públicas, sino que dentro de la categoría (si es que se puede hablar de *categoría*) misma de las AAI también es constatable una pluralidad y una diversidad de sujetos, aspecto interno que ocupará un lugar destacado en la solución de problemas planteados en el análisis de la potestad sancionadora de estas entidades.

No es este el momento de presentar con carácter general los orígenes, las características y la problemática que plantea este tipo de administraciones⁴⁹⁹, pero sí de hacer referencia a algunos de los aspectos que permiten precisamente contextualizarlas en el panorama de pluralismo institucional enunciado. Y en este sentido hay que partir del hecho de que las AAI, caracterizadas en general como entidades que, con un cierto nivel de autonomía garantizada desde el punto de vista orgánico y funcional, llevan a cabo funciones de regulación⁵⁰⁰ en un sector determinado, plantean retos importantes por lo que se refiere a la perspectiva del pluralismo institucional.

Retos importantes, para empezar, porque la creación de las AAI, sin duda, ha constituido el fenómeno que de forma más rotunda ha hecho visible el proceso de fragmentación de las estructuras administrativas, fragmentación que ya no responde, pues, simplemente a procesos de división territorial del poder. Ya no se trata de una tendencia que se pueda explicar en el marco de una voluntad descentralizadora, ni tampoco de mera desconcentración administrativa. Son las estructuras administrativas mismas las que, con independencia de consideraciones relativas al reparto territorial del poder o a la necesidad de

⁴⁹⁹ Además, tendremos ocasión a lo largo de diferentes puntos, especialmente en el segundo apartado, de analizar alguna de las características esenciales de las AAI, inevitablemente ligadas a la problemática concreta del ejercicio de la potestad sancionadora. De momento, pues, puede ser más adecuado señalar la referencia en nuestra doctrina de Betancor Rodríguez, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

⁵⁰⁰ Tendremos que precisar en algún momento posterior el significado de este problemático y equívoco término.

acercar la gestión administrativa al ciudadano, "estallan" dando lugar a un panorama de centros aislados de regulación de diversos sectores de actividad. No se trata de ocultar o de menospreciar ahora la relevancia de los demás fenómenos mencionados y de otros que han sido enunciados más arriba: es precisamente el hecho de su coincidencia en el tiempo (y en otras características que comentaremos) la que hace tomar conciencia de la dimensión de las transformaciones que en los últimos años son objeto de reflexión en el estudio de las Administraciones Públicas⁵⁰¹. De lo que se trata en este momento es de poner de relieve la importancia cualitativa del fenómeno del surgimiento de las AAI en el mundo de las Administraciones Públicas, y más cuando en el momento justo de final de un siglo y principio de otro se puede afirmar sin miedo a equivocarse que estas entidades se han consolidado, de forma que no sólo no se han limitado a constituir una solución puntual a problemas coyunturales, sino que han visto aumentar progresivamente su presencia y han ido acumulando facultades y poderes, como tendremos ocasión de concretar sobre todo en lo referente a la potestad sancionadora, especialmente sintomática en este sentido. Nos encontramos ante unas estructuras administrativas nuevas que constituyen, en virtud de las características de autonomía indicadas anteriormente, centros plurales y específicos de poder situados al margen del aparato administrativo, en contraposición a las demás estructuras administrativas, que no tienen la posibilidad de determinar con una cierta libertad su acción y que permanecen unidas mediante relaciones de jerarquía a otras estructuras del Poder Ejecutivo.

Dejando de lado ahora la concreta cuestión de la respuesta que se haya de dar al problema de constitucionalidad que supone la existencia de unidades administrativas sin lazos de jerarquía con el poder que con carácter general dirige la política del país⁵⁰², no hay duda de que la presencia de estas entidades representa un desafío a las características tradicionales de la Administración. Porque la multiplicación de las AAI con la dispersión de centros de decisión que ello comporta supone en definitiva un hecho que cuestiona el modelo monolítico

⁵⁰¹ Vid. una exposición de este conjunto de transformaciones, por parte del autor que seguramente de forma más completa y clara ha estudiado el tema, Chevallier, Jacques: "Régulation et polycentrisme dans l'administration française", *Revue administrative*, nº 301, 1998, pp. 43-44. Este autor afirma que el surgimiento de las AAI "constitue la manifestation la plus éclatante du "polycentrisme administratif", sans oublier qu'il s'inscrit dans un processus plus général de fragmentation de l'appareil administratif" (p. 44).

⁵⁰² En el caso de la Constitución española el punto de partida del planteamiento de este problema se concreta en el art. 97: "El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar [...]". En el caso de la Constitución francesa el conflicto se puede plantear aún de forma más explícita: art. 20: "Le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration [...]".

tradicional de la Administración Pública⁵⁰³. Si se toma conciencia de este dato y se tiene en cuenta el especial rigor con el que precisamente en Francia se había aplicado históricamente la lógica unitaria inherente al modelo burocrático⁵⁰⁴, enseguida se comprende que las repercusiones de este hecho ya no se dan sólo en relación a la Administración Pública, sino que se proyectan también sobre la reflexión que tiene lugar en torno al Estado como forma de organización política. En el marco de los diversos elementos que hacen que de alguna manera el Estado tenga una identidad más frágil en los últimos tiempos, y concretamente formando parte de los aspectos que dan lugar a un *Estado plural*, ocupa un lugar no poco relevante el fenómeno de fragmentación del aparato del Estado al que conduce la aparición mencionada de las AAI⁵⁰⁵. La importancia del aspecto cualitativo indicado, reforzado por el crecimiento cuantitativo de las entidades que se configuran de esta manera y por el incremento cualitativo de las potestades que el ordenamiento les atribuye, completan el cuadro de elementos que provocan un claro impacto sobre rasgos clásicos de la organización estatal y administrativa que han apelado en definitiva a valores de unidad y de jerarquía.

Evidentemente, el resultado final de fragmentación del poder público al que da lugar este fenómeno se ve muy reforzado, como hemos dicho, en la medida en que constituye también el punto de llegada de muchos otros procesos que en los últimos años han afectado a la organización política. Es el caso, por ejemplo, de la asunción progresiva de poderes por parte de instancias territoriales de ámbito regional o local. Por ello, continuando en la línea de destacar el valor distintivo que cualitativamente implica la creación de las AAI, interesa ahora apuntar algunas líneas de reflexión que permitan captar este valor específico.

En primer lugar, de forma muy breve, cabe hacer referencia a un elemento de gran relevancia, aunque no ocupe un lugar central en la perspectiva que adoptamos en este capítulo, que es el del tipo de legitimidad en el ejercicio del poder político en una sociedad determinada. Porque, efectivamente, entre las muy diversas perspectivas que hay que replantear a la vista de la creación de las AAI, se encuentra la de las reglas constitucionales que determinan los principios de legitimidad que llenan de contenido la democracia. No sólo a causa del problema insinuado más arriba de la desconexión de las AAI en relación a las estructuras de dirección

⁵⁰³ Quermonne, Jean-Louis: *L'appareil administratif de l'État*, Éditions du Seuil, París, 1991, p. 267.

⁵⁰⁴ Chevallier, "Régulation...", op. cit., p. 43. "Ainsi, l'enjeu administratif que représente le phénomène des AAI ne serait rien de moins que la remise en cause du système administratif tel que la France républicaine l'a hérité de l'Ancien Régime et de l'Empire": Quermonne, *L'appareil...*, op. cit., pp. 266-267.

⁵⁰⁵ Chevallier, Jacques: *L'État*, Dalloz, París, 1999, pp. 111-117, especialmente p. 115.

de la política del país, sino a causa en este caso también del hecho de que la creación de instancias independientes de regulación apela a elementos de legitimidad en el ejercicio del poder político que parecen relativizar el valor de la elección democrática frente a otros valores centrados en el carácter experto, en relación al sector de actividad concretamente implicado, de quien toma las decisiones⁵⁰⁶. Es evidente que, desde esta perspectiva, la solución concreta de las AAI plantea una serie de dudas⁵⁰⁷ que no plantean otros procesos que han coadyuvado al resultado de fragmentación de las administraciones, como pueden ser los de descentralización o los de desconcentración.

También es importante explicitar el intento de diferenciación del fenómeno de la aparición de las AAI en relación a otras manifestaciones de las transformaciones más o menos recientes de las estructuras administrativas en lo que se refiere a la aprehensión de los valores o de los objetivos que se encuentran subyacentes a su puesta en marcha y a su configuración. Ya decíamos que son plurales y diversas las causas que se encuentran en el fondo de las transformaciones que desde el punto de vista del sujeto Administración Pública se vienen produciendo en los últimos años. No son otros los términos en los que se plantea la cuestión, a su escala (pero no por ello con menos complejidad), en cuanto a las AAI. Sin necesidad de hacer demasiados esfuerzos, rápidamente se pueden detectar diversas causas, lógicas, o exigencias presentes en su creación, resultando difícil hacer una caracterización unitaria desde cualquier punto de vista, sea ideológico o descriptivo. La obligación de tomar las decisiones con objetividad y neutralidad en el servicio a los intereses generales; la necesidad de tener en cuenta los inevitables aspectos técnicos y de especialización en determinados sectores; el deseo de hallar fórmulas alternativas de legitimidad en la toma de decisiones públicas que permitan superar las hipotecas de las influencias de signo electoralista en la gestión de los problemas planteados en el marco de determinados sectores sensibles; la apreciación de la conveniencia de regular los problemas de la realidad en contacto directo con el sector afectado; la toma de conciencia de nuevos contextos en lo que se refiere a la posición de los poderes públicos en relación a la garantía de ciertos derechos y libertades de los ciudadanos y del funcionamiento de la competencia en el mercado; la dinámica de fragmentación de los poderes públicos y el

⁵⁰⁶ Vid. Chevallier, Jacques: *L'État de droit*, op. cit., p. 141.

⁵⁰⁷ Sobre los problemas graves que se plantean a partir de los argumentos del predominio de los aspectos técnicos o de especialización en relación al principio democrático, permítasenos hacer una remisión a nuestro trabajo "Govern, política i Administració: elements de debat per a les "Administracions Independents", *Autonomies, Revista Catalana de Dret Públic*, nº 24, 1999, especialmente pp. 202-213.

protagonismo creciente de fórmulas no basadas en la imposición unilateral de decisiones con un espacio ampliado para mecanismos de concertación, participación o negociación; etc. Sin ánimo exhaustivo, estos son algunos de los elementos que nadie dudaría en situar en el origen de la creación de las AAI. El problema es que, como por otra parte sucede en muchas (si no en todas) situaciones, los valores que se encuentran subyacentes a estos elementos no siempre son fácilmente conciliables, sino que a menudo son incluso claramente contradictorios. Por poner sólo un ejemplo, si los valores democráticos resultan innegablemente reforzados por los elementos de participación y búsqueda de fórmulas adecuadas a la garantía de las libertades, pueden por contra ser expuestos a ciertos peligros si se centra la atención en el peso creciente de la técnica en la toma de decisiones.

No es nuestra pretensión en estos momentos, naturalmente, entrar en el análisis de la complejidad de problemas que se encuentran implicados en esta cuestión, pero sí referirnos a uno de sus aspectos. Ya hemos dicho que el punto común que presentan la gran parte de transformaciones de las Administraciones Públicas en los últimos años es el de dar lugar a un panorama extremadamente fragmentado. Pero un análisis atento de este proceso no puede quedarse en este mero estadio descriptivo, sino que ha de tener la vocación de captar las tendencias que mueven estos procesos y estos resultados. Y en este caso una observación elemental a nivel de experiencia práctica parece imponerse: lo que se fragmenta se debilita. Ya se ha recordado anteriormente que el Estado se ha visto y se ve sometido a una serie de factores que hacen que devenga, de distintas formas, más frágil su identidad: tal como expone, con una síntesis difícil de igualar, Chevallier, el futuro del Estado como forma de organización política se ve marcado por esta característica de la identidad cada vez más frágil, que se concreta a través de estos rasgos: un Estado modesto -movimiento general de repliegue que genera una reducción de la influencia del Estado sobre la sociedad (por ejemplo a través de privatizaciones); nueva delimitación de las fronteras de la acción pública (potenciación del principio de subsidiariedad)-; un Estado plural -desarrollo de la regulación local; creación de las AAI- y un Estado reconducido a esquemas comunes -relativización de la distinción entre los intereses generales y particulares; preocupación creciente por la eficacia y el rendimiento; aplicación ampliada de mecanismos y regímenes jurídicos privados⁵⁰⁸. Pues bien, en el marco de este conjunto de factores diversos, hay que hacer referencia a uno de los elementos ideológicos que con toda seguridad forma parte de las motivaciones de su puesta en práctica.

⁵⁰⁸ Vid. con más detalle Chevallier, *L'État*, op. cit., pp. 111-117.

Se trata de la tendencia neoliberal que con diversos instrumentos y con diversas intensidades tiene como clara línea inspiradora el diseño de recuperar espacios por parte de las diversas fuerzas sociales en la gestión de los asuntos públicos dando lugar a un repliegue de la acción del Estado como forma de organización política a partir de principios democráticos de la sociedad. ¿Cuál es la relación entre la creación de las AAI y otros tipos de transformaciones organizativas que se han ido sucediendo en los últimos años y que se inscriben claramente en esta línea?

Aquí el término de comparación básico es la presencia y la difusión en el mundo occidental de una serie de reformas que consisten en el otorgamiento a determinados servicios administrativos de gestión de una mayor autonomía de decisión y de acción⁵⁰⁹, de forma que sean más responsables de su actuación y hagan que las administraciones centrales se concentren en tareas de concepción, coordinación o control. Y decimos que es el término de comparación básico porque este movimiento de reforma encuentra su contexto, como la creación de las AAI, en el proceso de fragmentación del Estado. En los dos casos, efectivamente, el poder pasa a estar formado por una serie de centros dispersos que rompen con la unidad estructural y de acción de los poderes públicos. Se trata, claramente, de evoluciones simétricas⁵¹⁰, pero ello no implica que se puedan identificar ambos movimientos de reforma. Reconocer que existen elementos comunes no ha de ocultar que se trata de fenómenos diferentes⁵¹¹: mientras que en el caso de las agencias se trata de estructuras con una cierta autonomía que se ve compensada por un control de tutela, en el caso de las AAI se lleva la tendencia de autonomización más lejos dado su estatuto de independencia que las protege de la influencia de poderes de toda naturaleza⁵¹². Y es evidente, por otra parte, que el tipo de solución que implica y el alcance de los nuevos problemas que plantea la opción de las AAI, son claramente diferentes y más amplios que los que supone la fórmula de las agencias, tal como se puede observar a la vista simplemente de la enunciación de algunos de los variados motivos que se encuentran subyacentes en la aparición de las AAI. Por lo tanto,

⁵⁰⁹ Chevallier, *L'État*, op. cit., p. 115.

⁵¹⁰ Quermonne, *L'appareil...*, op. cit., p. 268.

⁵¹¹ "il faut se garder de la confondre [la práctica de las AAI] avec l'évolution symétrique qui consiste à délester les administrations centrales -à qui seraient réservées les tâches de conception, de coordination et de contrôle- au profit d'"agences" aux structures plus souples et plus adaptées -telles qu'elles se développent, notamment, dans le domaine des télécommunications- auxquelles seraient confiées les responsabilités de gestion": Quermonne, *L'appareil...*, op. cit., pp. 268-269.

⁵¹² Chevallier, "Régulation...", op. cit., p. 49.

pensamos que no respondería a la realidad decir que, dado que las ideas inspiradoras de la creación y configuración de las agencias, unidades responsables de su gestión, se encuentran en relación directa con los designios de eficacia o *performance*, y dado que del resultado de fragmentación al que dan lugar también forma parte el proceso de creación de AAI, se produzca una absoluta identificación, centrada en aquellos designios, de sus fuentes o valores inspiradores, con todo lo que ello comportaría en cuanto a la valoración de estas transformaciones. La complejidad y la amplitud de los problemas que plantea la adopción de instituciones tan particulares como las AAI creemos que evidencian esta afirmación.

Ahora bien, esto no significa desconocer los graves problemas que plantea también la opción de las AAI relacionados con los retos que implica la fragmentación del Estado. Se plantea concretamente la dificultad de cómo introducir coherencia en un mundo de proliferación de entidades de regulación independientes que pueden adoptar soluciones de contenidos diferentes o incluso contradictorios. Riesgo, en definitiva, de atomización de las estructuras y de estallido de las políticas públicas⁵¹³, que, por cierto, y dejamos simplemente apuntada la cuestión, podría obligar a reconsiderar el carácter exclusivamente técnico del problema de la distribución de competencias de las AAI entre ellas o con otras instituciones⁵¹⁴. Problema grave, pues, de pérdida de perspectiva general en la gestión de los intereses generales que además de hacer visible la situación de fragmentación del Estado traducida en su acción, puede provocar importantes consecuencias en lo que se refiere a las influencias que sobre la toma de decisiones públicas puede tener el conjunto de actores del sector cuya regulación se pretende⁵¹⁵. Importancia de un problema que por un lado no deja de ser la contrapartida de una de las características iniciales de las AAI respondiendo a ciertas necesidades continuas de redefinir la tarea de tutelar los intereses generales⁵¹⁶ y que por otro

⁵¹³ Chevallier, "Régulation...", op. cit., p. 53.

⁵¹⁴ Piénsese, por ejemplo, en los problemas de concurrencia o conflicto de atribuciones entre entidades de regulación del sector de las telecomunicaciones y entidades de garantía de respeto de la competencia en el mercado. Vid. sobre estos problemas de fragmentación de competencias, Chevallier, Jacques, "La nouvelle réforme des télécommunications: ruptures et continuités", *RFDA*, nº 5-1996, p. 935-937.

⁵¹⁵ Aparece aquí el delicado tema, que ahora no abordaremos, de la "captura" de las AAI.

⁵¹⁶ Vid. sobre lo que representa el paradigma de las funciones sectoriales de las AAI en relación a los esquemas tradicionales de concreción de los intereses generales, en la bibliografía en este caso italiana, Malinconico, Carlo, "Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti", pp. 37-46 y Torchia, Luisa, "Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti", pp. 55-67, ambos en Cassese, Sabino y Franchini, Claudio, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Il Mulino,

lado crece en la medida en que la solución de la creación de AAI se extiende a diferentes sectores y se multiplica cuantitativamente. Las vías de solución que se puedan hallar a esta cuestión constituirán, pues, un elemento de garantía ante las consecuencias extremas de la fragmentación de la Administración Pública. Y su búsqueda tiene que pasar inevitablemente por conseguir un "polycentrisme équilibré"⁵¹⁷. Esta línea de investigación parece que implica necesariamente la utilización razonable de la fórmula de las AAI, de forma que su proliferación no sea excesiva. Pero también implica ser conscientes de la situación de fragmentación de competencias a la que frecuentemente da lugar la creación de una AI, en la medida en que esta situación incorpora potencialmente un aspecto también de posible garantía, el control mutuo o equilibrio entre las diversas entidades que inciden sobre la regulación de un determinado sector. La presencia inevitable de mecanismos de control y de condicionamiento, más sutiles, pero no menos efectivos, que las relaciones de jerarquía, de la actividad de las AAI por parte del resto del aparato administrativo, que obligan a relativizar la supuesta *independencia* en favor, más matizadamente, de una cierta *autonomía*, podría hacer el resto⁵¹⁸.

Existe finalmente una perspectiva que interesa destacar en este primer apartado en lo que se refiere al lugar ocupado por las AAI en el contexto del pluralismo institucional. Se trata de la relación que se da entre la existencia de estas entidades en el marco mencionado y el ejercicio de ciertas potestades, de formal especial, a nivel introductorio, la potestad sancionadora. La reflexión toma como punto de partida un estudio de B. Faure a propósito de la potestad reglamentaria⁵¹⁹. Este autor pone de relieve el contraste existente entre las exigencias derivadas de un enfoque dogmático que parte de un sistema de normas generales dado desde el principio en relación a un enfoque centrado en la experiencia y en el punto de vista del análisis del derecho efectivamente aplicado en una sociedad determinada. En relación al contexto del pluralismo institucional el contraste se plantea especialmente en los siguientes términos: frente al punto de vista jurídico-constitucional, que exige una máxima centralización de la potestad reglamentaria, adoptando una perspectiva del desarrollo de las normas en la que predomina la dirección procedente de las fuentes superiores, tenemos el punto de vista, más cercano al Derecho Administrativo, de la dispersión real de la reglamentación (que de forma

Bolonia, 1996.

⁵¹⁷ Quermonne, *L'appareil...*, op. cit., p. 268.

⁵¹⁸ Vid. por ejemplo Chevallier, "Régulation...", op. cit., p. 51.

⁵¹⁹ Faure, Bertrand: "La crise du pouvoir réglementaire: entre ordre juridique et pluralisme institutionnel", *AIDA*, 20 julio/20 agosto 1998.

paradójica convive con una más perfecta constitucionalización del Derecho Público), que se corresponde con una dispersión de las autoridades administrativas "secundarias" (potenciación de las entidades locales, fenómenos de desconcentración, nuevas administraciones como las AAI, etc.). La crisis que es posible percibir en el discurso, en el caso del estudio de Faure, de la potestad reglamentaria encuentra así una razón de fondo en la excesiva atención que se concede al punto de vista formal del ordenamiento jurídico como modelo exclusivo, de forma que se deja de lado la referencia a las actividades y a las necesidades.

En este contexto es útil recordar la teoría de los "poderes implícitos", no igualmente formulada ni practicada en todos los países, pero sí creemos que de necesaria consideración en tanto en cuanto responde en gran medida a necesidades comunes⁵²⁰. Por la misma se reconocen de modo general a los órganos que participan en la acción administrativa los poderes necesarios para el cumplimiento de su misión⁵²¹. Se sitúan así las bases del Derecho Administrativo, más allá de la ejecución de cada ley, en una ejecución en sentido amplio comprensivo de todas las medidas necesarias (piénsese por ejemplo en toda la faceta organizativa) para dicho cumplimiento y sin más reserva que la de actuar en el interés general. Se pone así de relieve en definitiva que el dispositivo de aplicación supera claramente el dispositivo de la habilitación, de forma que el trabajo de aplicación hace nacer algo que resulta un elemento añadido al ordenamiento jurídico. Y esta creación surge precisamente a partir del fundamento que le proporciona la institución de aplicación misma y su misión. La multiplicación de competencias reglamentarias nuevas (como las de las AAI) y el crecimiento de competencias discrecionales forman parte del conjunto de síntomas de esta crisis. Así, el rol del derecho, de la legalidad, no sería tanto el de fuente de creación como el de poner límites a manifestaciones espontáneas de autoridad, de forma que sea posible hacer compatibles las exigencias de eficacia y de coherencia del ordenamiento jurídico, según afirma Faure.

El pluralismo institucional potenciado en los últimos años y de una forma muy especial la presencia de las AAI aportan un nuevo elemento de interés, pues, a unas explicaciones

⁵²⁰ Dicha técnica no resulta desconocida entre nosotros, por ejemplo, aunque con ciertas restricciones, en la jurisprudencia del TC para la resolución de cuestiones competenciales: vid. Viver i Pi-Sunyer, *Materias competenciales...*, op. cit., pp. 165 y 191. Vid. en la doctrina De la Cuétara, Juan Miguel, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 79 y 111 entre otras.

⁵²¹ Vid. también una descripción sintética de esta jurisprudencia en Weil y Pouyaud, *Le Droit Administratif*, op. cit., pp. 48-49.

centradas en la vertiente institucional que, por otra parte, como es conocido, ya fueron formuladas muy anteriormente, de forma particular por Maurice Hauriou.

¿Cuál es el planteamiento al que de forma introductoria puede dar lugar esta reflexión expuesta en el trabajo de Faure aplicada en nuestro caso al ejercicio de la potestad sancionadora?

De una manera muy similar a lo que sucede con la potestad reglamentaria, también en el caso del discurso teórico sobre la potestad sancionadora predomina el punto de vista estrictamente jurídico que otorga a los estadios superiores, desde el punto de vista jurídico-formal, el peso de la atribución y por tanto del condicionamiento del ejercicio de la potestad sancionadora, a menudo sin tener en cuenta suficientemente las actividades y las necesidades concretas de cada caso. Es bien conocido entre nosotros el tipo y el alcance de problemas a los que ha llevado este planteamiento especialmente en el campo del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los municipios, en el que una interpretación rígida de las relaciones entre norma con rango de ley y norma con rango reglamentario -ordenanzas locales- a la hora de tipificar las infracciones administrativas ha hecho visible las consecuencias que en términos de bloqueo del necesario ejercicio de esta potestad puede provocar la aplicación de tales esquemas rígidos⁵²². Aplicación que en los últimos años, como veremos, parece inevitablemente empezar a encontrar puntos de inflexión a nivel ya no sólo doctrinal, sino también de legislación y de jurisprudencia constitucional.

La potestad administrativa sancionadora también se ejerce en el marco de instituciones determinadas y con características diferenciadas. Y esta realidad no se puede desconocer. Es evidente que no se puede, frente a las limitaciones que presenta el esquema más tradicional, predicar su total superación en favor del reconocimiento directo y libre de las exigencias de la realidad, ya que no cabe perder de vista la importante vertiente de garantía que incorpora en este caso el principio de legalidad en su aspecto formal. De lo que se tratará, pues, es una vez más de encontrar el equilibrio adecuado. Ha de quedar claro, pues, desde el principio, que el hecho de que el presente capítulo se centre en el aspecto del pluralismo institucional y de las particularidades que este elemento, concretamente en el caso de las AAI francesas, introduce

⁵²² Sobre estos problemas y las diversas respuestas aportadas, permítasenos la remisión a nuestro trabajo "La potestat sancionadora en el Reglament d'obres, activitats i serveis", en Font i Llovet, Tomàs (coord.), *Dret Local. Ordenances, activitats i serveis públics*, Servei Publicacions UAB, Marcial Pons, Edicions UB, Barcelona, 1997, pp. 351-371. Por otra parte, el tema es también objeto de reflexión en el capítulo V.

en el ejercicio de la potestad sancionadora, no quiere decir que no se tenga presente la importancia de la faceta de las garantías⁵²³. Importancia que no puede hacer perder de vista, sin embargo, la riqueza de la perspectiva de la pluralidad y diversidad de Administraciones titulares de la potestad sancionadora, y de forma específica de las características de las AAII en Francia.

Y con este objetivo lo más adecuado será hacer referencia a los rasgos distintivos más relevantes de estas entidades a tener en cuenta en el condicionamiento institucional que su presencia supone en relación al ejercicio de la potestad sancionadora.

3. Rasgos distintivos relevantes de las autoridades administrativas independientes

Independientemente del hecho de que, como ya hemos adelantado y como veremos con más detalle, existen diferencias relevantes entre las diversas AAII, de manera que puede llegar a ser dudoso incluso hablar de una verdadera *categoría* única que incluya su totalidad, lo cierto es que como mínimo existe esta denominación que las engloba a partir de unos factores que permiten la explicación de sus orígenes y de algunas características comunes. La presencia de estos rasgos mínimos compartidos por todas las AAII hace que precisamente se pueda elaborar una reflexión de conjunto sobre estas entidades, sin perjuicio de la necesidad de hacer distinciones ulteriores en función de las divergencias relevantes existentes entre ellas. Son diversos los caminos que se pueden escoger a la hora de seleccionar la exposición de estos rasgos comunes. Se puede hacer incidencia, por ejemplo, tal como ha quedado insinuado en la breve caracterización que hemos hecho en el primer apartado, en el aspecto orgánico, destacando la composición de los órganos de las AAII (procedencia, requisitos, etc.) y las garantías de sus miembros en el ejercicio de sus funciones, perspectiva relevante en la medida en que constituye un punto ineludible en el estudio del estatuto de independencia otorgado a estos entes.

Creemos, sin embargo, que desde el punto de vista del análisis que hemos de llevar a cabo en este trabajo, el criterio a la hora de escoger los datos más relevantes que caracterizan el conjunto de AAII se ha de centrar en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento

⁵²³ De hecho, como veremos, en la jurisprudencia sobre el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las AAII un dato constante es la preocupación por el respeto de los diversos elementos de garantía.

jurídico les atribuye. Enfoque imprescindible si lo que se pretende es reflexionar sobre aspectos relacionados con el ejercicio de su potestad sancionadora. Pero además, en segundo lugar, este enfoque pensamos que no ha de consistir en una mera enumeración descriptiva de potestades que pueden ejercer las AAI según establece el ordenamiento jurídico francés (datos que irán apareciendo a lo largo del capítulo), sino más bien en una caracterización de los aspectos cualitativamente más relevantes a tener en cuenta si se quiere relacionar la peculiaridad institucional de las AAI con el ejercicio por su parte de la potestad sancionadora. Y en este sentido, seguramente las dos preguntas más oportunas en torno a este tema son, en primer lugar, si destaca en especial algún tipo de actuación jurídica por parte de las AAI (A) y, en segundo lugar, el ámbito de potestades cubierto por su actuación (B). No obstante, antes de entrar en su contenido, parece conveniente ya en este momento decir que los términos en que desde el punto de vista jurídico se puede caracterizar la acción de las AAI son tributarios en definitiva de la misión que de forma genérica cualifica estas entidades. Efectivamente, para entender mejor las peculiaridades que ofrece el ejercicio de poderes jurídicos por parte de las AAI, hay que situarse en este contexto general, que se ha venido designando con el término, ya de más que frecuente uso, de *regulación*. Noción cuyo significado no podemos pretender agotar aquí y que tendremos ocasión de volver a traer a colación en algún sentido más concreto desde el punto de vista jurídico, pero sobre la cual hemos de tratar de ofrecer una indicación para poder continuar. Con esta pretensión simplemente diremos que la misión de regulación se ha entendido como la colocación de un tercero, en relación a un "juego social", encargado de su supervisión con una capacidad de arbitraje entre los intereses en presencia y con una intervención continua y preventiva para asegurar un equilibrio de conjunto⁵²⁴. Necesidad de regulación que se ha entendido que encuentra su origen en dos preocupaciones que caracterizan los ámbitos materiales básicos de aparición de las AAI: la de asegurar una protección más eficaz de las libertades individuales en ciertos sectores sensibles y la de garantizar el juego de la competencia en la vida económica⁵²⁵.

⁵²⁴ Chevallier, "Régulation...", op. cit., pp. 45-46. Vid. también sobre esta caracterización: Autin, Jean-Louis, "Autorités administratives indépendantes", *Éditions du Juris-Classeur*, 5, 1997, pp. 13-14.

⁵²⁵ Chevallier, "Régulation...", op. cit., p. 46.

A. El propósito de una aplicación no totalmente imperativa del Derecho

La existencia de una serie de entidades independientes que se encargan de la regulación de un sector determinado supone una pluralidad de administraciones aproximadas al sistema concreto sobre el que se proyectará la actuación reguladora. Y esta proximidad al caso concreto, a la situación singular objeto de acción por parte de un poder público plural desde el punto de vista subjetivo, constituye el punto de partida del rasgo característico que aquí se pretende presentar. Punto de partida íntimamente relacionado con la caracterización básica de la noción de regulación, basada en la presencia de un tercero que intenta establecer el equilibrio en un sector, en presencia de los diversos sujetos implicados. Si se pretende una aproximación al sector regulado, y un equilibrio, una cierta armonización de los intereses en presencia, parece normal que esto se intente conseguir, siempre que sea posible, con técnicas no imperativas. No es que los entes reguladores no puedan disponer, ni dejen de disponer de hecho, de técnicas de signo imperativo o de policía en un sentido amplio (reglamentos, autorizaciones, sanciones, etc.), sino que la peculiaridad consiste en la manera de ser utilizadas estas técnicas, que forman parte del conjunto de la actividad reguladora cuyo fin deviene la adaptación al caso concreto y la búsqueda del equilibrio entre los diversos intereses⁵²⁶.

Es evidente que presuponer la idoneidad de tener como finalidad y contemplar como factible, el objetivo de un equilibrio entre los diversos intereses en presencia tiene también un sustrato ideológico concreto. El paradigma de la regulación apela en definitiva a una concepción determinada del mundo, de la vida en sociedad: presupone la idea de la armonía de los intereses, que no existen conflictos, contradicciones o antagonismos que no se puedan superar, que todos los intereses sociales pueden llegar a ser compatibles mediante mecanismos de compromiso, que es posible que lo heterogéneo e individual pueda transformarse en unitario y colectivo. Se deja entender, pues, que la integración es objetivamente posible. Además, la idea de regulación proporciona al Estado, al poder, una inestimable legitimación

⁵²⁶ Vid. en este sentido, de forma reciente en nuestra doctrina, Tornos i Mas, Joaquín: *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons y Consell de l'Audiovisual de Catalunya, Madrid, 1999, pp. 59-70. Veremos más adelante, además, cómo todo ello tiene una gran relevancia para el adecuado entendimiento de nuevos paradigmas propuestos al hilo de este tipo de fenómenos, plasmándose en un acercamiento jurídico a la noción de regulación que en la doctrina francesa Timsit se ha ocupado de desarrollar.

en la medida en que permite que se presente como un mecanismo natural que se ejerce en beneficio de los sujetos afectados por la regulación⁵²⁷.

Implicaciones ideológicas que no hay, pues, que perder de vista, y que seguramente también han de convivir con otras implicaciones de signo diferente, en la medida en que los nuevos paradigmas difícilmente se imponen de forma inmediata o absoluta sobre los anteriores, siendo más realista hablar de una convivencia entre los diversos paradigmas que, eso sí, podrán tener una presencia más o menos intensa según la etapa histórica que se viva⁵²⁸. Ahora bien, lo que en estos momentos intentamos destacar es la perspectiva que desde el punto de vista jurídico supone la emergencia de este paradigma. El interés de este punto de vista se pone de relieve observando algunas de las descripciones que en la doctrina francesa se han hecho del tipo de intervención pública de las AAI. Así, se ha señalado que la actividad de regulación no pasa necesariamente por el ejercicio de competencias jurídicas, sino que las AAI llegan a los mejores resultados sobre todo mediante vías extrajudiciales. A través de un esfuerzo que se centra más en la convicción que en la imposición, las AAI multiplican las conciliaciones o las recomendaciones, en una lógica de encontrar el consenso⁵²⁹. Parece, así, que uno de los rasgos esenciales de la acción de las AAI es una flexibilidad necesaria⁵³⁰. En el marco de la intervención en sectores muy complejos, la mera producción de normas jurídicas puede resultar al menos parcialmente inadaptada a los problemas que se han de resolver, de

⁵²⁷ Chevallier, Jacques: "De quelques usages du concept de régulation", en Miaille, Michel (dir.): *La régulation...*, op. cit., pp. 87-90.

⁵²⁸ De hecho, el elemento antes mencionado de la presencia de técnicas imperativas en un marco de finalidades de equilibrio o de compromiso con los sujetos del sector regulado, puede ilustrar esta afirmación.

Por otra parte, Chevallier indica que "sur le plan scientifique le paradigme garde un intérêt, à condition de le combiner et de le croiser avec d'autres paradigmes. Il convient dès lors de plaider pour un *usage raisonné et critique*, excluant une référence systématique et une adhésion sans nuances" (Chevallier, "De quelques usages...", op. cit., p. 93).

Evidentemente, un tratamiento riguroso de las cuestiones implicadas en la sucesión de los paradigmas en las ciencias requeriría un análisis mucho más detenido de lo que ha sido objeto en el texto, que tendría que tener en cuenta la obra básica de Thomas S. Kuhn, publicada en lengua francesa por Flammarion, 1983, y traducida por Laure Meyer, sobre la base de la nueva edición aumentada de 1970, *La structure des révolutions scientifiques* especialmente pp. 199-218 en relación a los motivos de la naturaleza particularmente compleja del cambio de paradigma. Naturalmente este análisis más detallado de la cuestión superaría las pretensiones de este trabajo. Vid. en el ámbito jurídico y en nuestra doctrina Nieto García, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 19-72.

⁵²⁹ Gentot, Michel, *Les autorités...*, op. cit., p. 42.

⁵³⁰ Vid. también las diversas aportaciones contenidas en: Colliard y Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, París, 1988, particularmente pp. 46, 78, 87, 153, 156 y 316.

manera que puede ser necesario desarrollar una acción preventiva, más de persuasión que de obligación, o incluso consistente en utilizar conjuntamente derecho y equidad. Se ha dicho, en esta línea, que lo que puede llegar a caracterizar más intensamente alguna de estas entidades (concretamente la institución del *Médiateur*⁵³¹) es la posibilidad de situarse al margen del derecho, basando sus decisiones en la equidad. Búsqueda, en definitiva, de una racionalidad menos estrictamente jurídica, más abierta y flexible⁵³², un nuevo lenguaje sobre todo en los medios jurídicos⁵³³.

Como se puede observar, existe un dato común en las descripciones del tipo de intervención de las AAI: el hecho de buscar preferentemente el consenso, la persuasión, el convencimiento, y no la imposición (aunque ello no debe llevar por otra parte a desconocer que este modelo está sometido también a cambios de intensidad según los sectores y la evolución temporal). A menudo, sin embargo, tal como también se ha podido ver, ello ha dado lugar a una caracterización de estos cambios, en lo que se refiere a su significación para el derecho, que pone de relieve el nacimiento de una nueva lógica, consistente precisamente en su carácter extrajurídico. Los términos en que se concrete este razonamiento son básicos para el planteamiento de nuestro estudio. Por eso no podemos agotar el tema en este apartado, pero sí que es necesario ofrecer una primera reflexión que fije nuestro punto de vista.

Si lo que se quiere decir cuando se habla del carácter extrajurídico de la actividad de estos entes es que una de las novedades más destacadas que incorporan es la resolución de conflictos acudiendo a técnicas que permiten superar la vía judicial como único mecanismo de solución, no parece que se pueda plantear objeción alguna a este planteamiento. Ahora bien, creemos que cuando se habla de una lógica menos jurídica que se impone con la actividad de las AAI no se quiere destacar solamente el dato de las vías extrajudiciales (cuya importancia no por ello cabe menospreciar, siendo precisamente uno de los retos actuales del Derecho Público el de encontrar mecanismos con garantías alternativos a la solución judicial de los conflictos) sino que se está presuponiendo un concepto o una idea muy concreta del derecho que se encuentra subyacente al razonamiento. Idea que, dicho ahora en términos

⁵³¹ Personalidad encargada de velar por el ciudadano en sus relaciones con la Administración, al margen de la actividad de los tribunales, instituida por una ley de 1973 siguiendo el modelo del *ombudsman*.

⁵³² Guédon, Marie-José: *Les autorités...*, op. cit., pp. 20-21.

⁵³³ Lo destaca en el marco de una nueva concepción de las funciones administrativas, Longobardi, Nino, "Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau Droit Administratif", *Petites Affiches*, 31 agosto 1999, p. 10.

inevitablemente simples, excluye del mundo jurídico lo que apela a mecanismos diferentes de la subsunción de los hechos en reglas generales que contienen en su formulación misma la norma, norma que encuentra la garantía de aplicación en mecanismos imperativos. Creemos en cambio que la vía que puede resultar más fértil no es la de oponer, a propósito de estos nuevos tipos de actividades de las AAI, la lógica jurídica a la extrajurídica, sino la de situar el tema en el proceso, siempre en marcha, de las transformaciones del Derecho, incluso a veces de un modo no muy armónico en relación a las características tradicionales del entorno social y jurídico del propio país⁵³⁴. En este sentido resulta especialmente idónea la idea del Derecho regulador como expresión de la emergencia de un nuevo proceso de formación del Derecho, gradual o por etapas. Frente al esquema clásico en el que la regla jurídica venía dada de forma general por el legislador, precisada por vía reglamentaria y verificada en su buena aplicación a posteriori por el juez, nos encontraríamos ante una actuación de la autoridad de regulación, habilitada en términos amplios por la ley, que intenta enmarcar la actividad de los sujetos afectados mediante opiniones, recomendaciones, directrices que orientan su comportamiento y que obligan progresivamente a respetar una cierta disciplina, de forma que con el tiempo se pueden derivar reglas de comportamiento cuyo respeto se verá más garantizado en la medida en que se basen en el conocimiento firme del entorno regulado, y que finalmente se podrán ver codificadas en leyes o reglamentos⁵³⁵. El contexto de la regulación de las AAI parece que permitirá, pues, tomar conciencia de la presencia de aspectos del Derecho que tradicionalmente habían resultado marginados. El concepto mismo de norma se encuentra, pues, en el centro de esta problemática, y ello también obliga a buscar un concepto más estricto de la *regulación* desde el punto de vista de la teoría del Derecho. Tendremos ocasión de volver sobre el tema.

Por el momento es suficiente la constatación de la dirección de los cambios que han introducido las instancias independientes que comentamos en cuanto al ejercicio de los poderes jurídicos de los que disponen. Evidentemente, es posible observar desde el primer instante que la dirección de los cambios comentada incide en aspectos implicados en la potestad sancionadora. Desde el momento en que se dice que el interés de las AAI se centra, de forma genérica, en hacer compatibles derecho y equidad, de forma que en algunos casos se llegue

⁵³⁴ En este sentido cabe recordar la correspondencia entre un modelo flexible, el americano, y uno rígido, el francés: vid. Cohen-Tanugi, Laurent, *Le droit sans l'État*, PUF, París, 1992, pp. 45-53.

⁵³⁵ Autin, Jean-Louis, "La réforme de la Commission des opérations de bourse. La consécration d'une instance régulatrice", *La Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 3-1989, p. 8.

incluso a proponer una solución contraria a la reglamentación en vigor⁵³⁶, y desde el momento en que, de forma paralela, la potestad sancionadora no deja de ser reconocida y potenciada en la actividad de las AAI, es normal pensar que el ejercicio de esta potestad tendrá lugar en un marco institucional muy particular que seguramente obligará a replantear algunos de sus aspectos. La misma será la consecuencia si se tiene en cuenta, en la misma línea, que la utilización de los poderes jurídicos por parte de estas autoridades puede ser y es moderado en beneficio de una perspectiva de persuasión o de concertación⁵³⁷.

B. La acumulación de funciones

Otro de los rasgos característicos que presentan de forma general, aunque diversa, las AAI, es el de la acumulación de funciones, de competencias jurídicas que tradicionalmente se encuentran disociadas: producción de normas generales, toma de decisiones individuales, actividad de control o de sanción...⁵³⁸ Si bien es cierto que aquí también existen diferencias relevantes entre las diversas AAI⁵³⁹, lo que da lugar una vez más a adoptar cautelas en su caracterización general, una vez más también es verdad que confluyen los suficientes elementos comunes para hablar de un mínimo común denominador⁵⁴⁰. En cualquier caso es posible hablar de una heterogeneidad de potestades⁵⁴¹.

En efecto, podemos decir que las AAI ejercen un rol de dirección y control del funcionamiento del sector afectado. Participan en el desarrollo de las actividades afectadas mediante mecanismos de reglamentación y de acción individual. Podemos precisar estas nociones a través de los siguientes datos, extraídos fundamentalmente a partir de las normas

⁵³⁶ Guédon, *Les autorités...*, op. cit., p. 20.

⁵³⁷ Guédon, *Les autorités...*, op. cit., p. 87.

⁵³⁸ Chevallier, "Régulation...", op. cit., pp. 47-48. "Un grand nombre d'autorités administratives indépendantes cumulent ces trois pouvoirs: celui d'édicter la règle, celui d'en assurer l'application, celui de poursuivre et éventuellement de réprimer les infractions": Gentot, *Les autorités...*, op. cit., p. 41.

⁵³⁹ Por ejemplo, no todas las AAI disponen de la potestad reglamentaria o de la potestad sancionadora.

⁵⁴⁰ Por ejemplo, si es cierto que no todas las AAI tienen potestad reglamentaria, también lo es que todas disponen de posibilidades de actuación (propuestas, recomendaciones...) que participan en el proceso normativo o que tienen efectos jurídicos comparables con los de los reglamentos: Chevallier, "Régulation...", op. cit., p. 47. "Qu'elles disposent d'un pouvoir de décision ou non, toutes ont un rôle "para-normatif" important et, dans certains cas, particulièrement stratégique lorsque leur consultation par les pouvoirs publics est obligatoire": Guédon, *Les autorités...*, op. cit., p. 99.

⁵⁴¹ Conseil d'État, *Rapport Public 2001*, op. cit., pp. 308-312.

que ordenan las potestades de las cuatro AAII seguramente más relevantes que disponen de la potestad sancionadora⁵⁴².

1. En general, las AAII:

- Pueden formular propuestas de modificaciones de leyes y reglamentos que afectan al sector.

- Velan por el buen funcionamiento de las actividades afectadas.

- Conceden ciertas autorizaciones.

- Participan en la preparación de la posición francesa en las negociaciones internacionales en el campo afectado.

- Emiten ciertos dictámenes.

- Son consultadas sobre los proyectos de ley, de decreto o de reglamento relativos al sector y participan en su aplicación.

- Precisan ciertas reglas y ciertas condiciones técnicas.

- Deciden ciertos conflictos.

- En el caso de la COB puede adoptar reglamentos en lo relativo al funcionamiento del sector y puede publicar instrucciones y recomendaciones adoptadas con la finalidad de precisar la interpretación y las modalidades de aplicación de sus reglamentos.

2. Por lo que se refiere al CC, si bien es cierto que se ha dicho que su participación en el funcionamiento del sector es menor, cabe, a pesar de todo, apuntar que esta autoridad:

- Puede ser consultada por las comisiones parlamentarias sobre las proposiciones de ley así como sobre toda cuestión que afecta a la competencia⁵⁴³.

- Da su consejo sobre las mismas cuestiones a petición del gobierno y de diversas colectividades y puede adoptar medidas provisionales⁵⁴⁴.

⁵⁴² Se trata de:

- La *Commission des opérations de bourse* (COB): *Ordonnance* n. 67-833, de 28 setiembre 1967.

- El *Conseil de la concurrence* (CC): *Ordonnance* n. 86-1243, de 1 diciembre 1986.

- El *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA): Ley n. 89-25 de 17 enero 1989.

- L'*Autorité de régulation des télécommunications* (ART): Ley n. 96-659, de 26 julio 1996.

⁵⁴³ Art. 5 de la norma indicada anteriormente.

⁵⁴⁴ Arts. 5 y 12.

- Es obligatoriamente consultado por el Gobierno sobre ciertos proyectos de textos reglamentarios⁵⁴⁵.

- Su dictamen conforme es necesario para reconocer por decreto las condiciones que permiten no someter ciertos acuerdos a las disposiciones de los arts. 7 y 8 (prácticas prohibidas)⁵⁴⁶.

- Puede imponer condiciones particulares a los interesados a propósito de prácticas anticompetitivas⁵⁴⁷.

Se observa, pues, una acumulación de diversas funciones atribuidas, que permiten incidir a las AAI sobre el régimen jurídico y la marcha del sector desde perspectivas y de modos diferentes, convirtiéndose ello en uno de sus rasgos más característicos. Y sobre todo hay que subrayar que se benefician de un conjunto de competencias que permiten precisar la aplicación de las normas caso por caso, de manera que sus decisiones individuales completan su regulación del sector. En el seno de las acciones que tienden a asegurar esta regulación, se insiere la función de prevenir y sancionar los incumplimientos de los sujetos que participan en las actividades del sector⁵⁴⁸, aspecto que no tendremos que perder de vista.

Una vez más esta característica implica la necesidad de asumir planteamientos renovados, en este caso en lo que se refiere a la atribución de poderes de actuación a las Administraciones Públicas. De un esquema en el que los poderes de actuación se encuentran repartidos y encuentran su fuente en instancias superiores (relaciones de instrumentalidad, atribución limitada de potestades, etc.) se pasa a una situación en la que, precisamente con el argumento de la necesidad de aproximación y de conocer el funcionamiento del sector regulado, se produce una concentración y acumulación de poderes en manos de unas determinadas instancias independientes. Sin que ello implique, naturalmente, la ausencia de límites, que sería frontalmente contraria al principio democrático y a la división de poderes que forman parte esencial de los elementos que definen un Estado de Derecho.

⁵⁴⁵ Art. 6.

⁵⁴⁶ Art. 10.

⁵⁴⁷ Art. 13.

⁵⁴⁸ Así, en relación a la COB, Autin, a propósito de la reforma de su normativa, afirmó: "Toujours est-il que celle-ci [la COB] disposera bien ainsi de moyens étendus pour une véritable régulation du secteur boursier: depuis l'énoncé des règles les plus générales jusqu'aux moyens de contrôle et de sanctions tendant à leur bonne application" ("La réforme...", op. cit., p. 7).

4. El puesto a ocupar por la potestad sancionadora en las actuaciones de las AAI

Se han visto, pues, unas características explicadas con la voluntad de destacar los rasgos más innovadores de las AAI desde el punto de vista jurídico y sobre todo en relación al ejercicio de sus potestades. Ya hemos adelantado que la intención principal de esta presentación es la de contextualizar adecuadamente el ejercicio de la potestad sancionadora, que es el objeto concreto de nuestra atención. Ahora es el momento de abordar de forma directa esta cuestión.

A. Una potestad de creciente protagonismo

La atribución y la utilización de la potestad sancionadora por parte de las AAI ha sido uno de los elementos que, de forma diferente a lo que en principio parecía que habría de suceder con este tipo de entidades, ha animado más el debate sobre su actuación⁵⁴⁹. Creemos que es útil, para tomar conciencia de esta realidad, la exposición de los elementos más relevantes en lo que se refiere a la evolución normativa de este fenómeno (a), a la aplicación práctica en los casos más destacados de AAI con poder sancionador (b) y a la situación a la que ha dado lugar una serie de decisiones judiciales durante el año 1999 y cuyos efectos llegan hasta nuestros días (c).

a. El proceso de atribución legal de poderes sancionadores a las AAI

Con la adopción de la perspectiva de la evolución normativa se trata de destacar sobre todo, no ya que existan casos, más o menos importantes desde el punto de vista cuantitativo, de AAI con poderes de sanción (como ya hemos comentado, especialmente relevantes son los casos del CC, del CSA, de la COB y de la ART)⁵⁵⁰, en todo caso relevantes⁵⁵¹, sino un aspecto

⁵⁴⁹ No en vano el informe del Conseil d'État de 2001 destaca primero la evolución del otorgamiento de la potestad sancionadora y después, en el apartado de recomendaciones, al tratar las condiciones de ejercicio de sus potestades, puntualiza: "et notamment du pouvoir de sanction": *Rapport public 2001*, op. cit., pp. 311-312 y 358-364

⁵⁵⁰ Otras AAI con poder de sanción son: *Commission de contrôle des assurances*, *Conseil des marchés financiers*, *Conseil des bourses de valeurs*, *Commission bancaire*, *Conseil de discipline des organismes de*

cualitativo que se concreta en dos puntos de vista, que se pueden superponer en parte pero que hay que exponer de forma separada para obtener una imagen completa del fenómeno.

- En primer lugar, hay que hacer referencia al punto de vista de la evolución temporal. Se constata que con el paso del tiempo el peso específico de la potestad sancionadora crece en el conjunto de las atribuciones de las AAI. Tanto a propósito de la creación de nuevas AAI, como de la reforma de algunas que ya existían, la importancia de la potestad sancionadora no ha hecho más que incrementarse. Es cierto que en determinados casos, muy concretos, entre los que destaca el del *Conseil de la Concurrence*, tal como ha señalado la doctrina francesa, la atribución de buen principio (1986) de la potestad sancionadora no podía sorprender considerando sus funciones⁵⁵². Pero ello, que una vez más demuestra la dificultad de hablar en un sentido propio de la categoría de las AAI, no sucede con el resto. Es el caso, señaladamente, de la COB, entidad creada en 1967 pero que contó con potestad sancionadora propia (añadiéndose así a los importantes poderes de investigación de los que ya disponía) a partir de la reforma de 1989. Y en esta línea de expansión de la atribución de poderes sancionadores a las AAI, más recientemente ya ha sido contemplado con toda normalidad esta atribución, de modo inicial, a nuevas AAI. Es el caso, especialmente relevante, de la ART, creada en 1996. Esta evolución llega hasta hoy mismo. Concretamente, en 1999, se crea una nueva AI⁵⁵³, así calificada expresamente por la ley, la *Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires*⁵⁵⁴, que cuenta entre sus atribuciones, la de, a propuesta de la *Commission nationale de prévention des nuisances*⁵⁵⁵, pronunciar multas administrativas ante

placement collectif en valeurs mobilières, Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires y Commission de régulation de l'électricité.

⁵⁵¹ Se ha dicho que los sectores en los que se hallan presentes AAI con potestad sancionadora son esenciales: Teitgen-Colly, Catherine, "Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes", *Les Petites Affiches*, 17 enero 1990, p. 26.

⁵⁵² Vid. por ejemplo Gentot, *Les autorités...*, op. cit., p. 84-85. Este autor destaca, así, que dado que el CC había sido creado esencialmente para reprimir las prácticas contrarias a la competencia, entraba dentro de la "naturaleza de las cosas" la atribución de la potestad sancionadora.

⁵⁵³ Mediante Ley nº 99-588, de 12 julio 1999.

⁵⁵⁴ Para tener una idea sobre el ámbito de cuestiones que son objeto de actuación de esta entidad, hay que decir que emite recomendaciones en cuestiones relativas a la medida del ruido y especialmente a la definición de indicadores de medida adecuados, a la evaluación de molestias sonoras, al control de los daños sonoros del transporte aéreo y de la actividad aeroportuaria, y a la limitación de su impacto sobre el medio ambiente, en particular mediante los métodos de menor ruido para el despegue y el aterrizaje (art. L. 227-3 del *Code de l'aviation civile*, modificado por la mencionada ley de 12 julio 1999).

⁵⁵⁵ Cuyo sistema de nombramiento y composición se encuentran fijados en el último apartado del art. L. 227-4 del *Code de l'aviation civile* modificado por la ley del 99.

incumplimientos relativos a la materia (por ejemplo, en relación a los valores máximos de ruido que no se pueden superar)⁵⁵⁶.

- En segundo lugar, hay que hacer referencia al punto de vista del contenido de las sanciones que pueden imponer las AAI. Es cierto que una descripción de las previsiones normativas muestra que estas sanciones son esencialmente pecuniarias (con niveles ciertamente importantes según los casos). Ahora bien, esta constatación creemos que no puede ocultar la importancia de un aspecto cualitativo del contenido de las sanciones que muestra una vez más su relevancia creciente en el conjunto de la actuación de las AAI. Aspecto que se da en relación al caso concreto del CSA.

Sin entrar en todos los detalles de la cuestión⁵⁵⁷, hay que indicar que inicialmente las autoridades de control en el ámbito de la comunicación y lo audiovisual disponían de la posibilidad de pronunciar una única sanción, la revocación (*retrait*) de la autorización en caso de perjuicio del interés público. Medida tan importante que precisamente daba lugar a una situación en la que las autoridades no osaban utilizarla. Posteriormente la ley añadió otra posibilidad, la de la suspensión de la autorización durante un máximo de 6 meses. Hasta que en el año 1989 el legislador incluyó, además de otros posibles contenidos (por ejemplo, la obligación de insertar un comunicado en los programas de quien explota una autorización) la innovación de las sanciones pecuniarias, determinadas en función de la gravedad de los incumplimientos y en relación a las ventajas obtenidas, con unos límites cuantitativos establecidos. Este que parece un mero dato descriptivo de los detalles de la evolución temporal de la atribución de la potestad sancionadora en el caso del CSA, en el fondo muestra un aspecto mucho más relevante. No es difícil concluir, en efecto, que el hecho de acabar atribuyendo por ley, finalmente, al CSA, la potestad de sancionar mediante multas responde a una línea de actuación que pretende precisamente que el instrumento sancionador sea útil, adaptado a las circunstancias que caracterizan el marco regulado. La rigidez de las sanciones que podía imponer antes de este cambio legislativo la autoridad de regulación en este sector

⁵⁵⁶ La tipificación completa se encuentra en el art. L. 227-4 del *Code de l'aviation civile* modificado por la ley del 99.

⁵⁵⁷ Que se pueden consultar en: Tramoní, Jean-Joseph, *Le contentieux administratif de la communication audiovisuelle*, LGDJ, París, 1998, pp. 268-270; Gavaldà, Christian, "Les sanctions applicables par le Conseil supérieur de l'audiovisuel", *Les Petites Affiches*, 17 gener 1990, pp. 72-73, 75, 77; y Degoy, Dominique, *Les sanctions de la liberté de communication audiovisuelle. Contribution à l'étude de la répression administrative*, tesis doctoral, Toulouse, 1993, pp. 131-141.

hacia que, como se ha recordado, su utilización no fuera frecuente y por tanto no formara parte integrada del conjunto de instrumentos para garantizar el buen funcionamiento del sector regulado.

El razonamiento se completa si se considera que precisamente el medio de coerción más eficaz frente a los grandes canales de televisión nacional es la sanción pecuniaria, teniendo en cuenta los servicios de televisión organizados en forma de sociedades mercantiles⁵⁵⁸. Por tanto, este cambio legislativo pone de manifiesto que se quiere garantizar la eficacia, uno de los requerimientos básicos de las actividades de las Administraciones Públicas, de una medida, cuya aplicación cabe siempre medir muy bien, como es la sanción. Lo que presupone que existe la voluntad de que la potestad sancionadora forme parte significativa del conjunto de actuaciones de la autoridad de regulación.

b. Algunos datos relativos a la aplicación práctica de la potestad sancionadora por parte de las AAI

Son diversas las referencias que en la doctrina francesa se han hecho a la importante dimensión de la aplicación práctica de los poderes de sanción de las AAI⁵⁵⁹. Y no hay que insistir en la pertinencia de esta perspectiva, dado que, tal como se ha podido ver en el caso de los cambios legislativos que afectan al CSA, las previsiones legales no se pueden desconectar de la eficacia práctica de su aplicación.

En nuestro caso, dado nuestro objeto y período de atención, ofreceremos los datos que resultan de las memorias de actividad publicadas durante el año 1999 y por tanto relativas al ejercicio de 1998, de cuatro de las AAI que más atención han recibido sobre todo desde el punto de vista del régimen sancionador, es decir, el CC, la COB, el CSA y la ART.

⁵⁵⁸ Tramoni, *Le contentieux...*, op. cit., pp. 269-270. La cuestión de la adecuación entre el tipo de sanción y el sector afectado continúa siendo objeto de reflexión. Vid. concretamente las afirmaciones y propuestas contenidas en la memoria del CSA del año 1998: Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, *10^e Rapport d'activité 1998*, París, T. I, p. 150 (por ejemplo se pone de relieve la especial adaptación de la medida de suspensión al sector radiofónico, por su carácter inmediatamente operativo).

⁵⁵⁹ Vid. por ejemplo el estudio de Gavalda sobre el CSA antes citado, pp. 77-79, poniendo de relieve que "les utilisations faites en 1989 par le CSA dès la première année de sa création montrent qu'il ne semble pas vouloir se limiter à une politique de "moral suasion"".

- En relación al *Conseil de la Concurrence*, durante el año 1998 esta entidad impuso sanciones pecuniarias que llegaron a la cantidad total de 93.075.000 francos, impuestas a 76 empresas y 14 organizaciones profesionales⁵⁶⁰. Si bien las cifras absolutas consideradas aisladamente no garantizan la obtención de conclusiones definitivas, no parece arriesgado observar que se trata de cifras importantes, que por otra parte no se limitan al año 1998. Al contrario, en años anteriores las cifras han llegado a ser muy superiores, en una evolución que, cabe decirlo, ofrece bastantes variaciones cuantitativas. Así, por ejemplo, la cifra de empresas o grupos de empresas sancionados y la cantidad de sus sanciones han sido, respectivamente, de 69 y 109.746.500 en 1993; 119 y 68.895.000 en 1994; 163 y 478.105.500 en 1995; 99 y 105.044.849 en 1996; 82 y 161.900.500 en 1997 y finalmente 76 y 90.073.000 en 1998. En total, el número de decisiones sancionadoras ha sido de 32 en 1998, cifra que se mantiene bastante más constante que la de las cantidades de las sanciones pecuniarias: entre 1993 y 1997 habían sido 22, 27, 38, 41 y 36. Lo que implica que hay que tener en cuenta, naturalmente, la diversidad de la dimensión de los temas presentes en estas decisiones⁵⁶¹.

- En el caso de la COB, durante el año 1998 se iniciaron 13 procedimientos de sanción⁵⁶², procedimientos que habían sido 29 en 1996 y 12 en 1997⁵⁶³. Aunque las cifras que ofrece la memoria de la COB no son tan completas como las del CC, se pueden señalar algunos datos que muestran la dimensión no poco importante de su actividad sancionadora. Por ejemplo, que uno de los procedimientos de los que se detallan los hechos, relativo a la aplicación del reglamento n° 90-08 sobre utilización de una información privilegiada, se acaba imponiendo una sanción de 6.968.958 de francos⁵⁶⁴. Decisión que fue impugnada ante los tribunales ordinarios.

Otros diversos procedimientos, en diversas materias y por diferentes motivos⁵⁶⁵, no dieron lugar a la imposición de una sanción. También es interesante hacer referencia a los

⁵⁶⁰ Conseil de la Concurrence, *Douzième rapport d'activité, année 1998*, París, T. I, p. 85.

⁵⁶¹ Conseil de la Concurrence, *Douzième rapport...*, T. I, op. cit., p. 6. Vid. también, sobre el aumento continuo de la cantidad de las sanciones impuestas por el CC en años anteriores (1987-1989), con un punto de vista crítico en cuanto a la proporcionalidad en su concreción: Richer, Laurent: "La proportionnalité des sanctions dans le droit de la concurrence", *Les Petites Affiches*, 8 julio 1991, especialmente pp. 4 y 8-9.

⁵⁶² Commission des Opérations de Bourse, *Rapport annuel 1998*, París, p. 111.

⁵⁶³ Commission des Opérations de Bourse, *Faits et chiffres 1998*, París, p. 14.

⁵⁶⁴ Commission des Opérations de Bourse, *Rapport...*, op. cit., pp. 111-112.

⁵⁶⁵ Cabe tener en cuenta, por ejemplo, la actuación concurrente de otros organismos, como el *Conseil des marchés financiers*: vid. la p. 112 de la memoria mencionada.

datos que aparecen en la memoria sobre decisiones de los tribunales controlando sanciones impuestas por parte de la COB en años anteriores. Concretamente destaca la anulación en vía de casación de una sanción de 500.000 francos impuesta en 1995 en materia de obligación de información del público y la confirmación en vía de apelación (pendiente de casación) de una sanción impuesta en 1997 de 7.500.000 de francos en el ámbito de *sociétés civiles de placement immobilier*.

- En cuanto al CSA, durante 1998 esta autoridad inició dos procedimientos de sanción, en fase de instrucción en el momento de redactarse la memoria, en relación a las televisiones y en relación a infracciones a las reglas de publicidad⁵⁶⁶. En el ámbito de la radio, durante ese mismo año se produjo una cantidad muy importante de requerimientos (*mise en demeure*), relativos a diversos motivos: ausencia de emisión (9 requerimientos), emisión con una potencia excesiva (nuevamente 9), difusión de un programa no conforme a los compromisos asumidos por el titular de la autorización (20) y falta de suministro de elementos (por ejemplo informes de actividad) pedidos por el CSA (casi 100). Además, en estas dos últimas materias se impusieron 11 sanciones de suspensión (2 y 9 respectivamente). En total, pues, 135 requerimientos y 11 sanciones de suspensión⁵⁶⁷. Destaca en este caso, en el estricto campo de referencia de los datos facilitados en la memoria de 1998, pues, que la actividad de control de cumplimiento de la normativa es importante, pero este control no acaba en sanciones más que en un número reducido de casos, y concretamente en forma de suspensión. Ningún otro tipo de sanción ha sido recogido en este período.

Ello no puede hacer olvidar, tal como se ha destacado anteriormente, la importancia que ha llegado a tener la posibilidad de adoptar medidas de sanciones pecuniarias desde la reforma de 1989⁵⁶⁸. Pero además, el hecho de que el número de requerimientos haya sido muy superior al de sanciones, sea ahora cual sea su contenido, no es un elemento que ponga de relieve la escasa relevancia de la actividad sancionadora de las AAI, en este caso del CSA, sino que, de forma más matizada, lo que hace es ofrecer datos interesantes en relación a la manera de ejercer esta potestad sancionadora. Lo que enlaza directamente con el tema de la oportunidad

⁵⁶⁶ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, *10^e Rapport...*, op. cit., p. 147.

⁵⁶⁷ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, *10^e Rapport...*, op. cit., T. I, pp. 148-149 y T. II (*Annexes*), pp. 160-169.

⁵⁶⁸ Por otra parte, en la propia memoria de 1998 se hace referencia a algún caso anterior de sanción pecuniaria en el ámbito de la televisión y a la recaudación, a 27 marzo 1998 de las multas impuestas por el CSA (*10^e Rapport...*, op. cit., pp. 147-148).

en el ejercicio de estos poderes y remite, pues, a apartados posteriores de este capítulo, especialmente en el momento de hacer referencia a la obligatoria *mise en demeure* antes de imponer una sanción.

- Finalmente, en relación al caso más reciente, el de la ART, cabe poner de relieve que en la memoria de 1998 se detallan los supuestos en los que esta autoridad ha recibido requerimientos a fin de imponer una sanción. Concretamente, se trata de tres casos: demanda de *France Télécom* por falta de respeto por parte de *Télécom Développement* de la obligación de igualdad de trato y de no discriminación entre los clientes; demanda de *Copper Communications* por incumplimiento por parte de *France Télécom* de su obligación de neutralidad y de secreto de las correspondencias; y demanda de *Cégétel* por falta de respeto por parte de *France Télécom* de su obligación de no utilizar para la explotación del servicio de telefonía móvil las informaciones nominativas que posee con otras finalidades. Ninguno de los tres casos, por consideraciones diversas (en los dos primeros, dando lugar al rechazo de la demanda), acabó dando lugar ni a requerimientos ni a sanciones⁵⁶⁹, en el contexto de una actuación, la de la ART, que cabrá continuar observando en el futuro, dada la novedad de la institución.

c. Una muestra de la actualidad y de las tensiones generadas por el ejercicio de la potestad sancionadora de las AAI: el impacto de algunas decisiones judiciales del año 1999

A pesar de que, como se ha visto, se puede calificar de continuo e irreversible el fenómeno del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las AAI en Francia, a nivel de previsiones legales y a nivel de aplicación práctica, lo cierto es que si el tema es objeto de importantes referencias en la actualidad, ello no es debido sólo a su carácter creciente, sino también y de forma especial a su carácter controvertido. El hecho de que la Administración activa sea titular de un poder de sanción siempre ha sido, efectivamente, objeto de sospecha y cautela, de forma general, en la doctrina francesa. Tal como ha dicho recientemente un autor precisamente al hilo del comentario del tema que ha centrado la polémica de las decisiones

⁵⁶⁹ Vid. Autorité de Régulation des Télécommunications, *Rapport public d'activité. L'année 1998*, París, T. II, pp. 192-197 y T. III., pp. 320-326.

jurisprudenciales a las que nos referimos, "malgré l'aval du juge constitutionnel, la notion de sanction administrative demeure une transgression de la théorie de la séparation des pouvoirs"⁵⁷⁰. Es evidente que este juicio en torno a la potestad sancionadora ejercida por las AAI (y por la Administración en general) difícilmente llegará a poner en peligro su propia existencia. Ya hemos dicho que su proceso de consolidación, y de forma muy especial en los últimos años en lo que se refiere a las AAI, ha sido rotundo.

Ahora bien, dejando de lado la cuestión más teórica, aunque no exenta de consecuencias prácticas, del fundamento de esta potestad sancionadora en manos de la Administración⁵⁷¹, es evidente que la vía en la que sí se traduce claramente la actitud de cierta desconfianza en relación a esta potestad es la de la forma de ejercerla. Ya que no se puede desposeer a la Administración de este poder de sanción, cabrá obligarla a ejercerlo con unas formas que lo aproximen lo máximo posible a la función jurisdiccional. Se habla, así, de una "jurisdiccionalización"⁵⁷² del poder de sanción administrativa. Y el *Conseil Constitutionnel*, no sin ciertas dudas⁵⁷³, ha ido creando toda una doctrina que establece límites, con la voluntad de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, al ejercicio de la potestad sancionadora, en un proceso que bien se podría presentar como el retorno de un orden a un panorama inicial de desorden⁵⁷⁴. Proceso que, como es bien sabido, también ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que la actividad sancionadora de las Administraciones, mucho más importante desde el punto de vista cuantitativo que en Francia, ha sido objeto de un proceso de aplicación de garantías inspiradas en gran parte en los principios del Derecho Penal y que en cualquier caso han de permitir el cumplimiento de los mandatos constitucionales.

⁵⁷⁰ Brisson, Jean-François, "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6&1 de la Convention européenne des droits de l'homme. À propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation", *AJDA*, 20 noviembre 1999, p. 853.

⁵⁷¹ Vid. una reflexión que encuentra un fundamento satisfactorio, de acuerdo con la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*, en la misión de servicio público a desarrollar por parte de la entidad administrativa, dentro de la que el poder de sanción deviene un complemento normal y necesario, en: De Corail, Jean-Louis, "Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression", *Mélanges René Chapus. Droit Administratif*, Montchrestien, París, 1992, especialmente p. 118.

⁵⁷² Vid. sobre los diversos aspectos que cabe distinguir en esta noción: Degoffe, Michel, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, París, 1996, pp. 29 y 42.

⁵⁷³ Derivadas especialmente del hecho de que la presencia de algunos elementos que aparecen en sus sentencias no siempre se sabe si constituyen elementos indispensables o simplemente son objeto de un juicio positivo; vid. Genevois, Bruno, "Le Conseil Constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (à propos de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989)", *RFDA*, 2-1989, p. 222.

⁵⁷⁴ Vid. Lefebvre, José, "La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre?", en *VVAA, Désordre(s)*, PUF, París, 1997, especialmente pp. 250 ss.

Pero hay diferencias. Aunque el resultado al que se llega, como por otra parte es inevitable, es a menudo muy parecido (por ejemplo en cuanto a la formulación de los principios aplicables a las sanciones administrativas: legalidad, proporcionalidad, etc.) el contexto y las formas ofrecen divergencias que no se pueden dejar de lado.

En primer lugar, para comenzar, si nos centramos en el caso de las AAI, cabría decir que el propio sujeto que es titular del poder de sanción presenta particularidades relevantes que pueden ayudar a explicar mejor la claridad con que les ha sido atribuida y ponen en práctica la potestad sancionadora. Así, se observa que sobre todo en el caso del CC pero también por ejemplo de la COB, la presencia de miembros procedentes de jurisdicciones (administrativa, ordinaria y contable) es importante⁵⁷⁵. Pero es cierto que, aunque la composición de las AAI intenta, de formas diversas, conseguir un grado de independencia importante⁵⁷⁶, no se puede negar su carácter de administraciones. Y que éstas sean titulares de una potestad de sanción, en el contexto de una cultura jurídica y política que sitúa en el centro de gravedad el valor de la libertad, la garantía judicial y la separación de poderes, hace que la cuestión continúe planteando dudas importantes⁵⁷⁷.

Y ello se ha de situar también en el marco de otro factor institucional diferencial, el del control de los tribunales ordinarios (no del orden administrativo) de las decisiones sancionadoras de ciertas AAI (precisamente CC y COB), control que, mediante la aplicación de las previsiones del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) y de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se muestra tradicionalmente

⁵⁷⁵ En relación al CC, 8 de los 17 miembros son "membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de Cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires" (art. 2.1 de la *ordonnance* de 1 diciembre 1986). En cuanto a la COB, 3 de los 9 miembros (10 si se cuenta el presidente) proceden de estos tres órganos (art. 2 de la *ordonnance* de 28 setiembre 1967). En lo que se refiere a otras AAI destaca el caso de la *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques* (sin poder de sanción propio, sin embargo): sus 9 miembros proceden, 3 en cada caso, de las tres jurisdicciones mencionadas (miembros o miembros honorarios) (art. L. 52-14 del *Code Électoral*). El mismo origen tienen también todos los miembros de una autoridad que actúa en un ámbito material muy próximo al anterior, la *Commission pour la transparence financière de la vie politique* (art. 3.I de la Ley de 11 marzo 1988, modificada por Ley de 4 enero 1996) también sin poder de sanción propio.

⁵⁷⁶ Sobre la importancia de esta perspectiva habla Degoffe, *La juridiction...*, op. cit., pp. 168-174.

⁵⁷⁷ "La France n'est pas considérée en principe comme un pays ayant privilégié la répression administrative par rapport à la répression pénale. Il appartient normalement aux tribunaux d'exercer le pouvoir de punir dans le cadre des principes posés par la loi. Issue de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, cette vieille tradition libérale place les droits et libertés sous la double protection du législateur et du juge (que l'on suppose indépendant et impartial)": Moderne, *Sanctions administratives...*, op. cit., pp. 26-27.

más exigente que la jurisdicción administrativa (*Conseil d'État*) en torno las reglas de igualdad e imparcialidad en el proceso.

Son estos los datos que concurren justamente en las decisiones jurisprudenciales de 1999 que han vuelto a poner en un primer plano el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las AAI. No nos interesará la exposición tanto de los detalles de la cuestión concreta, como las consideraciones generales que la han rodeado: el tipo de reacciones y el ámbito de su aplicación al conjunto de las AAI.

El núcleo y punto de partida de la polémica se sitúa en la sentencia de la *Cour de Cassation* (jurisdicción de máxima jerarquía en cuanto a los tribunales penales y civiles ordinarios) de 5 febrero 1999, que rechaza el recurso de la COB contra dos sentencias de la *Cour d'appel* (jurisdicción de derecho común y de segundo grado) que habían anulado dos decisiones de la COB de 12 setiembre 1996 que imponían dos sanciones pecuniarias de 500.000 francos al Sr. Oury por incumplimientos al reglamento n° 90-02 relativo a la obligación de información al público. El tribunal de casación juzga que la jurisdicción de apelación había justificado adecuadamente su decisión de anulación señalando que el *rapporteur* (la persona encargada de la instrucción, clave en el desarrollo del procedimiento, es quien tiene una visión global de la cuestión sometida a examen⁵⁷⁸) no podía participar en la deliberación que da lugar a la imposición de la sanción⁵⁷⁹. En definitiva, pues, la cuestión era la de la prohibición de acumulación de funciones de instrucción y de juicio final, regla básica del proceso penal pero que en su aplicación genera no pocos problemas en el procedimiento administrativo sancionador, aspecto que también se ha podido apreciar en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁸⁰, pero sobre la que ya hemos dicho que no entraremos en detalles⁵⁸¹.

Como hemos dicho, lo que interesa más en estos momentos es hacer referencia a las consideraciones generales que han rodeado estos acontecimientos. Son diversos los aspectos que desde este punto de vista han de ser remarcados.

⁵⁷⁸ Vid. Brisson, "Les pouvoirs de sanction...", op. cit., p. 856.

⁵⁷⁹ Datos detallados en: Commission des Opérations de Bourse, *Rapport...*, op. cit., p. 114.

⁵⁸⁰ Vid. la STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 y la STS 23 enero 1997 (Ar. 348), FJ 3, sobre la no exigencia en este punto de la aplicación mimética de los principios del Derecho Penal.

⁵⁸¹ Vid. sobre los detalles de la decisión de 5 febrero 1999 la publicación de la misma decisión y algunos comentarios en *Petites Affiches*, n° 29, 10 febrero 1999, pp. 3-20.

- En primer lugar, no es irrelevante indicar que el tema, lejos de limitarse a tener repercusión en el ámbito académico, tuvo una destacada presencia en la prensa escrita⁵⁸², algunas de cuyas reflexiones tendremos ocasión de comentar, dada su importancia para el tema que nos ocupa. El hecho de que temas estrictamente relacionados con el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de algunas AAI haya tenido, pues, esta dimensión, demuestra su carácter relevante y controvertido.

- En segundo lugar, cabe destacar que la reacción que inicialmente se mostró más intensa fue la de cuestionar el poder de sanción de las AAI afectadas, o, mejor, la manera de ser ejercido. La mera lectura de los títulos de los artículos dedicados al tema en el diario *Le Monde*, antes citados, así lo pone de relieve. Predomina, pues, de forma clara, el elemento tradicional de desconfianza en relación a la potestad sancionadora, con la voluntad de imponer soluciones más aproximadas al Derecho Privado, en una evolución del Derecho Público sometido en este punto a la presión del CEDH⁵⁸³. Y se pone de relieve que, así como desde la perspectiva europea (del CEDH) la COB es tratada como una jurisdicción, en derecho francés, tanto la máxima jurisdicción administrativa (*Conseil d'État*) como la jurisdicción constitucional (*Conseil Constitutionnel*) no ven en ella más que una autoridad administrativa, un análisis que no es el que hace la *Cour de Cassation*⁵⁸⁴. Lo cual comporta un punto de vista no exento de crítica en relación al *Conseil d'État*⁵⁸⁵, que, en efecto, ha tenido ocasión ya de pronunciarse en

⁵⁸² Concretamente, hemos podido recoger hasta 5 artículos e informaciones relativas al tema en el diario *Le Monde*:

- "La Cour de Cassation condamne les procédures de la COB", de 7-8 febrero 1999 (también el editorial de esta edición se centró en el tema, de forma muy interesante en relación a nuestro tema, como veremos).
- "La Cour de Cassation met en cause le fonctionnement des autorités de régulation", de 9 febrero 1999.
- "Les autorités de régulation françaises modifient leur fonctionnement interne", de 14 setiembre 1999.
- "La Cour de Cassation condamne les procédures du Conseil de la concurrence", de 7 octubre 1999.
- "Les autorités de régulation devant le Conseil d'État", de 21-22 noviembre 1999.

⁵⁸³ Aspecto que se comenta sobre todo en el primero de los artículos citado, a título de referencia a lo que ciertos observadores habían destacado sobre la sentencia de 5 febrero 1999. En un momento dado del artículo, sin embargo, se dice claramente que "Le droit privé prend le pas sur le droit public et administratif dans le cadre de l'organisation à la défense, et s'impose désormais à tous".

⁵⁸⁴ Aspecto recogido en el segundo de los artículos citados por parte de la profesora Marie-Anne Frison-Roche.

⁵⁸⁵ Así, en el tercero de los artículos de prensa mencionados, nuevamente la profesora Frison-Roche afirma que "le Conseil d'État persiste à ne pas vouloir déclarer applicable la CEDH aux procédures menées par les autorités administratives indépendantes, une catégorie juridique à laquelle appartiennent toutes ces autorités de régulation, sous prétexte qu'elles ne sont pas formellement des tribunaux".

una línea contraria a la decisión de la *Cour de Cassation*⁵⁸⁶. Sin embargo, tal como se ha dicho a la vista de sentencias recientes "il n'est pas interdit de penser que l'attitude de la juridiction administrative subit aujourd'hui de notables infléchissements"⁵⁸⁷.

En cualquier caso, y sin perjuicio de añadir algún matiz que se expondrá en el quinto punto, desde esta perspectiva de cuestionar los métodos en el ejercicio de la potestad sancionadora, queda claro el deseo expresado de poner orden en la regulación del procedimiento sancionador de las AAI, aspecto que forma parte de una tendencia general que se deriva de decisiones concretas que no se limitan al tema de la participación del *rapporteur* en la decisión final de sancionar⁵⁸⁸.

- En tercer lugar, al hilo de toda esta cuestión, también ha aparecido el tema de la categoría de las AAI. De alguna manera, y sin que ello suponga ignorar las importantes diferencias que existen entre las diversas AAI, el alcance de la situación creada a partir de la sentencia de 5 febrero 1999 ha hecho ver los aspectos comunes de estas entidades. Ello se ha concretado de diversas formas y a diferentes niveles. Desde el punto de vista de los comentarios, ya desde el primer momento se hizo extensivo el problema generado por la primera sentencia a AAI distintas de la COB, de forma que el replanteamiento al que da lugar

⁵⁸⁶ En la sentencia del *Conseil d'État* de 28 julio 1999, concretamente en las conclusiones del *commissaire du gouvernement* (miembro de la jurisdicción encargado, con independencia, de presentar en forma de conclusiones la solución que le parece apropiada, de acuerdo con el derecho, al problema jurídico planteado), Jean-Claude Bonichot (publicadas en *Petites Affiches*, nº 244, 8 diciembre 1999), se dice que "Il est vrai que la Cour de cassation a jugé que l'article 6 paragraphe I [de la CEDH] était directement applicable devant la Commission des opérations de bourse, mais il s'agit d'une position erronée qui ne trouve aucun fondement ni dans le texte de l'article 6 paragraphe I ni dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg".

En la información recogida en el último de los artículos citados se hace referencia a dos casos planteados ante el *Conseil d'État* en los que las conclusiones del *commissaire du gouvernement* también son contrarias a la exigencia de excluir el *rapporteur* de la deliberación final, a propósito de actuaciones (sanción en el primer caso, advertencia en el segundo) del *Conseil des marchés financiers* y de la *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*.

⁵⁸⁷ Sudre, Frédéric y Picheral, Caroline, "Introduction", en VVAA, "Les garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires", *Cahiers de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme*, Université de Montpellier I, nº 8, 2001, p. 9. Quizás un último eslabón en esta evolución viene representado por la sentencia de 20 octubre 2000 en cuanto a la imparcialidad. Vid., sin embargo, todavía, las críticas de Pierre Subra de Bieusses en su nota a la misma aparecida en *AJDA*, 12/2000, pp. 1075-1076.

⁵⁸⁸ Por ejemplo también se ha producido recientemente, a propósito de la COB, una decisión de la *Cour d'appel de Paris*, de 2 julio 1999, que obliga a esta autoridad (concretamente a propósito de los términos de la publicación de su memoria) a velar por un equilibrio adecuado entre obligación de información del mercado y respeto de la presunción de inocencia y de los derechos de defensa: *Petites Affiches* nº 206, 15 octubre 1999, pp. 6-10.

la primera sentencia se entendía necesario para el resto de AAI⁵⁸⁹. Desde el punto de vista normativo, la modificación casi inmediata que se llevó a cabo del reglamento de la COB que regula el procedimiento para impedir en el futuro la confusión de la tarea de instruir y participar o influir en la deliberación que impone la sanción⁵⁹⁰ se hizo extensiva a otras AAI, concretamente al CC e incluso, fuera de todo contencioso, a la ART⁵⁹¹. Desde el punto de vista jurisprudencial, cabe mencionar también que la sentencia de 5 febrero 1999 relativa a la COB, ha tenido continuidad, por parte de la *Cour de Cassation*, en relación concretamente al CC, con fecha 5 octubre 1999⁵⁹².

Todo un proceso, pues, de influencia mutua entre decisiones jurisprudenciales, reacciones normativas y comentarios que han dado lugar a una situación que ha descrito

⁵⁸⁹ Posición especialmente visible en el segundo artículo mencionado, de Frison-Roché, que después de analizar algunos aspectos diferenciales de otras AAI que no son la COB (*rapporteur* exterior a la autoridad, caso del CSA, con nombramiento por parte del *Conseil d'État*; asistencia del *rapporteur* a la deliberación sin votar, caso del CC) acaba afirmando que "c'est l'ensemble des procédures devant les autorités administratives indépendantes que les pouvoirs publics français doivent revoir".

⁵⁹⁰ Después de la reunión de 16 febrero 1999. La precisión es la siguiente: "Ni le Président ni aucun membre de la Commission ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a exercé les fonctions de rapporteur", publicada como "avis" en el *Journal Officiel de la République Française* de 25 febrero 1999.

⁵⁹¹ Dato que se recoge en el tercero de los artículos mencionados, de Frison-Roché. Concretamente en relación a la ART, se publica en el *Journal Officiel de la République Française* del 21 julio 1999 la *Décision n° 99-528 du 18 juin 1999 portant règlement intérieur*, que en su art. 22 (dentro del capítulo relativo al procedimiento para la adopción de las decisiones en aplicación del art. 36-11 del *Code des postes et télécommunications*) dispone que "Le collège délibère, hors la présence du rapporteur, de son adjoint, le cas échéant des parties mentionnées à l'article 20 et de la personne mise en cause, conformément aux règles de fonctionnement fixées au chapitre I^{er} ci-dessus".

Por otra parte, en relación al CSA cabe decir que en el mismo diario oficial, de 22 abril 1999, se publica el *Avis n° 99-2 de 12 avril 1999 del CSA "relatif au projet de loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée"*, en que se dice que "En ce qui concerne le régime des sanctions, il devrait être procédé à un aménagement rédactionnel prévoyant que le rapporteur désigné par le vice-président du Conseil d'État n'assiste pas au délibéré compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour de cassation relative à une sanction prononcée par la Commission des opérations de bourse". Finalmente, la Ley n° 2000-719, de 1 agosto 2000, que modifica la ley de 1986, opta por suprimir directamente el segundo apartado del art. 42-7, el que establecía la designación y rol del *rapporteur*.

⁵⁹² La referencia a esta decisión se recoge en el cuarto de los artículos citados. Una vez más, por cierto, se insiste en la oposición entre derecho privado y derecho público en unos términos no muy favorables a este último: "Pour elle ["la justice", es decir, en este caso, la *Cour de Cassation*] les procédures du droit privé l'emportent sur celles du droit administratif, beaucoup moins respectueuses de la défense". La decisión se encuentra publicada en *Petites Affiches*, n° 206, de 15 octubre 1999. Su comentarista, Claude Ducouloux-Favard, señala las importantes diferencias entre el origen y el rol del *rapporteur* en los procedimientos de la COB y del CC: en el caso del CC, éste se encuentra, desde el origen, integrado en la tarea de instrucción. Sea como sea, el hecho es que la participación en un acto de instrucción, de forma relevante o secundaria, implica una ausencia total de intervención en la toma de la decisión de la sanción administrativa: p. 6.

perfectamente Frison-Roche: "une sorte de droit commun de la régulation se met bien en place notamment en matière de procédure, de sorte que la décision retenue pour l'une des autorités est analysée comme exprimant une règle applicable aux autres"⁵⁹³. Podemos añadir que incluso este fenómeno de mimetismo ha acabado afectando a una entidad, la ART, cuya actividad sancionadora se encuentra sometida a recurso no ante la jurisdicción ordinaria, sino administrativa, ante el *Conseil d'État*⁵⁹⁴.

- En cuarto lugar, cabe decir también que si unimos el contenido de los dos anteriores puntos, esta línea de reflexión extraída de la inicial sentencia de 5 febrero 1999 ha podido dar lugar también, de una manera un poco más detenida, a conclusiones más profundas en relación a las implicaciones que esto puede comportar para el poder de sanción de las AAI en general. Porque, si se lleva hasta las últimas consecuencias la exigencia de la imparcialidad objetiva y estructural en particular, se puede llegar a cuestionar la existencia misma del poder de sanción en manos de unas autoridades encargadas además de desarrollar funciones de investigación y reglamentación⁵⁹⁵. De esta manera, se dice, se comprende mejor la posición de la jurisdicción administrativa⁵⁹⁶.

- Por último, en quinto lugar, no parece, sin embargo, que el resultado final de todo este proceso haya sido un debilitamiento global del rol de las AAI y de la potestad sancionadora reconocida por la ley a estas entidades. Es cierto que desde el primer momento se ha podido manifestar, al hilo de las resoluciones judiciales comentadas, una clara voluntad de limitar lo máximo posible la actuación sancionadora a través de una jurisdiccionalización de su ejercicio. Pero también es cierto que se ha recordado desde la propia doctrina francesa, a propósito de este caso, que, tal como ha establecido precisamente la jurisprudencia del TEDH, la intervención de autoridades administrativas puede dejar de satisfacer alguna de las exigencias del art. 6 CEDH, siempre que haya la posibilidad de un control jurisdiccional que garantice un proceso equitativo. De forma que, se dice, el órgano judicial ordinario francés ha adoptado un punto de vista más material incluso que el órgano judicial europeo, que no ignora totalmente

⁵⁹³ Afirmación expuesta en el tercero de los artículos mencionados publicados en el diario *Le Monde*.

⁵⁹⁴ Art. 36-11.4 del *Code des postes et télécommunications* tal como lo modifica la Ley nº 96-659, de 26 julio 1996.

⁵⁹⁵ Punto de vista expuesto por Brisson, "Les pouvoirs de sanction...", op. cit., p. 848.

⁵⁹⁶ Dado que, en definitiva, "c'est la conception même des spécificités juridiques de la régulation économique qui pourrait s'en trouver ébranlée"; "Devant l'ampleur des bouleversements envisagés, on comprend que le Conseil d'État répugne à franchir le pas": Brisson, "Les pouvoirs de sanction...", op. cit., pp. 848 y 859.

las clasificaciones formales⁵⁹⁷. Sin embargo, hay que apuntar inmediatamente que la *Cour de Cassation* no ha dejado de reconocer, aceptando los argumentos de la *Cour d'appel*, la jurisprudencia del TEDH consistente en admitir, por razones de flexibilidad y de eficacia, la intervención previa de una autoridad administrativa sin satisfacer plenamente las normas del art. 6.1 CEDH, siempre que haya un control judicial posterior con todas las garantías⁵⁹⁸.

Ahora bien, no es quizás este aspecto, importante en la medida en que permite hacer viable la decisión de atribuir potestad sancionadora a entidades administrativas sin que ello haya de implicar un mimetismo total en cuanto a las formas de actuar de los tribunales, lo que más ha sobresalido en el primer momento de las reacciones frente a estas resoluciones, sobre todo la de 5 febrero 1999. Nos interesa remarcar que esta resolución no parece haber sido percibida como capaz de poner en peligro la actuación futura de las AAI. Existe la percepción, como hemos dicho, de que la justicia ordinaria condena de forma importante la actuación de las AAI, pero en relación a los métodos, no a la misión y a las potestades de las que disponen⁵⁹⁹.

Y en este sentido resulta especialmente ilustrativo el contenido del editorial del diario *Le Monde* del 7-8 febrero 1999, que llevaba por título "Une meilleure COB" y que expresa una opinión clara en la línea de considerar que la resolución mencionada de la *Cour de Cassation* no ha de suponer un debilitamiento de la COB, que se califica como la "plus puissante, en France, des autorités de régulation", sino, bien al contrario, la posibilidad de mejorar y de hacer más respetable su actuación, con una opción de fondo favorable al hecho de disponer por parte de las AAI de una potestad sancionadora que permita actuar de forma eficaz. El respeto de los derechos de defensa no ha de ser incompatible con esta situación⁶⁰⁰. Así pues, la

⁵⁹⁷ Brisson, "Les pouvoirs de sanction...", op. cit., pp. 849 y 850.

⁵⁹⁸ Sentencia de 5 octubre 1999, sobre el CC.

⁵⁹⁹ En el primero de los artículos mencionados del diario *Le Monde*, se dice que "La COB, elle, est soulagée. Elle craignait de voir ses missions remises en cause. La Cour de Cassation ne condamne que ses méthodes". Y en la misma memoria de la COB del año 1998, publicada después de la decisión de 5 febrero 1999, se dice que "Cette décision permet de clarifier la procédure de sanction suivie par la COB et dont la Cour d'appel avait, au demeurant, constaté la conformité aux textes législatifs et réglementaires en vigueur" (COB, *Rapport...*, op. cit., p. 114).

⁶⁰⁰ Estos son algunos de los fragmentos más destacados del editorial: "Dans l'histoire [...] de la COB [...] la date du 5 février 1999 ne sera pas celle d'une défaite"; "la Cour de Cassation lui donne l'occasion d'être plus inattaquable dans ses jugements et sanctions"; "ces institutions obtiennent bien souvent des résultats plus tangibles que ceux auxquels le recours systématique à la justice permettrait de parvenir. Dans des domaines souvent très techniques, il est nécessaire de pouvoir réagir vite et bien"; [otra vez en relación a la COB] "Plus forte et mieux respectée, elle doit renoncer à une justice sommaire. Le non-respect des droits de la défense est

idea de que una nueva etapa comienza en el desarrollo de las actividades de las AAI, especialmente de la COB, implica precisamente que la importancia y los medios utilizados para realizar su misión se consolidan. Consolidación que permite precisamente la compatibilidad de la eficacia y del respeto de los derechos y garantías constitucionales (por otra parte ya exigido desde hacía tiempo, por la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*) dándose lugar a una situación en la que, más que un "triunfo" del Derecho Privado sobre el Derecho Público, tal como se trató de presentar en algún momento el panorama resultante de la sentencia comentada, se constata una vez más la interpenetración de las diversas ramas del Derecho a causa de la complejidad progresiva en la organización y en las misiones a cumplir en la sociedad por parte de los poderes públicos⁶⁰¹.

B. La paradoja de la disponibilidad de la potestad sancionadora por parte de las AAI

Se produce, pues, una cierta normalización, en los términos expuestos en los anteriores apartados, de la atribución y del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las AAI, y ello hasta el punto de que en Francia, el tratamiento más reciente y prolijo de la extensión de la potestad sancionadora y de su transformación se encuentra directamente ligado a estas entidades en concreto⁶⁰². Así, en el estudio realizado por el *Conseil d'État* sobre los poderes

toujours un aveu de faiblesse".

En semejantes términos se han expresado algunos comentaristas. Así, en relación a la resolución judicial de 5 febrero 1999, se ha comentado que "Les présentes décisions seront peut-être considérées comme un échec pour la COB, qui a elle-même présenté le pourvoi, mais, à terme, elles lui seront bénéfiques si elle en tire tous les enseignements. Personne ne peut vraiment souhaiter un affaiblissement de cet organisme dont le rôle est si important dans le domaine financier et boursier": "note", en *Petites Affiches* nº 29 de 10/2/99, p. 13. En una entrevista publicada en la misma fuente que se acaba de citar, Marie-Anne Frison-Roche afirma que "je ne crois pas que cet arrêt constitue un obstacle au développement des autorités de régulation. [...] L'arrêt ne dit à aucun moment que l'organisme est illégitime dans le cumul des pouvoirs dont il dispose. [...] Simplement, à l'intérieur de l'autorité, il est nécessaire de distinguer les fonctions suivant les personnes qui les exercent, c'est tout" (p. 18). Y a propósito de la decisión comentada de 5 octubre 1999, pero teniendo en cuenta también la decisión relativa a la COB, se ha dicho que "le moment semble venu de revoir et d'unifier l'ensemble des procédures répressives administratives. Les administrations de mission ne pourront qu'y gagner en autorité": Ducouloux-Favard, "note", en *Petites Affiches* nº 206 de 15/10/99, p. 6.

⁶⁰¹ Sobre la unidad progresiva de régimen como resultado de la aplicación del CEDH vid. por ejemplo: Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., p. 472.

⁶⁰² Insiste en este dato distintivo en relación a España, Rebollo Puig, Manuel, "Las sanciones administrativas en el Derecho francés", en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*,

de sanción de la Administración, se ha destacado que "Le champ des sanctions administratives s'est considérablement élargi avec le développement des autorités administratives indépendantes"⁶⁰³. Y se ha llegado a decir que las AAI "sont destinées à devenir, semble-t-il, la forme d'organisation de droit commun du mécanisme coercitif extra-pénal"⁶⁰⁴. Lo cual no quiere decir que la potestad sancionadora deje de ser ejercida por otras Administraciones Públicas⁶⁰⁵, ni que la potestad administrativa sancionadora no tuviera precedentes importantes al margen de estas autoridades⁶⁰⁶, pero sí que ha implicado, por ejemplo, que las principales resoluciones del *Conseil Constitutionnel* sobre el ejercicio y los límites de la potestad administrativa sancionadora, haya tenido lugar a propósito de estas entidades⁶⁰⁷.

Ahora bien, lo primero que suscita la presencia de la potestad sancionadora en manos de las AAI es, y más teniendo en cuenta este protagonismo en el conjunto de la actividad sancionadora de la Administración Pública, una idea de cierta contradicción, de paradoja, al menos. Si se ha dicho que uno de los rasgos más destacados de estas entidades es el de la búsqueda de una aplicación del derecho que permita prescindir lo máximo posible de técnicas

Universidad de Córdoba, 1991, p. 432.

⁶⁰³ Conseil d'État, *Les pouvoirs...*, op. cit., p. 44. Moderne explica, en relación a la evolución del derecho contemporáneo francés en el ámbito de las sanciones administrativas, confirmando su presencia creciente, que "Il s'agit pour l'essentiel de l'apparition de nouvelles autorités, dites autorités administratives indépendantes, qui ont été immédiatement dotées de pouvoirs de répression autonomes. Certes, elles n'en disposent pas toutes au même degré, mais c'est là un trait caractéristique de quelques unes d'entre elles et non des moindres": *Sanctions administratives...*, op. cit., p. 31. Por último, también recordaremos que Guédon señala que "il est curieux de constater que ce développement [el de la represión administrativa] est, ces dernières années, essentiellement marqué par l'attribution (ou le renforcement notable) du pouvoir de sanction à certaines AAI" (*Les autorités...*, op. cit., p. 118).

⁶⁰⁴ Dellis, *Droit pénal et droit administratif...*, op. cit., pp. 321-322.

⁶⁰⁵ A título de mero ejemplo, y dentro del ámbito de la aviación civil, en el que ya habíamos visto que se producía la intervención de una nueva AI, cabe decir que, también de forma reciente, el *Décret* nº 99-475, de 4 junio 1999 establece sanciones administrativas para los incumplimientos de ciertas disposiciones del *Code de l'aviation civile*, modificando algunos de sus preceptos. Y es el "ministre chargé de l'aviation civile" quien puede pronunciar las multas correspondientes, decisión que se toma después de consulta de la *Commission administrative de l'aviation civile*: arts. R. 160-1 y R. 330-20 del *Code de l'aviation civile* (segunda parte), tal como quedan modificados por el decreto citado.

⁶⁰⁶ Vid. Mourgeon, Jacques, *La répression administrative*, LGDJ, París, 1967, pp. 9-15; Lascoumes y Barberger, *Le droit pénal administratif...*, op. cit., pp. 5-8; Lozano Cutanda, Blanca, "Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: "despenalización" y garantía", *RAP*, nº 121, 1990, pp. 405-412.

Desde una perspectiva concreta relevante, la del tráfico, vid. Auby, J.-M., "Les sanctions administratives en matière de circulation automobile", *Recueil Dalloz*, 1952.

⁶⁰⁷ Vid. una síntesis de las primeras decisiones del órgano de control constitucional en Rebollo Puig, "Las sanciones administrativas...", op. cit., pp. 461-472.

imperativas, optando por medios de conciliación, de acuerdo, de consejo, de recomendación, de opinión, de actuación informal⁶⁰⁸, más propias de la llamada función de regulación, ¿no sería más lógico que la potestad sancionadora, paradigma mismo de las técnicas de imposición, no formara parte de los poderes de las AAI? La sanción quedaría excluida, en principio, de esta tendencia que de alguna forma remite a otras vías de formación del derecho diferentes de las tradicionales⁶⁰⁹. Por parte de la doctrina francesa ésta ha sido, efectivamente, una reacción prácticamente unánime. Esta reacción centrada en la afirmación de la paradoja que supone la atribución y el desarrollo por parte de las AAI de poderes de sanción, se puede observar a dos niveles de formulación.

En un primer nivel, la reacción se presenta a través de una formulación de la sorpresa causada por el fenómeno y de una presentación de la imagen de las AAI a la que da lugar, acompañada de un intento de explicación de las causas. Así, se dice que el desarrollo de la represión administrativa en relación a las AAI es una constatación sorprendente, mostrando su "double visage": autoridades morales que utilizan medios de persuasión pero también vectores de una intervención más tradicional del poder público mediante el ejercicio de prerrogativas con efectos de fuerte componente obligatorio. Y es que, se añade, si la regulación sin sanción es posible y deseable, siendo un objetivo esencial, no es menos cierto que en algunos casos la eficacia parece necesariamente pasar por medios más contundentes⁶¹⁰. O al menos, cabe intuir, por su mera presencia, quizá necesaria para el buen funcionamiento del resto de facultades de estas entidades.

En un segundo nivel podemos decir, enlazando con un aspecto que ya se había comenzado a comentar más arriba, que la presentación de esta paradoja ha adoptado una mayor profundidad cuando se ha explicitado lo que la atribución y ejercicio de la potestad sancionadora comporta en cuanto a la evolución del derecho en general. Una reflexión que

⁶⁰⁸ Vid. Gaudemet, Yves, "Les actions administratives informelles", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1994, n° 2, especialmente pp. 648-649.

⁶⁰⁹ Vid. Timsit, Gérard, *Les noms de la loi*, PUF, París, 1991, p. 194 y, del mismo autor, *Archipel de la norme*, op. cit., p. 59. Vid. también: Ost, François, "Le rôle du droit: de la vérité révélée à la réalité négociée", en Timsit, Gérard; Claisse, Alain y Belloubet-Frier, Nicole (dir.), *Les administrations qui changent. Innovations techniques ou nouvelles logiques?*, PUF, París, 1996, p. 80; Timsit, Gérard, "Les deux corps du droit...", op. cit., p. 387; Belloubet-Frier, Nicole y Timsit, Gérard, "L'Administration en chantiers", *Revue du Droit Public*, 2-1994, p. 305; Timsit, Gérard, *Théorie de l'Administration*, Economica, París, 1986, pp. 58 y 80-81.

⁶¹⁰ Guédon, *Les autorités...*, op. cit., pp. 118-119. La formulación de esta paradoja también se puede ver en: Delmas-Marty y Teitgen-Colly, *Punir sans juger?...*, op. cit., pp. 7 y 17.

entra más en el fondo de las implicaciones de teoría del derecho que tiene la doble faz o la ambigüedad de las AAI antes mencionada, y que ahora se predica en relación al proceso de "déréglementation". Desde esta perspectiva, se ha dicho que si la creación de las AAI permitía poner en juego otro tipo de regulación con una menor presencia del derecho ("droit mou", derecho flexible, autoridad moral), en cambio su evolución muestra que su consolidación es paralela a un retorno al derecho clásico, aspecto que se traduce tanto en la producción por parte de las AAI de un derecho "dur" como en el hecho de ser objeto de un encuadramiento jurídico más estrecho⁶¹¹. Y en el contexto de este "retorno al derecho" o, si se quiere, al derecho tradicional, se sitúa, naturalmente, la atribución de poderes sancionadores, que participa de la tendencia a hacer más rígido el tipo de intervención de estas autoridades⁶¹².

Es, por tanto, una forma de entender el derecho lo que se encuentra en juego cuando se habla de la creación de las AAI y de la atribución a estas entidades de potestades como la sancionadora, dado que se habla del "retorno al derecho", del derecho y del "no-derecho". Se trata de una cuestión de teoría general que evidentemente va más allá de las pretensiones de este trabajo, pero que no deja de tener implicaciones a la hora de resolver algunas preguntas planteadas en torno al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las AAI y de sus implicaciones. Se trata de una perspectiva que se encuentra en la base del tema de la discrecionalidad y la oportunidad en el ejercicio del poder de sanción, y que trataremos a partir de estos momentos.

C. La necesidad de formular una hipótesis: las AAI como campo idóneo de desarrollo de criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora

Hasta ahora se ha visto que por una parte se constata una creciente importancia de la potestad sancionadora en el marco de la actuación de las AAI y que, por otra parte, su

⁶¹¹ Es el punto de vista expuesto por Decoopman, Nicole: "À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation", en: Clam, Jean y Martin, Gilles (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, París, 1998. Vid. p. 254. Sobre las repercusiones que puede tener el control jurisdiccional, la misma autora ha señalado que "le contrôle juridictionnel selon les techniques éprouvées du droit administratif n'aboutit pas à la perte de spécificité des instances de régulation; cependant, la juridictionnalisation de leur activité n'est pas sans porter atteinte à leur vocation originaire": Decoopman, Nicole, "Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes", en VVAA, *Le droit administratif en mutation*, PUF, París, 1993, p. 230.

⁶¹² Decoopman, "À propos des autorités...", op. cit., p. 255.

presencia se contempla como una paradoja en la evolución del tipo de regulación que parecía suponer la creación de estas entidades.

Creemos que las paradojas son hechos constitutivos de toda realidad social y por tanto también del derecho, pero ello no ha de impedir una reflexión sobre los elementos de las afirmaciones comentadas anteriormente. ¿Hay algún factor que permita matizar afirmaciones como la consistente en decir que la atribución de poderes de sanción forman parte de un retorno al derecho por parte de las AAI? Es posible que así sea si se retoma la perspectiva del contexto institucional y se relaciona con la consideración de criterios de discrecionalidad y de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, sin olvidar el aspecto subyacente de la concepción que se tenga del derecho y de la norma jurídica en particular.

Lo que sí parece claro es que resulta necesario, ante la contundencia de los hechos y de las dudas teóricas que ha generado, formular una hipótesis. La provisionalidad propia de toda hipótesis estará especialmente justificada en la medida que la evolución de la creación y de la actuación de las AAI no es, aun habiendo ya datos presentes abundantes para el estudio, un tema cerrado, sino que se encuentra en permanente movimiento y sobre cuyo futuro habrá pues que seguir atentos⁶¹³.

Nuestra hipótesis es que el de las AAI es un campo idóneo para el desarrollo de criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Esta formulación, sin embargo, merece alguna explicación adicional.

En primer lugar se ha de puntualizar que este desarrollo no ha de ser nunca incompatible con la protección de las garantías constitucionales o de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos oportunos, algunos de los cuales aparecerán al hilo del comentario de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*.

En segundo lugar, se parte del conocimiento de las características básicas de las AAI que han sido objeto de exposición en apartados anteriores (tendencia a la búsqueda de mecanismos no totalmente imperativos y acumulación de funciones).

⁶¹³ Movimientos futuros que habrá que ver, pues, cómo inciden en la atribución y ejercicio de las diferentes potestades de las AAI. Así, se ha indicado recientemente que "Lors de la préparation, au printemps 1999, d'un projet de loi sur la sûreté nucléaire, qui entend instituer dans ce domaine une nouvelle autorité administrative indépendante, il est ainsi apparu que les attributions de police en particulier relèvent des seules autorités placées sous la dépendance hiérarchique du gouvernement": Stirn, Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, LGDJ, París, 1999, p. 128.

En tercer lugar, el aspecto concreto de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora permitiría entender mejor el proceso que ha llevado al resultado de la paradoja comentada anteriormente: se trata de ver el rol ocupado por esta potestad y los términos en que pasa a ser ejercida en el contexto institucional de actuación de las AAI. Esta hipótesis no deja de presuponer una cierta concepción del derecho, de la norma, y de sus transformaciones. Básicamente, lo que plantea es la duda de si la potestad sancionadora puede ser dejada al margen del proceso general de transformación del derecho: creemos, efectivamente, que la potestad sancionadora también experimenta transformaciones en el marco institucional de las AAI, pero éste será un aspecto a verificar y desarrollar con más detenimiento en posteriores análisis y conclusiones.

Finalmente la hipótesis se tendrá que confirmar con un estudio sobre los materiales a los que hay que recurrir para caracterizar el ejercicio de la potestad sancionadora de las AAI: la forma de la atribución por parte de las leyes y la jurisprudencia que ha recaído sobre el tema, en este caso tanto del *Conseil d'État* como del *Conseil Constitutionnel*.

5. Discrecionalidad y oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de las AAI

Veamos, pues, ordenadamente, los datos que nos ofrecen las diversas fuentes mencionadas sobre el tema objeto de nuestro estudio.

A. La regulación legal

Es necesario, pues, para poder confirmar las posibilidades teóricas anteriormente mencionadas, exponer los datos y los resultados globales a propósito de las normas que regulan las potestades de estas autoridades que cuentan con el poder de imponer sanciones. Nuevamente nos centraremos en la regulación concreta de las cuatro AAI que hemos venido destacando: CC, COB, CSA y ART⁶¹⁴.

⁶¹⁴ Las citas de preceptos concretos, que en este caso, por su frecuencia incorporamos en el texto, se refieren a las normas citadas con anterioridad, donde se halla la regulación del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las cuatro AAI mencionadas.

a. Los datos del derecho positivo

En relación, en primer lugar, al CC:

- Examina si las prácticas que se someten a su análisis, de oficio o por parte de diferentes sujetos (ministro de economía; empresas; entidades territoriales; organismos profesionales; sindicatos; organizaciones de consumidores reconocidas; cámaras de agricultura, oficios, comercio e industria -también lo pueden hacer otras AAI como el CSA o la ART-) entran en el campo de las prácticas prohibidas y pronuncia, si corresponde, sanciones y órdenes (art. 11).

- Puede ordenar a los interesados que pongan fin a las prácticas anticompetitivas en un plazo determinado o imponer condiciones particulares. Sobre todo, hay que apuntar que puede infligir una sanción pecuniaria aplicable inmediatamente o bien en caso de inejecución de las órdenes. Estas sanciones son proporcionales a la gravedad de los hechos reprochados, a la importancia del daño causado a la economía y a la situación de la empresa o del organismo sancionado. Son determinadas individualmente para cada empresa u organismo sancionado y de forma motivada para cada sanción. Puede ordenar la publicación de las sanciones (art. 13).

- Cabe asimismo hacer observar que si las medidas y órdenes previstas en los arts. 12 (medidas provisionales) y 13 no son respetadas, puede pronunciar una sanción pecuniaria dentro de los límites fijados en el art. 13 (art. 14),

En relación a la COB:

- Puede ordenar a ciertas sociedades proceder a publicaciones rectificativas en el caso de que se observen inexactitudes u omisiones en documentos publicados (art. 3).

- Puede recibir de todo interesado las reclamaciones, peticiones o denuncias (*plaintes*) que entran en la materia de su competencia y adoptar las actuaciones que correspondan (art. 4).

- Puede ordenar que se ponga fin a las prácticas contrarias a sus reglamentos, cuando estas prácticas den lugar a ciertos efectos (art. 9-1)⁶¹⁵.

⁶¹⁵ El art. 1 del Decreto n° 90-263 de 23 marzo 1990 dispone que la notificación precisa, si se presenta el caso, un plazo.

- Puede, frente a los autores de las prácticas apuntadas en el artículo precedente, después de un procedimiento contradictorio, pronunciar las siguientes sanciones: una sanción pecuniaria que no puede superar los 10 millones de francos; o, cuando han sido obtenidos beneficios, una sanción pecuniaria que no puede superar el décuplo de su importe. El importe de la sanción pecuniaria ha de estar en función de la gravedad de los incumplimientos cometidos y en relación a las ventajas o los beneficios obtenidos de estos incumplimientos (art. 9-2).

- Cuando una práctica contraria a las disposiciones legislativas o reglamentarias puede atentar contra los derechos de los ahorradores, el presidente de la comisión puede someter al tribunal la pretensión (*demandar en justice*) de que se ordene a la persona responsable que se conforme a estas disposiciones, que ponga fin a la irregularidad o que suprima sus efectos (art. 12-2).

En cuanto al CSA:

- En caso de incumplimiento grave del *Institut national de l'audiovisuel* de sus obligaciones, dirige observaciones públicas al consejo de administración y puede igualmente ordenar al presidente que adopte, dentro de un cierto plazo, las medidas necesarias para hacer cesar el incumplimiento (modificación llevada a cabo por el art. 6 de la Ley nº 94-88 de 1 febrero 1994, que introduce un art. 49-1 en la Ley nº 86-1067).

- Controla el respeto, por parte de la sociedad titular de una concesión, de las obligaciones contenidas en el contrato de concesión y en el pliego de condiciones anexo. Si constata que la sociedad concesionaria ha faltado a estas obligaciones, somete al Gobierno una propuesta de sanción (art. 28 de la Ley nº 89-25, que modifica el art. 105 de la Ley nº 86-1067).

- En caso de incumplimiento de las obligaciones que resultan de las disposiciones de la ley y para la ejecución de sus misiones, su presidente puede someter al tribunal la pretensión de que se ordene a la persona responsable que se conforme a estas disposiciones, que ponga fin a la irregularidad o que suprima sus efectos (art. 19, que modifica el art. 42-10).

- Puede adoptar un requerimiento, que se hace público, en relación a los editores y distribuidores de servicios de radiodifusión sonora o de televisión (sujetos que sustituyen a los titulares de autorización para la explotación de un servicio de comunicación audiovisual en la reforma de la Ley nº 2000-719, art. 71) para que respeten las obligaciones que les imponen

los textos legislativos y reglamentarios y los principios definidos en el art. 1 de la Ley nº 86-1067. La adopción de este requerimiento puede ser demandada por determinados sujetos, entre los que destacaremos organizaciones profesionales y sindicales representativas del sector de la comunicación audiovisual (art. 19, que modifica el art. 42).

- Cabe hacer observar que si un editor o un distribuidor de servicios de radiodifusión sonora o de televisión no se conforma a los requerimientos que le han sido dirigidos (aspecto que sustituye tras la reforma del art. 71 de la Ley nº 2000-719 al supuesto, anteriormente vigente de que el titular de la autorización no respetara las obligaciones anteriormente mencionadas o no se conformara a los requerimientos que se le han dirigido), el CSA puede pronunciar frente a él, teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento, una de las sanciones siguientes⁶¹⁶ (art. 19 que modifica el art. 42-2):

i. La suspensión, (después del requerimiento antes de la reforma del año 2000), de la autorización o de una parte del programa por un mes como máximo.

ii. La reducción de la duración de la autorización dentro del límite de un año.

iii. Una sanción pecuniaria acompañada eventualmente de una suspensión de la autorización o de una parte del programa, si el incumplimiento no es constitutivo de una infracción penal.

iv. La revocación de la autorización.

Cabe remarcar que en el caso de sanción de suspensión de la autorización la ley imponía, antes de la reforma de 2000, explícitamente un requerimiento previo. En cuanto a la sanción pecuniaria, su importe se ha de fijar en función de la gravedad de los incumplimientos cometidos y en relación a las ventajas obtenidas del incumplimiento, sin poder superar el 3% de la cifra de negocios exceptuando impuestos, realizada durante el último ejercicio cerrado calculada sobre un período de 12 meses. Este máximo llega al 5% en caso de nueva violación de la misma obligación (art. 19 que modifica el art. 42-2).

⁶¹⁶ Esta regulación, en estos dos últimos puntos, es realmente muy parecida a la regulación del poder de sanción de la *Commission de contrôle des assurances*, con la diferencia de disponer esta última de otros tipos de sanciones que ahora no detallaremos: arts. L. 310-17, 310-18 y 310-18-1 del *Code des assurances*. Similitud que ha recordado explícitamente el *commissaire du gouvernement* Denis Piveteau (publicadas en *AJDA* de 20 abril 1996) en el supuesto planteado en la sentencia del *Conseil d'État* de 21 febrero 1996.

- En caso de modificación sustancial de los datos a la vista de los que la autorización había sido concedida, especialmente de los cambios sucedidos en la composición del capital social o de los órganos de dirección y en las modalidades de financiación, la autorización puede ser revocada sin requerimiento previo (art. 19, que modifica el art. 42-3).

- En caso de incumplimiento de las obligaciones que incumben a los titulares de autorización, puede ordenar la inserción en los programas de un comunicado del que fija los términos y las condiciones de difusión. El rechazo de conformarse a esta decisión es susceptible de una sanción pecuniaria (art. 19, que modifica el art. 42-4).

d. Finalmente, por lo que se refiere a la ART:

- Puede, de oficio o a petición del ministro encargado de las telecomunicaciones, de una organización profesional, de una asociación reconocida de usuarios o de una persona física o jurídica afectada (también lo puede hacer el CC), sancionar los incumplimientos que constata de las disposiciones legislativas y reglamentarias o de las decisiones tomadas para asegurar su aplicación. Esta potestad de sanción se ejerce con la condición de un requerimiento de conformarse a las obligaciones en un plazo determinado, requerimiento que puede hacerse público. Si no hay conformidad en los plazos fijados en el requerimiento (o en la decisión tomada en aplicación del art. 36-8: decisiones de ciertos conflictos de interconexión o de acceso a una red de telecomunicaciones), puede pronunciar una de las siguientes sanciones:

i. O bien, en función de la gravedad del incumplimiento, la suspensión total o parcial, por un mes como máximo, la reducción de la duración, dentro del límite de un año, o la revocación de la autorización;

ii. O bien, si el incumplimiento no es constitutivo de una infracción penal, una sanción pecuniaria, cuyo importe es proporcional a la gravedad del incumplimiento y a las ventajas obtenidas, sin poder superar el 3% de la cifra de negocios exceptuando impuestos del último ejercicio cerrado, que puede llegar al 5% en caso de nueva violación de la misma obligación. A falta de actividad que permita determinar este límite, el importe de la sanción no puede superar un millón de francos, llevado a dos millones y medio en caso de nueva violación de la misma obligación (art. 36-11).

- En ciertos casos -las autorizaciones sometidas a las disposiciones del art. 33-1.III (participación de personas de nacionalidad extranjera), en caso de cambio sustancial en la

composición del capital social-, la revocación se puede producir sin requerimiento previo (art. 36-11).

b. Consideraciones sobre los resultados globales obtenidos a partir de los datos normativos

A partir de los datos que han sido descritos en relación a las normas que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora de las cuatro AAII consideradas, se puede formular una conclusión en relación a la discrecionalidad y la oportunidad en el ejercicio de esta potestad por parte de las AAII. Seguiremos el mismo esquema que el expuesto al tratar la distinción conceptual entre discrecionalidad y oportunidad y sus implicaciones en las sanciones administrativas.

a. En primer lugar, en relación a la discrecionalidad, se ha de diferenciar:

a.1 La decisión de sancionar o no:

- Existe una pluralidad de mecanismos de respuesta a los incumplimientos, a las situaciones irregulares. Entre estos mecanismos se encuentran con frecuencia órdenes que tienden a rectificar estas situaciones, a suprimir sus efectos. La sanción constituye otro medio, pero no el único o el principal, que además suele venir introducido con una fórmula que al menos literalmente parece indicar una facultad más que una obligación inmediata.

- No había en principio un escalonamiento estricto entre los mecanismos de advertencia, de orden y de sanción, y decimos en principio puesto que ello se ha ido excepcionando en los casos de la ART y del CSA desde la reforma de 2000 en lo que se refiere al requerimiento y la sanción. A pesar de lo cual, ya parecía normal anteriormente pensar que, al menos en ciertos casos, la sanción viniera precedida de otra medida⁶¹⁷.

a.2 El tipo y contenido de las sanciones. De forma muy paralela en el caso de las cuatro AAII estudiadas se puede decir lo siguiente:

- La ley fija los tipos de sanciones posibles (sanción pecuniaria, suspensión, revocación, etc.).

- Fija también un máximo (un millón de francos, un mes de suspensión, etc.).

⁶¹⁷ Cabe hacer aquí una remisión a lo que se dirá al hilo de la jurisprudencia recaída sobre este tema.

Sin embargo, a veces la ley habla sólo de "propuesta de sanción" (art. 28 que modifica el art. 105.III en el caso del CSA) y de "sanción pecuniaria" sin un máximo (art. 19 que modifica el art. 42-4 en el caso también del CSA). ¿Se debe interpretar en estos casos puntuales que existe una libertad absoluta en la determinación del tipo de sanción y de su importe? Parece claro que la respuesta no puede ser positiva dado el proceso de control de la actividad sancionadora que progresivamente ha ido perfilando criterios de limitación de acuerdo con principios generales de tanta relevancia en este ámbito como el de la proporcionalidad. Actividad de control en la que, además, se habrá de tener en cuenta la interpretación sistemática de estos preceptos en relación a los límites presentes en los demás artículos comentados.

- Proporciona también criterios de elección de la sanción (gravedad del incumplimiento) y de graduación de las sanciones pecuniarias (gravedad del incumplimiento, ventajas que se obtienen, etc.) sin fijar cifras exactas.

- En el marco de estos límites, pues, las AAI, en general, pueden escoger el tipo de sanción en función de la gravedad del incumplimiento, el importe de la sanción pecuniaria en función también de las ventajas que se obtienen⁶¹⁸ y la imposición en ciertos casos de sanciones complementarias o añadidas⁶¹⁹ con un margen bastante amplio⁶²⁰.

Se puede decir, pues, a partir de estas observaciones, que existe en la mayor parte de los casos un margen importante de elección para las AAI en relación a la decisión de sancionar o de tomar otras medidas, en casos relevantes con la expresa previsión del requerimiento previo como antesala de la sanción, y también en relación al contenido de la sanción. Habrá que ver, en su momento, lo que han dicho los tribunales al respecto.

⁶¹⁸ Esta posibilidad de elección también llega a la de añadir o sustituir una sanción pecuniaria en relación a otros tipos de sanciones en el caso de la *Commission bancaire* (art. 45 de la Ley de 24 enero 1984 modificada por la Ley de 2 julio 1996. Sobre la utilización en la práctica de este mecanismo, vid.: *Commission bancaire, Rapport 1998*, París, p. 144). La doctrina francesa comenta, no obstante, que dado que la ley prevé que esta autoridad es una jurisdicción administrativa cuando decide en materia disciplinaria, escapa, en esta medida, a la categoría de las AAI (Gentot, *Les autorités...*, op. cit., p. 108; Guédon, *Les autorités...*, op. cit., p. 121).

⁶¹⁹ Arts. 42-1.3º -"Une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension"- y 42-4 -inserción de comunicado- en el caso del CSA.

⁶²⁰ Vid. en general sobre el carácter facultativo de las sanciones complementarias: Delmas-Marty y Teitgen-Colly, *Punir sans juger?...*, op. cit., pp. 82-83. En el caso del CSA, vid.: Chevallier, Jacques, "De la CNCL au Conseil supérieur de l'audiovisuel", *AJDA*, 20 febrero 1989, p. 75, insistiendo en el amplio margen de apreciación de la adopción de la sanción de inserción de un comunicado.

b. En segundo lugar, en cuanto a la oportunidad, se puede afirmar también en la mayor parte de los casos la presencia de este elemento dado que:

b.1 En relación a la decisión de sancionar o no, según la redacción de las leyes, se diría que el hecho de optar por una medida de advertencia o de orden, o de sanción, depende de la apreciación de las circunstancias del caso particular; la ley simplemente utiliza la expresión "puede".

b.2 En relación al contenido de la sanción, se puede hablar de la existencia de la oportunidad si se interpreta, como parece plausible, que el criterio de la gravedad del incumplimiento implica una apreciación de las circunstancias particulares en el marco de la regulación del sector. En este sentido, cabe recordar que el art. 13 de la *ordonnance* de 1 diciembre 1986, en el caso del CC, habla por ejemplo del criterio del daño ocasionado a la economía o de la situación del sujeto sancionado, aspectos que remiten a una valoración de las circunstancias que concurren en cada caso concreto⁶²¹.

B. La jurisprudencia

El análisis aislado de la regulación legal de una cuestión difícilmente puede resultar suficiente. Siempre se tiene que completar el punto de vista de los preceptos legales con la aplicación y la interpretación que de ellos hacen los tribunales. En este caso, dada la dimensión de los problemas que plantea la existencia misma y el ejercicio de poderes de sanción en manos de las autoridades administrativas independientes, la jurisprudencia a tener en cuenta es tanto la del *Conseil Constitutionnel* como la del *Conseil d'État*. Jurisprudencia que se ha pronunciado sobre algunas cuestiones relevantes implicadas en la discrecionalidad y la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de las AAI. Lo trataremos a

⁶²¹ La lectura de la memoria del CC de 1998 es muy ilustrativa sobre todas estas cuestiones, dado que entra en consideraciones sobre las motivaciones de las sanciones. Así, se dice que la gravedad de la conducta no puede dar lugar a la construcción de una escala que permita clasificar automáticamente las prácticas, sino, más modestamente, a la definición de unas líneas directrices. La gravedad de las prácticas se aprecia en función de las circunstancias de hecho o de sus repercusiones. La variedad de situaciones y de soluciones que pueden llegar a generar, en relación a los dos criterios mencionados en el texto, también queda patente. Aspectos citados a tener en cuenta en estos dos criterios, respectivamente, son: la duración de las prácticas, los efectos estructurales, los efectos coyunturales, por una parte, y dimensión de la empresa y su situación financiera por otra. Vid. Conseil de la Concurrence, *Douzième...*, op. cit., pp. 85-94.

continuación prestando una especial atención al aspecto de la decisión sobre la adopción misma de las medidas sancionadoras.

a. La decisión de sancionar o no. El elemento del requerimiento previo en particular

En principio, parece que en este aspecto la jurisprudencia no ha condicionado tradicionalmente el margen de elección de la Administración. Se ha de recordar que en ciertos ámbitos de sanciones administrativas el *Conseil d'État* ha confirmado esta discrecionalidad. Así, "la décision prise par un chef d'établissement de ne pas prononcer une sanction disciplinaire ou de ne pas déclencher une procédure disciplinaire à l'encontre d'un élève ne porte pas atteinte aux droits ou aux prérogatives des enseignants"⁶²². Y "aucun texte n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire"⁶²³. Se ha comentado que estas dos decisiones van en el mismo sentido que el del principio de oportunidad de la acción penal, vigente, como sabemos, en el derecho francés⁶²⁴.

En el caso de las AAI, teniendo en cuenta estos precedentes en materia disciplinaria, que se podrían entender aplicables por analogía a pesar de las especiales características de las sanciones disciplinarias, y teniendo en cuenta también que, como se ha visto, los textos legislativos, y especialmente en cuanto al CSA antes de la reforma de 2000, disponen que cuando se pronuncia una orden o un requerimiento, en general, también se habría podido pronunciar una sanción, parecía que se tenía que concluir que el requerimiento constituía una simple facultad⁶²⁵. Lo cual nos situaría frente a un margen de discrecionalidad importante, dado que éste sería el resultado de un poder de elección entre dirigir un requerimiento, que implica no sancionar al menos en un primer momento, y sancionar directamente.

⁶²² Sentencia de 10 julio 1995.

⁶²³ Sentencia de 14 junio 1991.

⁶²⁴ Mallol, Francis: nota doctrinal sobre la sentencia de 10/7/95, *AJDA*, 20 noviembre 1995, p. 850.

⁶²⁵ Habla de las AAI como jueces de la oportunidad de recurrir en general a la medida de las órdenes (*injonctions*), en un contexto de falta de graduación vinculante entre los diversos tipos de actuaciones, Decoopman, Nicole, "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", *La Semaine Juridique*, 1987-I.

Pero sobre este panorama inicial se ha proyectado un elemento muy relevante que complica la posibilidad de llegar a esta conclusión. Se trata de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*, concretamente en su decisión sobre el CSA⁶²⁶.

En ella, se establece que "il résulte du rapprochement de l'article 42 nouveau et de l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 que les pouvoirs de sanction dévolus au CSA ne sont susceptibles de s'exercer, réserve faite du cas régi par les articles 42-3 et 42-9, qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle "de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l'article 1" de la loi précitée, et faute pour les intéressés de respecter lesdites obligations ou de se conformer aux mises en demeure qui leur ont été adressées". La jurisprudencia del *Conseil d'État* ha seguido en este punto esta interpretación⁶²⁷, de forma particular, en relación al CSA⁶²⁸.

Esta exigencia podría plantear algunos problemas importantes y es susceptible de críticas diversas. Desde nuestro punto de vista nos interesa destacar, sobre todo, que si se exige siempre un requerimiento previo se elimina la posibilidad, quizá conveniente en ciertos casos de incumplimiento grave y claro, de imponer una sanción directa. Se ha de admitir, sin embargo, que esta exigencia constituye un elemento importante de garantía de procedimiento en el marco de los poderes de sanción otorgados en este caso al CSA⁶²⁹, proporcionando la posibilidad de un derecho al error y de abrir el diálogo con la persona afectada⁶³⁰.

Lo que se trataría de poner en duda, sin embargo, no es la idoneidad habitual de la práctica de este requerimiento, sino más concretamente su presencia necesaria en todos los casos, sin ninguna excepción. No se ha de olvidar tampoco que el requerimiento no puede

⁶²⁶ Decisión nº 88-248 DC, de 17 enero 1989.

⁶²⁷ El art. 62 de la Constitución francesa dispone que "Les décisions du Conseil Constitutionnel [...] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".

⁶²⁸ Sentencias de 11 marzo 1994 y de 10 julio 1995.

⁶²⁹ Así lo destaca el Conseil d'État en su *Rapport public 2001*, op. cit., p. 359.

Además existen soluciones por ejemplo para evitar la falta de respeto de una obligación que afecta a un período temporal de un año (obligación de dedicar una cantidad determinada de horas al año para la difusión de un determinado tipo de obras cinematográficas y audiovisuales) sin correr el riesgo que no sea el derivado de ser objeto de un requerimiento de respeto de las obligaciones para el año siguiente. Cuestión sobre la que se pronuncian las conclusiones del *commissaire du gouvernement* Henri Toutée en la sentencia mencionada de 10 julio 1995.

⁶³⁰ En este sentido se acaba pronunciando también el *commissaire du gouvernement* Frydman en sus conclusiones en el caso de la sentencia mencionada de 11 marzo 1994.

consistir en cualquier tipo de actuación, sino que ha de cumplir unos requisitos determinados, ha de contener una orden dirigida al destinatario para actuar conforme a sus obligaciones⁶³¹.

De hecho, creemos que la cuestión más importante para responder a la pregunta de la existencia o no, de acuerdo con la jurisprudencia, de discrecionalidad en la decisión de sancionar o no (en la medida en que se halla implicada en la posibilidad de optar o no por otra medida, especialmente el requerimiento), es la de conocer cuál es el fundamento de esta exigencia. La necesidad de existencia de un requerimiento previo, ¿halla su fundamento en el texto de la ley que regula los poderes de sanción en este caso del CSA? ¿Se trata de una exigencia generalizable?

Ya habíamos advertido que según la lectura del art. 42 (cabe recordar que este precepto comienza diciendo "Le CSA peut mettre en demeure") y 42-1 de esta ley, siempre antes de su modificación en el año 2000⁶³², la exigencia de requerimiento parece infundada⁶³³: el requerimiento previo constituye una facultad, salvo en el caso de la sanción de suspensión⁶³⁴.

A pesar de ello, sería posible decir que otra disposición, el art. 42-3 (si se acepta que contiene estrictamente una sanción), podía generar dudas: "L'autorisation peut être retirée, sans mise en demeure préalable, en cas de modification substantielle des données au vu

⁶³¹ Vid. con más detalle las conclusiones de los *commissaires du gouvernement* Frydman en la sentencia de 11 marzo 1994 y Bernard Stirn en la sentencia también del *Conseil d'État* de 25 enero 1991 (publicadas, las segundas, en *RFDA*, 2-1991, pp. 285 ss., y dedicadas a exponer las condiciones en las que un requerimiento formulado por la Administración constituye una decisión susceptible de recurso).

⁶³² Modificación en este punto importante, dado que ya en el proyecto de ley se sustituye, en relación al art. 42, las palabras "peut mettre" por la palabra "met". De forma consecuente, también se proponía suprimir las palabras ",après mise en demeure" en el art. 42-1-1º, en el caso de la suspensión: art. 28.I y II del *Projet de loi modifiant la loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Finalmente la ley aprobada acoge esta segunda modificación, además de la relativa a dejar en el art. 42-1 como único supuesto de adopción de decisiones el de la falta de respeto de los requerimientos, eliminándose el del incumplimiento de las obligaciones legales. No es irrelevante comentar que precisamente el CSA había hecho alguna consideración sobre este punto en su *Avis* nº 99-2 de 12 abril 1999 relativo a este proyecto de ley, constatando que con esta reforma el requerimiento pasa a ser automático y afirmando que se trata de una disminución del "poder de regulación" del que dispone el CSA, "susceptible d'inclure une automaticité de la sanction juridiquement discutable comme l'a confirmé encore récemment le Conseil Constitutionnel". Cuestión, esta última, sobre la que ya hemos comentado su importancia. Como vemos, la actitud es de reticencia ante esta obligación de requerimiento previo que no se entendería vigente en la ley antes de su modificación.

⁶³³ Así lo empieza reconociendo el *commissaire du gouvernement*, Frydman, en las conclusiones de la sentencia mencionada de 11/3/94. En estas conclusiones se exponen diversas vías alternativas para disminuir los efectos de la decisión de la jurisdicción constitucional que se acaban descartando.

⁶³⁴ Es también la opinión de Degoy, *Les sanctions...*, op. cit., p. 171, que, sin embargo, también destaca la cierta incoherencia que suponía la necesidad de requerimiento en el supuesto de sanción menos grave: p. 172.

desquelles l'autorisation avait été délivrée, notamment des changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement". Se podría interpretar que esta disposición, *a contrario*, implicaba la exigencia normal del requerimiento previo. Por este motivo, a pesar de que el *Conseil Constitutionnel* no hubiera mencionado este artículo expresamente en este sentido, creemos que esta disposición permitía defender que existía un problema interpretativo en la ley del CSA en relación a la exigencia previa o no de requerimiento, un problema de interpretación a causa de una cierta falta de correspondencia entre dos artículos de la misma ley.

En cualquier caso el *Conseil Constitutionnel* había resuelto esta controversia a favor de esta exigencia. Y en la medida en que este problema interpretativo no se presenta en el caso de otras AAI, parece que esta solución no podría ser generalizable. El *Conseil Constitutionnel* ha considerado su interpretación como una condición de constitucionalidad del texto de la ley del CSA, dado que emana del principio de legalidad. Hay motivos para pensar que esta exigencia se limita al sector de lo audiovisual. Así, se ha dicho que "Ce "droit à l'erreur" n'est pas compatible avec la logique du droit pénal, mais il est justifié par la nature et les besoins spécifiques de la répression extrapénale des infractions commises dans le secteur de l'audiovisuel"⁶³⁵. No hay que olvidar que, aunque el *Conseil Constitutionnel* habla en general de la posibilidad de definir las infracciones "en materia administrativa" mediante la referencia a las obligaciones a las que se halla sometido el titular de una autorización administrativa en virtud de las leyes y de los reglamentos, enuncia la exigencia comentada en relación al CSA⁶³⁶. Y se ha de recordar también, en la misma línea, que en el sector audiovisual los incumplimientos no se hallan definidos de forma tan precisa como por ejemplo en el caso de la COB⁶³⁷. Sería necesario, pues, analizar las características peculiares de cada sector. Pero si se interpreta que esta exigencia se ha de predicar de todas las sanciones administrativas⁶³⁸ o si se

⁶³⁵ Dellis, Georges: *Droit pénal...*, op. cit., p. 261.

⁶³⁶ En general, recuerda el fundamento de las consideraciones sobre la potestad sancionadora en el caso particular que estudia el *Conseil Constitutionnel* en la sentencia mencionada Delmas-Marty, *Les grands systèmes...*, op. cit., p. 345. Claramente a favor de una interpretación estricta del alcance de la decisión comentada de la jurisdicción constitucional, después de enunciar un punto de vista crítico, con múltiples argumentos, en relación a la exigencia de requerimiento previo: Moderne, Franck, "Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens", *RFDA*, 1-1997, p. 24.

⁶³⁷ Lefebvre, José: *Le pouvoir de sanction...* op. cit., p. 176.

⁶³⁸ Así, se ha recordado que, al hilo de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*, "toute sanction administrative doit reposer sur une définition préalable de l'infraction par l'autorité administrative concernée": Blanquer, Jean-Michel, nota de jurisprudencia a la sentencia mencionada de 11 marzo 1994: *Revue du Droit*

extrae esta conclusión a propósito de un sector determinado, habrá que preguntarse si, en los casos en que, puede que a diferencia de la regulación del CSA, la ley configura sin ninguna duda el requerimiento como una facultad, sería suficiente una sentencia interpretativa o, en cambio, cabría concluir en la inconstitucionalidad de la ley en este punto⁶³⁹.

Sea como fuere, esta decisión de exigencia de requerimiento previo parece haber tenido una clara influencia en la jurisprudencia y en las leyes posteriores. La influencia en la jurisprudencia se ha podido ver, además de en las decisiones ya comentadas referentes al CSA, a propósito de una entidad con una regulación muy parecida a la del CSA, la *Commission de contrôle des assurances*, que vio anulada una sanción por falta de requerimiento previo por parte del *Conseil d'État*⁶⁴⁰, con expresa apelación a la sentencia mencionada del *Conseil Constitutionnel* en las conclusiones del *commissaire du gouvernement Denis Piveteau*⁶⁴¹. La influencia en el legislador se ha podido ver, además de en la reforma de la ley del CSA, en la ley que crea la ART, dado que hemos de recordar que en ella se dispone que "En cas d'infraction d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de services à une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité ou aux prescriptions du titre en vertu duquel il exerce, l'ART le met en demeure de s'y conformer dans un délai déterminé" (art. 36-11).

Se podría llegar a la conclusión, pues, que la interpretación del *Conseil Constitutionnel* empezó a restringir de forma muy considerable el ámbito de elección de la decisión de sancionar o no que la ley parecía configurar con cierta claridad. Y lo hizo en la medida en que

Public, 1995, p. 524. Más claramente, de forma general, se ha dicho que "elles [las sanciones administrativas] présentent cependant certaines analogies avec les sanctions pénales quant au régime juridique. Elles sont en effet soumises au principe de la personnalité des peines et au respect des droits de la défense, ainsi l'Administration ne peut prendre une telle sanction qu'après mise en demeure préalable": Moreno, *Le juge judiciaire...*, op. cit., pp. 245-246. El elemento de garantía de los derechos vuelve a aparecer, pues, al lado de la presencia del requerimiento previo.

⁶³⁹ Vid. una reflexión sobre los problemas que pueden plantear las repetidas sentencias interpretativas por parte del *Conseil Constitutionnel* en Genevois, Bruno, "Le Conseil Constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB (à propos de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989)", *RFDA*, 4-1989, p. 683.

⁶⁴⁰ Sentencia de 21 febrero 1996.

⁶⁴¹ Aunque, con la astucia argumental típica de este tipo de conclusiones (que permite llegar al resultado de no dejar de tener en cuenta la decisión del *Conseil Constitutionnel* y de, al mismo tiempo, no tener que censurar una ley que no era la analizada por la jurisdicción constitucional), se hace hablando de un "problema interpretativo" que hace que la ley se tenga que interpretar en el sentido coincidente del surgido de la voluntad del proyecto de ley, de obligar a hacer el requerimiento, y de la sentencia del *Conseil Constitutionnel*. Conclusiones publicadas en *AJDA*, 20 abril 1996, pp. 322 ss.

el requerimiento pasa a ser un acto en todo caso necesario para el CSA y en la medida también en que esta exigencia se ha entendido generalizable y se ha aplicado por vía legislativa en el caso también de la ART⁶⁴². Cabrá, pues, continuar atentos a esta evolución, pero no parece arriesgado hablar de la desaparición, al menos de forma general, de este margen de elección.

Ahora bien, ¿esto quiere decir que desaparece cualquier margen de decisión en relación al hecho de tomar una medida sancionadora u otro tipo de medida? Creemos que antes de dar una respuesta precipitada hay que explorar otras vías, exploración que realizaremos al hilo de cierta jurisprudencia del *Conseil d'État* en torno a la actuación, también en este caso, del CSA. Concretamente a través de dos supuestos.

El primero es el recogido en la sentencia de 23 abril 1997. Ante la petición de una serie de sociedades de que el CSA pronunciara un requerimiento contra ciertos titulares de autorizaciones para la explotación de un servicio de comunicación audiovisual para que respetaran sus obligaciones⁶⁴³, la jurisdicción administrativa argumenta, para llegar a una respuesta negativa, que el CSA dispone de otros medios para conducir a los sujetos en cuestión al cumplimiento de sus obligaciones. Y, dadas las circunstancias del caso y la naturaleza de los incumplimientos en un marco legal que permite al CSA escoger el mejor medio de actuación (con el control del juez) para llegar a cubrir sus objetivos, se considera que no era injustificada la opción de no adoptar de forma inmediata el requerimiento. De manera que lícitamente se opta por otorgar un plazo complementario de cumplimiento de las obligaciones, después del que, en caso de no cambiar la situación, no se descarta el hecho de dirigir a los sujetos en cuestión la medida mencionada del requerimiento. No hay, pues, según el *Conseil d'État*, una verdadera renuncia a las potestades públicas del CSA. De manera que, la alternativa en la búsqueda de nuevas manifestaciones de márgenes de decisión entre sancionar o no sancionar en este caso consistiría en la posibilidad de no poner en marcha el mecanismo del requerimiento previo. Así se conserva un ámbito de decisión, en el marco de una consideración conjunta de la pluralidad de medios disponibles, sin vulnerar la garantía de

⁶⁴² En el caso del nuevo CSA de la comunidad francesa de Bélgica, creado por decreto de 24 julio 1997, la ausencia de una referencia al requerimiento se ha calificado de muy poco acertada: "Cette lacune est regrettable dans la mesure où la mise en demeure remédie, encore que très partiellement, au caractère extrêmement large des incriminations": Andersen, Robert, "Le pouvoir de sanction administrative du CSA", en Jongen (dir.), *Le nouveau Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, Bruylant, Bruselas, 1998, p. 81.

⁶⁴³ Se ha de recordar que el art. 42.III de la ley en este caso dispone que "Les organisations professionnelles et syndicales, représentatives du secteur de la communication audiovisuelle, peuvent saisir le CSA de demandes tendant à ce qu'il engage la procédure prévue à l'alinéa premier du présent article [se trata del requerimiento]".

existencia previa en el inicio de un procedimiento sancionador de un requerimiento. Se adelanta, de alguna manera, el momento de la elección del medio adecuado de actuación, y ya no se trata de decidir si se sanciona o se dirige un requerimiento (lo cual vulneraría la exigencia previa del mismo) sino de decidir si se dirige un requerimiento o se adoptan otros tipos de medidas.

Esta que entendemos como una variante de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora se ha visto reforzada por los términos en que finalmente ha sido aprobada la reforma legislativa de 2000, que no ha seguido totalmente las novedades del proyecto de ley. En éste se eliminaba la formulación en términos de mera posibilidad ("Le CSA peut mettre en demeure") y la sustituía por un tiempo presente que parecía incorporar un mandato ("Le CSA met en demeure"), con lo cual se daba pie a dudar sobre la viabilidad de este margen tan claramente reconocido por esta sentencia⁶⁴⁴. Dado que el *Conseil d'État* parece basar su decisión no en la mera literalidad de los términos de la ley en este punto concreto sino en el sentido general de los artículos de ésta que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora del CSA y su misión desde un punto de vista más global⁶⁴⁵, cabría incluso continuar planteando la duda de haberse aprobado finalmente la propuesta inicial.

El segundo supuesto anunciado es el caso planteado en dos sentencias, que establecen la misma doctrina, de 6 abril 1998⁶⁴⁶. En unos supuestos de incumplimiento de la obligación de difundir una determinada proporción de obras de origen comunitario, el CSA dirige el requerimiento; pero, después de ponerse de manifiesto que no se produce un comportamiento adecuado a la obligación legal, decide no iniciar el procedimiento sancionador, optando en cambio por proponer la realización de un compromiso (concretamente realizar unos pedidos de obras de aquel origen más allá de lo que la ley exige en este punto). Nuevamente, pues, se formula la doctrina de que el CSA tiene un margen amplio de decisión (con el control del

⁶⁴⁴ Podría incluso pensarse en un efecto no querido de este proyecto de reforma, si se interpreta que lo único que quería garantizar era que no hubiera ninguna sanción sin previo requerimiento. Lo cual parece que podemos confirmar tras la reforma finalmente adoptada, como se dice en el texto.

⁶⁴⁵ En la sentencia se hace referencia al art. 1 de la ley, que concretamente, en relación al caso planteado (art. 1.III) dispone que "Le CSA [...] veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises".

⁶⁴⁶ Los detalles del supuesto y de las argumentaciones se pueden conocer gracias sobre todo a la publicación en *AJDA* de 20 setiembre 1998, nº 9, pp. 729 ss., de las conclusiones del *commissaire du gouvernement*, Didier Chauvaux.

juez) a la hora de escoger los medios de actuación, pero en este caso aplicada, no al requerimiento, sino al inicio del procedimiento sancionador que puede desencadenarse después del requerimiento ya realizado. Y analizando las circunstancias del caso se llega a la conclusión de que precisamente el compromiso que de alguna forma sustituía el inicio del procedimiento sancionador, era pertinente para obtener un comportamiento viable y acorde con la ley. Objetivo que, teniendo en cuenta las cifras del caso, parece que se consigue.

Por tanto, en este caso nos encontramos ante una alternativa consistente en adoptar el requerimiento para no adoptar después, aunque la ley lo permite, de forma inmediata, la vía sancionadora, sino intentar articular otros mecanismos que teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, sometidas a un control judicial tanto, siguiendo la terminología del derecho francés, de error de derecho como de error manifiesto de apreciación, puedan reconducir el comportamiento del sujeto afectado. Aquí, por cierto, el tribunal no deja de basar la decisión en la literalidad de un precepto, el art. 42-1 citado, que dispone que el CSA "puede" pronunciar las sanciones correspondientes.

Así pues, aunque se entienda obligatorio el requerimiento previo a la sanción e incluso, siguiendo los términos de la reforma presente en el proyecto de ley, obligatoria la adopción del requerimiento ante cualquier incumplimiento, nada podría impedir que una vez dirigo al sujeto afectado el requerimiento se opte por, en lugar de iniciar inmediatamente el procedimiento sancionador, buscar otras vías, con las condiciones mencionadas, para conseguir los objetivos que la ley encomienda en este caso al CSA. Lo cual supone claramente, entendemos, otra concreción de la presencia importante de discrecionalidad a la hora de decidir si se sanciona o no una conducta⁶⁴⁷. Ejercicio de una discrecionalidad que se llena de contenido a partir de consideraciones de oportunidad, dado que claramente las decisiones tienen en cuenta la apreciación particular de las circunstancias concretas de cada caso, como se ha visto. Se rompe, así, con una aplicación mecánica o automática de las sanciones administrativas⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ La doctrina también ha comentado en este aspecto concreto la existencia de tal margen de actuación: "Cette autorité [el CSA] dispose en ce cas, également, de tout pouvoir d'appréciation": Tramoni, *Le contentieux...*, op. cit., p. 279. Vid. también Degoy, *Les sanctions...*, op. cit., pp. 284-287.

⁶⁴⁸ Enfoque al que explícitamente se refiere el texto de las conclusiones de Chauvaux.

b. Breve referencia al aspecto del contenido de la sanción

En la medida en que nuestra tesis se centra primordialmente en la discrecionalidad sobre la decisión de ejercer o no la potestad sancionadora el aspecto más relevante ya ha sido visto. No obstante, vamos a hacer una pequeña referencia también al aspecto de la determinación concreta de la sanción, ya que también en esta decisión puede haber márgenes importantes de apreciación.

Podemos decir que en este tema la evolución de la jurisprudencia ha ido suponiendo el abandono de una tendencia inicial a, en ausencia de escala legal de sanciones, no apreciar la relación de gravedad entre la infracción cometida y la sanción⁶⁴⁹ en beneficio de tal análisis de cierta adecuación entre infracción y sanción.

Un elemento importante que permite reducir en este ámbito la discrecionalidad es el del principio de proporcionalidad. Principio cuyas derivaciones se han desarrollado en diversas instancias. Así, ya hemos visto que el legislador fija a menudo criterios de elección de la sanción y de graduación de las sanciones pecuniarias. Y la jurisprudencia ha jugado un papel importante. Se ha destacado por ejemplo, el rol de la *Cour de Cassation* en el ámbito de la competencia, al recordar que se ha de apreciar la proporcionalidad entre la pena y la gravedad de los hechos y el daño producido a la economía del mercado de referencia⁶⁵⁰. No menos importante ha sido, según se ha remarcado frente al rechazo de un principio de proporcionalidad explícito por parte del juez administrativo, la consagración de este principio por parte del *Conseil Constitutionnel*⁶⁵¹. Precisamente esta referencia la podemos encontrar a propósito de las leyes que prevén la potestad sancionadora del CSA y de la COB⁶⁵². En relación a la primera, importa recordar que el *Conseil Constitutionnel* extiende la exigencia de proporcionalidad al poder de suspensión de los programas por parte del CSA, lo que no estaba expresamente previsto por la ley⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Vid. Delmas-Marty y Teitgen-Colly, *Punir sans juger?...*, op. cit., p. 87.

⁶⁵⁰ Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., p. 217.

⁶⁵¹ Dellis, *Droit pénal...*, op. cit., pp. 255-259.

⁶⁵² Decisiones de 17 de enero y de 28 de julio de 1989.

⁶⁵³ Delmas-Marty y Teitgen-Colly, *Punir sans juger?...*, op. cit., p. 88.

A la hora de concretar el alcance del control del juez sobre el contenido de las sanciones, sobre la base de este principio que ya es una exigencia constitucional, se ha de tener en cuenta, entre otros factores qué tipo de recurso es posible.

A este respecto hay que indicar que la modalidad de control que supone el "recours de pleine juridiction" es la que se ha generalizado en los últimos años en las previsiones legales de recursos contra las sanciones impuestas por parte de las AAI⁶⁵⁴. Un tipo de recurso que, mencionado por el *Conseil Constitutionnel* como elemento positivo de garantía pero no estrictamente como requisito de constitucionalidad, permite una sustitución de la decisión administrativa mediante la apreciación del tribunal, por oposición al llamado "recours pour excès de pouvoir". Mayor intensidad en el control judicial, pues, que puede ser percibido como elemento de garantía, aunque a la vez ha sido objeto de comentarios en el sentido de decir que ofrece más garantías el segundo en la medida en que la reducción de la sanción no es posible, siendo la única solución su anulación⁶⁵⁵. En cualquier caso ya ha sido posible mostrar las consecuencias de este tipo de recurso en el marco de las decisiones de las AAI⁶⁵⁶.

El legislador establece en los últimos años expresamente el recurso "de pleine juridiction"⁶⁵⁷. Ello también se ha de entender en el marco de las exigencias del Convenio europeo de Derechos humanos, aunque ya se ha advertido que el recurso "pour excès de pouvoir", si incorpora un control de proporcionalidad, da también plenitud al control

⁶⁵⁴ Un ejemplo anterior del alcance de este control se puede ver en la sentencia del *Conseil d'État* de 29 enero 1982, en la que se pudo ver la existencia de un control judicial sobre la cuantía de la sanción (del ministro de economía): "si le recours est de pleine juridiction, il appartient au juge de fixer le montant de l'amende en se substituant à l'administration": nota doctrinal a esta sentencia, *AJDA* de 29 mayo 1982, p. 363.

⁶⁵⁵ Nota doctrinal a la sentencia de 4 marzo 1991, publicada en *AJDA* de 20 mayo 1991, p. 361.

⁶⁵⁶ Concretamente en relación al CSA, en la sentencia del *Conseil d'État* de 11 marzo 1994: en sus conclusiones, el *commissaire du gouvernement*, Frydman, expone que "dans la mesure où vous vous trouvez saisis, [...] non en excès de pouvoir, mais en plein contentieux, il vous est loisible, s'il y a lieu, de réduire le montant de la sanction infligée par le CSA". Y ésta sería la línea a seguir en general en relación al control de las decisiones sancionadoras de las AAI, aunque a veces las motivaciones de las sentencias puedan plantear alguna duda en cuanto a su ejercicio. Así, en la sentencia del *Conseil d'État* de 10 julio 1995, las conclusiones de Henri Toutée indican que la multa impuesta por el CSA "ne nous paraît pas exagérée", mientras que la sentencia dispone que "le CSA n'a pas fait une inexacte appréciation des circonstances de l'espèce en fixant le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société TF 1 à 30 millions de francs". Es difícil, sin embargo, extraer conclusiones demasiado claras de la mera formulación citada.

⁶⁵⁷ Art. 42-8 en el caso del CSA y art. 36-11 (de las respectivas leyes citadas en páginas anteriores) en el caso de la ART, por ejemplo. Otras AAI con potestad sancionadora con la previsión legal expresa de recurso "de pleine juridiction" son la *Commission de contrôle des assurances* (art. L. 318-10 del *Code des assurances*) o el *Conseil de discipline des organismes de placement en valeurs mobilières* (art. 33-3 de la Ley n° 88-1201 de 23 diciembre 1988, modificada por Ley n° 89-531, de 2 agosto 1989).

jurisdiccional⁶⁵⁸. No obstante, el tema, de constante actualidad, no tiene aún una respuesta unívoca, siendo objeto de controversia los términos de la exigencia de un control de plena jurisdicción en aspectos como el ámbito de aplicación de esta exigencia o la discusión sobre el nivel de garantías que ofrecen los dos tipos de recursos mencionados en el derecho francés⁶⁵⁹.

Sea como sea, desde la perspectiva estricta de la relación entre las AAI y los tribunales, el margen de discrecionalidad aparentemente existente al menos desde el punto de vista de la graduación de cada sanción, puede ser seriamente limitado. Y la jurisprudencia ha mostrado ya la potencialidad de las aplicaciones de esta evolución.

No obstante, tratándose como se trata de un aspecto tan poco propicio para reglas generales, habrá que continuar verificando el alcance real de este control por parte del juez administrativo -y también por parte del juez ordinario en el caso de la COB y del CC, que en general se ha interpretado que se desarrolla de acuerdo con las pautas del recurso de plena jurisdicción⁶⁶⁰- dado que no se puede descartar la hipótesis de un cierto respeto por parte del juez en relación a la elección motivada del contenido de la sanción de las AAI. En este sentido se ha recordado en el marco del recurso "pour excès de pouvoir" que "Le juge opte, de façon générale, pour le contrôle restreint quand il estime ne pas pouvoir ou devoir substituer son appréciation à celle de l'administration: notamment lorsque les considérations d'opportunité jouent un rôle important ou lorsque la matière est technique"⁶⁶¹.

Cabría apuntar, pues, que el peso de la potencialidad de la intensidad de control de los mecanismos actualmente disponibles no debe perder de vista el peso a su vez de las políticas

⁶⁵⁸ Conseil d'État, *Les pouvoirs...*, op. cit., pp. 64-65.

⁶⁵⁹ Vid. un trabajo reciente sobre estas y otras cuestiones implicadas en el tema, con una opinión claramente favorable a la extensión del recurso de plena jurisdicción con plenas facultades de modificación de la sanción por parte del tribunal en: Mamontoff, Catherine, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la CEDH et ses implications en matière de sanctions administratives", *RFDA*, 5-1999, especialmente pp. 1005-1006, 1010-1014 y 1018-1021. Una muestra reciente de los matices que se continúan haciendo a este tema es la sentencia del *Conseil d'État* de 28 julio 1999 (conclusiones del *commissaire du gouvernement*, Jean-Claude Bonichot, publicadas en *Petites Affiches*, n° 244, 8 diciembre 1999, pp. 9 ss.), en la que se dice que el contexto del caso juzgado (disposiciones del *Code du travail* sobre contratación de extranjeros irregulares) es diferente al de los casos de recurso de plena jurisdicción dado que en este supuesto son los textos legislativos los que determinan exactamente la cuantía de la multa, apostando claramente el texto de las conclusiones por un control basado en esta idea de fijación de baremos (a controlar por el *Conseil Constitutionnel* o por el juez d'"excès de pouvoir") frente a la técnica de la modulación de las sanciones por parte del juez.

⁶⁶⁰ Vid. Mamontoff, "La notion de pleine juridiction...", op. cit., p. 1015-1016 y Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., p. 440.

⁶⁶¹ Conseil d'État, *Les pouvoirs...*, op. cit., p. 64.

jurisprudenciales. Con lo que adquiere menos sentido un tipo de planteamiento abstracto sobre la reducción a cero discrecionalidad en beneficio de las circunstancias y condiciones en que se ejerza.

6. Algunas conclusiones respecto a la idoneidad del contexto institucional de las AAI

Después de haber hecho un recorrido con cierto detalle por las disposiciones normativas y por las decisiones jurisprudenciales más relevantes en el tema, creemos que es preciso ordenar, con algunas reflexiones complementarias, las conclusiones de esta incursión en el derecho francés tras la formulación de nuestra hipótesis.

La hipótesis formulada era, a la vista de las características más relevantes de las AAI y de la aparente paradoja que supone su progresiva asunción de potestades sancionadoras, la de constituir, estas autoridades, un ámbito institucional idóneo de desarrollo de la discrecionalidad y la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Esta *idoneidad* como hipótesis debe poder confirmarse mediante elementos propios de las AAI situados en una especial relación de correspondencia con la mencionada discrecionalidad. Puesto que una mera constatación de la vigencia de ésta, en un contexto como el derecho francés en que con carácter general, como sabemos, rige el principio de la oportunidad de la acción punitiva, vaciaría de toda base real a una pretendida idoneidad. Con *idoneidad* queremos expresar, pues, la especial fuerza explicativa de esta discrecionalidad ante contextos de específicas características como los de las AAI. Veámoslo.

El primer dato que sin duda era necesario verificar para confirmar esta hipótesis era el del hecho de que la potestad de sanción se insiere de forma normal en la actuación de las AAI para conseguir sus objetivos. La posibilidad de sancionar es un instrumento más⁶⁶², no

⁶⁶² De forma general afirma Degoffe que "la répression n'est pas une action isolée, mais le complément d'autres missions; son but est d'ailleurs d'assurer la réalisation de ces missions diverses" (*La juridiction...*, op. cit., p. 317). Más concretamente Delmas-Marty y Teitgen-Colly han señalado que las sanciones son un instrumento entre otros para asegurar un cierto orden en el sector, "et s'inscrivent de ce fait dans un contexte beaucoup plus régulateur que véritablement répressif" (*Punir sans juger?...*, op. cit., p. 48). Chevallier habla del sentido instrumental de los poderes jurídicos de las AAI en el marco de la función más global de la regulación: Chevallier, Jacques, "Vers un droit post-moderne?...", op. cit., p. 679. Por último, Degoy afirma que l'"opportunité de l'incrimination" es la garantía de la existencia de una política de regulación coherente en el

necesariamente automático, que interacciona con el resto, afirmación que se puede extraer tanto de la redacción de los textos legales como de gran parte de la jurisprudencia, especialmente la del *Conseil d'État* que expresamente reconoce que las AAI disponen de diversas posibilidades para conseguir su misión con un amplio margen de apreciación en la elección de los medios según las circunstancias del caso.

La idoneidad, como hipótesis, del campo de las AAI para el desarrollo de este margen de decisión importante en la aplicación del régimen sancionador se confirma sobre todo si se es consciente de que las AAI no pierden sus características peculiares y distintivas por el mero hecho de poder ejercer la potestad sancionadora. Las autoridades de regulación continúan teniendo, por naturaleza, un espíritu en cierto modo conciliador en sus actuaciones, lo cual condiciona de forma relevante el régimen jurídico de la potestad sancionadora en relación a la discrecionalidad especialmente en lo que se refiere a la decisión de activar el mecanismo sancionador o adoptar otras alternativas. La noción de autoridad de regulación en estos casos quiere indicar la necesidad de conseguir, con los medios que sean necesarios, los objetivos que las leyes determinan, pero siempre preferentemente con la voluntad de llegar a una orientación o a una reconducción de la actividad de los propios sujetos del sector regulado en el sentido adecuado, intentando que los medios de imposición ocupen el mínimo espacio posible⁶⁶³. Es esta particularidad en la configuración institucional la que puede explicar más satisfactoriamente la vigencia en este ámbito de lo que en derecho procesal penal se ha venido conociendo con el nombre de *principio de oportunidad* ("*opportunité des poursuites*"), más que una aplicación genérica de este principio a la Administración en general⁶⁶⁴.

caso del CSA (*Les sanctions...*, op. cit., p. 285). Hay que recordar aquí también todo lo que se apuntaba en el capítulo III acerca de la instrumentalidad de las sanciones administrativas.

⁶⁶³ "Cette autorité dispose, en effet, d'un large pouvoir d'appréciation quant au déclenchement de la sanction, d'autant que l'instauration de ces autorités répond au souci d'éviter que ne s'affirment dans les relations avec l'administration, des rapports trop profondément dominés par des manifestations de puissance publique, par trop ostentatoires. Aussi, s'agit-il pour elles, avant tout, d'opérer dans un cadre amplement négocié en vue, bien plus, d'inciter les opérateurs, d'orienter leurs actions vers l'accomplissement des objectifs fixés par le législateur": Tramoni, *Le contentieux...*, op. cit., p. 278.

⁶⁶⁴ Con una sólida tradición jurisprudencial en Francia: lo enuncian las sentencias del *Conseil d'État* de 7 mayo 1971 y 22 marzo 1974. El hecho de asegurar el respeto de las leyes no obliga positivamente a adoptar ciertas medidas a la Administración: existe una elección entre los diversos medios, y habrá que tener en cuenta la diversidad de medidas disponibles, sin perjuicio nunca de la responsabilidad patrimonial procedente.

Cabe remarcar que en el intento de justificar el principio de oportunidad en el mundo de la Administración se ha acabado haciendo referencia a la función de regulación, que la aproxima decididamente a las AAI en concreto: vid. Dellis, *Droit pénal...*, op. cit., pp. 334-335 y 45 (se habla de la idoneidad, en la regulación, de no aplicar

Eso no quiere decir, naturalmente, que la influencia de ese principio general no sea importante: en definitiva es la conjunción de todos esos factores, generales y específicos, la que acaba configurando los rasgos del derecho propio de un país, y la que acaba siendo la responsable de que no sea fácil trasladar soluciones de un país a otro.

Tampoco quiere decir, por otra parte, que se pueda descartar la existencia de otros ámbitos de actuación sancionadora muy particulares en los que la presencia de este régimen tenga unas específicas razones de ser, como el derecho disciplinario de la función pública⁶⁶⁵.

Un elemento adicional, pero no menos importante, que permite establecer una conexión entre el carácter de estas autoridades -de doble faz, fuertes pero "conciliadoras"- y el margen importante de elección en su actividad sancionadora, es la centralización de las informaciones que permiten decidir sobre el inicio de las actuaciones sancionadoras, aspecto que ahora podemos contextualizar mejor y sobre el que no vamos a insistir más ya que ha sido objeto de reflexión en el capítulo III.

Ahora bien, de la misma manera que el contexto institucional de las AAIJ crea las condiciones idóneas para fundamentar la presencia de un margen de elección en la aplicación de la potestad sancionadora, este mismo contexto institucional, de forma más concreta, también puede llegar a delimitar grupos de casos en los que esta presencia tiene más o tiene menos sentido.

Se recordará la dificultad que señalábamos de hablar de una verdadera *categoría* de AAIJ. El mundo de las AAIJ es amplio y heterogéneo, tanto en relación a los ámbitos en los que se mueven como en relación a las funciones y potestades de las que disponen, aunque las características peculiares que se han visto se pueden aplicar de forma general. No es casual en este sentido que las argumentaciones jurisprudenciales más interesantes que hemos tenido ocasión de comentar al hablar de la discrecionalidad a la hora de adoptar o no sanciones hayan tenido lugar en relación al CSA. Las características particulares del ámbito en que ha de actuar esta autoridad y la pluralidad de instrumentos de actuación disponibles por parte de la misma hacen fácilmente explicable esta situación. Diferente es en este sentido el contexto de AAIJ

sistemáticamente las medidas de las que se dispone, sino de utilizarlas como amenaza).

⁶⁶⁵ Sobre la distinción entre misión de regulación y control disciplinario vid. Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., p. 76. No en vano en el ámbito del derecho disciplinario de la función pública el juez viene ejerciendo un control limitado de proporcionalidad, existiendo así un margen importante de discrecionalidad por ejemplo en el contenido de la sanción. Vid. entre otras la sentencia del *Conseil d'État* de 9 junio 1978.

creadas más con la voluntad inicial de control de prácticas contrarias a la reglamentación y que disponen de medios menos amplios de actuación, caso del CC, como se ha visto.

Se constata, en este punto, que efectivamente existe una diferente utilización de la potestad sancionadora por parte de las diferentes AAI y que ello tiene alguna correlación con su conjunto de atribuciones y potestades, con su particular contexto institucional. Así, resulta claro que el CSA utiliza la sanción como último recurso⁶⁶⁶ excepto casos muy graves, y que en cambio, como se ha insinuado, el CC (que ya hemos mencionado también que es objeto de una regulación particular en cuanto al poder de apreciación de las acciones a tomar ante la petición de terceros) recurre de forma más directa al mecanismo represivo en un contexto de atribuciones más limitadas⁶⁶⁷. Por tanto la misma configuración institucional de las diversas AAI, de forma más concreta, y en una tarea de especificación que difícilmente se puede dar por cerrada y que se resiste a generalizaciones excesivas⁶⁶⁸, es susceptible de introducir matices o graduaciones en un principio general que, pese a todo, no deja de estar presente tendencialmente en todo el conjunto de AAI.

Enfoque global que hemos de retomar a fin de formular explícitamente una conclusión en la línea de confirmación de la hipótesis adelantada y a la vista de los datos comentados a lo largo del trabajo. El contexto de las AAI ha constituido un ámbito idóneo de plasmación de las transformaciones del derecho en general y del funcionamiento de las Administraciones Públicas en particular. Ha permitido poner de manifiesto aspectos a menudo no muy presentes en el discurso teórico sobre el derecho pero que forman parte inevitablemente de su contenido⁶⁶⁹. Aspectos que se han podido resumir en la fórmula, ahora en un sentido jurídico

⁶⁶⁶ Hay que recordar las cifras de requerimientos tan importantes en relación a las de las sanciones finalmente impuestas que se han detallado al analizar la memoria del año 1998.

⁶⁶⁷ Vid. Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., pp. 138-139, que habla, así, de un "usage variable de la sanction".

⁶⁶⁸ Así, por ejemplo, cabría plantear las dudas que genera la práctica seguida por la COB, que otorga una clara preferencia al mecanismo directamente sancionador sin dejar de tener, sin embargo, atribuidos otros importantes poderes; vid. Lefebvre, *Le pouvoir de sanction...*, op. cit., pp. 139-140. Además, el desinterés que se muestra en este caso por el mecanismo del requerimiento podría plantear problemas de constitucionalidad, como hemos visto. Vid., no obstante, otros supuestos de práctica de recomendaciones por parte de la COB que excluyen el procedimiento sancionador en la pág. 249 del mismo trabajo.

⁶⁶⁹ Timsit ha expuesto con claridad la necesidad de incorporar estos cambios a la teoría del derecho y no de contemplarlos como un conjunto de excepciones marginales en el esquema tradicional de pensamiento, precisamente al hilo de la creación de las AAI y sus poderes de información, investigación, recomendación, etc.: Timsit, *Archipel...*, op. cit., pp. 101-103 y 171 ("La pensée dominante sur le droit est une pensée monologique et statocentrique").

más específico, de la *regulación*, que pone el énfasis en la *declinación*, de acuerdo con las circunstancias del caso, de una norma general que lo que hace es fijar objetivos y orientaciones, sin ser susceptible de una *aplicación* uniforme, lo cual pone de relieve la autonomía del acto de regulación, que no se limita a repetir a escala inferior una norma ya existente a nivel superior⁶⁷⁰. Concepción que en definitiva replantea el concepto mismo de norma como elemento capaz de ser aplicado de forma impersonal y mecánica (modelo clásico de relación entre norma y hechos de la "subsumption"⁶⁷¹) y plantea también la necesidad de superar ciertas dicotomías como la que distingue sólo entre normas imperativas y no imperativas⁶⁷²

Y es ahí donde nos tenemos que plantear si las sanciones administrativas, que devienen cada vez más "élément essentiel qui, pour une grande partie, justifie de la création et de l'existence d'une autorité administrative indépendante"⁶⁷³ pueden quedar al margen de este proceso de transformación. Pero no ya en el derecho francés, donde como ya sabemos existen principios generales que introducen rasgos propios desde hace tiempo, sino con carácter general, en la medida en que también es general el tipo de tendencias transformadoras del derecho mencionadas.

Creemos, de acuerdo con lo que se ha podido ver hasta ahora, que no. Es normal pensar que la transformación de la potestad sancionadora forma parte de las transformaciones generales del derecho. El análisis del ejercicio de esta potestad por parte de las AAI francesas, muy especialmente, como hemos visto, en determinados casos, con importantes márgenes de decisión, muestra claramente el sentido de esta mutación. Otros datos del derecho

⁶⁷⁰ Vid. Timsit, *Archipel...*, op. cit., especialmente pp. 38, 115-116, 121, 127, 157, 195 y 202-206. Consulta más necesaria en la medida en que la riqueza de planteamientos no puede ser abordada aquí plenamente. Vid. también una reflexión sobre la importancia, desde el punto de vista de la justicia, de discutir el elemento universal e impersonal, en una obra que se centra en las relaciones entre ley y juez: Timsit, Gérard, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, París, 1995, pp. 116-117. Vid. además Timsit, Gérard, "Les deux corps...", op. cit., especialmente pp. 391-394. Es importante también el artículo de Chevallier, Jacques, "Vers un droit...", op. cit., pp. 668-669 y 674-675.

⁶⁷¹ Vid. una construcción poniendo de relieve las insuficiencias de este enfoque en Müller, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, (traducción de Olivier Jouanjan) PUF, París, 1996, pp. 102, 112 y 179 entre otras.

⁶⁷² "il apparaît maintenant une nouvelle distinction ternaire fondée sur l'application du critère d'impérativité. Elle consiste à distinguer entre mesures non impératives [...], mesures impératives [...] et les mesures dont l'impérativité est limitée par la nécessité de réserver le pouvoir d'appréciation des circonstances individuelles. Sous ces distinctions, au bout de cette logique, la régulation..."; Timsit, *Archipel...*, op. cit., p. 188.

⁶⁷³ Tramoni, *Le contentieux...*, op. cit., p. 254.

comparado, como la disposición de mecanismos informales y flexibles también a la hora de ejercer la potestad sancionadora por parte de la Federal Communications Commission americana, apuntan en la misma línea⁶⁷⁴.

Una potestad que no es ya rígida o automática en su aplicación -si es que en algún momento algo así ha llegado a existir en estado puro-, sino que se adapta a las circunstancias particulares de cada caso. Una potestad que muestra su potencialidad precisamente en la medida en que constituye un instrumento, entre otros, al servicio de la acción de los poderes públicos. Las dudas y las dificultades que subsisten en la interpretación de las leyes y de la jurisprudencia para precisar los rasgos de esta nueva faz de la potestad sancionadora -nueva seguramente no tanto en su existencia misma como en su potenciación y presentación- puede que no hagan más que mostrar que los esquemas tradicionales del estudio del derecho no resultan plenamente satisfactorios en la tarea de integrar esta realidad renovada. El reto es intentar ordenar lo máximo posible su construcción teniendo presente también en un primer orden de consideraciones la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, constitucionalmente garantizados y que imponen una clara distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, en este caso especialmente de las Administraciones Públicas y de su eventual control por parte de los tribunales.

Y en este sentido creemos que el enfoque del contexto institucional presentado aquí ofrece un camino fructífero y con garantías, particularmente idóneo en un marco, el de la evolución de las estructuras organizativas de la Administración Pública, cada vez más orientado en el sentido de una pluralidad y diversidad institucional.

⁶⁷⁴ Vid. Custos, Dominique, *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, París, 1999, pp. 178-180.

V. LÍMITES DEL EJERCICIO DISCRECIONAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

Cualquiera que sea el sector, el ámbito o el tipo de actividad administrativa de la que se esté hablando, el tema de los límites aparece siempre como un aspecto fundamental en un Estado de Derecho. Y ello con más motivo desde el momento en que se trata de definir márgenes de actuación, espacios discrecionales en la actividad administrativa, donde, como es bien sabido, el estudio de los límites y del posterior consecuente control del ejercicio de las potestades administrativas ha constituido uno de los pilares de la dogmática jurídico-administrativa en nuestro país⁶⁷⁵.

En el caso de nuestro objeto de trabajo, creemos que es especialmente conveniente, llegado este punto, una reflexión conjunta sobre los límites que deben enmarcar un margen de apreciación en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Debemos realizar alguna puntualización sobre el carácter con que nos proponemos abordar esta perspectiva.

En los capítulos precedentes hemos tratado de exponer los fundamentos y los términos en que cabe plantear y desarrollar la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Y hemos destacado un elemento fundamental para situar las pretensiones del alcance de esta tesis (con especial énfasis en la última parte del capítulo III), el consistente en darse cuenta de que para definir con exactitud el fundamento y el alcance de esta discrecionalidad es necesario acudir a las particularidades de cada entorno institucional en que se halle atribuida la potestad sancionadora. Algo que hemos tratado de concretar con un caso especialmente ilustrativo de Derecho comparado en el capítulo IV.

Pues bien, no otro puede ser el planteamiento al hablar de los límites. No podemos pretender, por tanto, en este capítulo, ofrecer un cuadro exhaustivo de los plurales, diversos y variopintos límites concretos existentes a ese ejercicio discrecional. Sin embargo, sí creemos posible y necesario efectuar un recorrido por una tipología de límites que en todo caso habrá que tener en cuenta al plantearse la pregunta del alcance de un posible margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Con lo que esperamos poder acabar de ofrecer una reflexión satisfactoria capaz de cumplir con los objetivos planteados al

⁶⁷⁵ No hace falta recordar, por ejemplo, la importancia de todo el tema de la discrecionalidad en la obra clásica de: García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 24-49, publicado por primera vez en el número 38 de la *RAP*, en 1962.

inicio de este trabajo y a la espera de poder ser enriquecida con más aproximaciones concretas.

1. Fundamento constitucional

De la misma manera que, o, mejor, correlativamente a lo que sucedía, en la formulación de los fundamentos tanto de la potestad administrativa sancionadora en sí misma como de la peculiaridad a que da lugar su contexto institucional en relación sobre todo al ámbito penal, es a la fuente suprema de ordenación de los poderes y de las relaciones entre éstos y los ciudadanos a donde hay que acudir en primer término.

No hay fundamento sin límites, y no es difícil localizar en la Constitución la fuente de los límites a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Y ello a dos niveles.

A nivel, en primer lugar, de la reflexión conjunta desde el Derecho Penal hasta el Derecho Administrativo Sancionador, en la medida que constituyen las dos ramas más relevantes del Derecho punitivo. Hay que recordar, entonces, cómo la manera de regular el ejercicio de la acción punitiva ocupa un lugar nuclear en las relaciones entre ciudadano y Estado.

Y, en segundo lugar, a nivel ya más concreto del contexto institucional de las Administraciones Públicas, donde, recordemos, no estará legitimada otra acción que la que pretenda la consecución de los intereses generales, cuya persecución constituye la función constitucionalmente asignada a la Administración. No cabe olvidar, además, que el ámbito concreto de las sanciones administrativas ha sido uno de los que ha experimentado en mayor medida el impacto del texto constitucional en múltiples y variados de sus aspectos⁶⁷⁶. Tampoco será nuestro objetivo, pues, recordar todas esas facetas, sino poner el énfasis en los que más directamente trascienden a la cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.

⁶⁷⁶ Especialmente ilustrativo, por el contenido y por el momento de aparición, es el trabajo de García de Enterría, Eduardo, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional", *REDA*, nº 29, 1981.

Valga esto como observación introductoria a nuestra pretensión, en estos momentos, de enunciar la variada gama de conexiones constitucionales que obligan a tener en cuenta límites en el ámbito de la mencionada cuestión desde la más alta instancia normativa.

Los siguientes serían los puntos a tener en cuenta. Ni que decir tiene que el criterio clasificatorio escogido para su exposición no es único, y sólo tiene el objetivo de ayudar en la mayor medida posible a seguir la posterior exposición detallada de los límites.

- Desde el punto de vista de la autoridad o poder público que decida o aplique márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, no se puede decir que la Constitución sea indiferente. El texto constitucional responde, como uno de sus grandes tradicionales contenidos, a la necesidad y al objetivo de ordenar las relaciones entre los poderes, entre las diversas fuentes de la toma de decisiones públicas. Desde la existencia misma de unos valores (arts. 1.1 y 10.1) y reglas constitucionales inderogables por los poderes constituidos (proceso de reforma o revisión constitucional aparte) hasta la propia configuración de la posición constitucional de cada uno de los poderes (títulos II-VI y VIII-IX), está presente una ordenación que desde el primer momento habrá que tener en cuenta.

Muy en particular habrá que considerar en relación a nuestro objeto, el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1), uno de los grandes iniciales vertebradores del papel a jugar por parte de las distintas autoridades o poderes públicos en este campo.

- Desde la perspectiva de los sujetos afectados pasivamente (sujetos sancionados) por la actuación sancionadora los límites con fuente constitucional identificable (contando con la interpretación llevada a cabo por parte del TC), por lo que se refiere de forma general a las sanciones administrativas, son múltiples: desde la prohibición de imponer sanciones que impliquen privación de libertad (art. 25.3) hasta todo el conjunto de garantías a respetar en el procedimiento sancionador (art. 24). Sin embargo, desde la específica perspectiva que aquí nos interesa, cabe destacar los siguientes datos.

En primer lugar, el necesario respeto a la igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante las actuaciones de los poderes públicos (art. 14).

En segundo lugar, la necesidad también de observar por parte de las Administraciones Públicas una actuación objetiva y eficaz con la sola pretensión de tutelar los intereses generales (art. 103.1) y exenta de cualquier tipo de arbitrariedad (art. 9.3) o de desviación de poder (art. 106.1).

- Desde el punto de vista de los sujetos afectados activamente (interesados en la imposición de una sanción a un tercero) habrá que tener en cuenta el mandato constitucional de tutela de todo tipo de intereses legítimos, individuales o colectivos (art. 24.1) y de participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos (arts. 9.2 y 105; y sectorialmente, por ejemplo, art. 51.2).

- Desde el punto de vista de la materia afectada y del recurso mismo a la técnica sancionadora, habrá que poner en primer plano el carácter básico y reforzado, dentro del sistema constitucional, de los derechos y libertades fundamentales⁶⁷⁷ (títulos I y X). En definitiva, el aspecto relevante de la posición preferencial (*preferred position*) de tales libertades fundamentales⁶⁷⁸. Y ello a dos niveles. A nivel, primero, del tipo de actividad afectada con la imposición de una sanción. Y, segundo, a nivel de los criterios que se hayan de seguir a la hora de recurrir al mecanismo sancionador para proteger un determinado bien jurídico dentro de la tutela de los intereses generales.

- Desde el punto de vista de las fases en la concreción de la potestad administrativa sancionadora, del diseño de las actuaciones inspectoras a las vicisitudes de la ejecución y la revisión de la sanción administrativa, se tendrá que considerar en todo caso la relevancia constitucional de la regulación legislativa del procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos (arts. 105.c y 149.1.18).

- Desde la perspectiva de la forma o el modo de la toma de la decisión cobra relevancia, además de lo indicado al hablar de los sujetos pasivos de la actuación sancionadora, la exigencia constitucional de una actuación administrativa pública, motivada y transparente (arts. 9.3 y 105.b).

- Desde el punto de vista de los controles de las decisiones, constitucionalmente es exigible un control judicial de la legalidad y de la adecuación a los fines que la justifican de la actuación administrativa (art. 106.1), así como una actuación administrativa responsable política y patrimonialmente (arts. 108 y 106.2).

Veamos, pues, a partir de ahora cuál es la concreción de estos límites y de los problemas que plantean.

⁶⁷⁷ Vid. por ejemplo García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 57-58.

⁶⁷⁸ Vid. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 141-149.

2. Límites relativos a la autoridad titular del poder de elección

A la hora de pensar en los límites o condiciones que configuran y delimitan los márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, quizá lo primero que se plantea es distinguir en función de la autoridad que ejerce ese poder, que resulta titular del margen correspondiente de decisión. Las características y la situación propias de cada autoridad no pueden ser indiferentes a la amplitud y las condiciones de ejercicio de tales poderes de decisión.

En este primer grupo de límites creemos que es necesario distinguir dos niveles de reflexión.

El primero se refiere a la potestad de configurar normativamente, esto es, con carácter de generalidad, con integración en el ordenamiento jurídico⁶⁷⁹, los espacios afectados por el ejercicio de la potestad sancionadora. Los roles de la ley y del reglamento deberán ser aquí considerados. Y ello puede afectar tanto a la decisión más general de tipificar o no infracciones o sanciones como a la de establecer ámbitos acotados de discrecionalidad dirigidos a las autoridades encargadas de aplicar las normas.

El segundo se refiere justamente a este aspecto, el de las autoridades que deben aplicar las normas y gracias a cuyos márgenes de apreciación es posible hablar de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora caso por caso.

A. La decisión normativa de la extensión de la potestad administrativa sancionadora

Respecto a la primera perspectiva cabe diferenciar una reflexión más general referida principalmente al rol del legislador y una más concreta referida a la potestad reglamentaria.

⁶⁷⁹ Vid. por todos, sobre los criterios de distinción entre acto administrativo y reglamento, Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo I*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 115-118.

a. Perspectiva general. El rol principal del legislador

Toda decisión normativa implica una valoración de oportunidad. Cuando una norma, cualquiera que sea su rango, establece un régimen jurídico determinado, está poniendo de manifiesto una serie de valoraciones u opciones por parte de quien la formula acerca de la oportunidad de establecer y diseñar dicho régimen jurídico. Valoraciones que van desde la decisión misma de regular o no una determinada materia hasta la de precisar uno u otro de sus contenidos en cualquiera de los aspectos finalmente regulados.

Lo mismo debería suceder en el Derecho Administrativo Sancionador. Pese al automatismo que a menudo parece inspirar a nuestro legislador a la hora de tipificar infracciones y sanciones en los más variados sectores de actividades en las que interviene la Administración⁶⁸⁰, debemos seguir pensando, al menos en principio y en líneas generales, que cuando ello es así es porque el legislador ha llevado a cabo un juicio acerca de la oportunidad o no de encauzar por la vía sancionadora administrativa la respuesta del ordenamiento jurídico a determinadas situaciones⁶⁸¹. Existencia, pues, de un juicio de oportunidad sobre si establecer o no un régimen sancionador en un determinado sector de actividad que además en algún caso sí ha explicitado el legislador⁶⁸². Y juicio de oportunidad, también, sobre el tipo de sanción que proceda (clase de sanción, cantidad, duración, etc.) una vez se ha decidido establecer tal régimen. Así como, finalmente, en el régimen facultativo u obligatorio que total o parcialmente se decida predicar de la potestad sancionadora.

Estos juicios de oportunidad están o deben estar detrás, hemos dicho, de toda norma, cualquiera que sea su rango. Empezando, pues, por la ley. Es al legislador al que

⁶⁸⁰ De modo que se ha hablado de la concesión de poderes sancionadores como algo casi propio de una cláusula de estilo en las leyes: Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, op. cit., p. 26.

⁶⁸¹ El carácter fundamental de los problemas que plantea en definitiva esta cuestión, la conveniencia o no de que un régimen sancionador respalde toda norma jurídica, ya ha sido objeto de reflexión en este trabajo. No parece que todas las cautelas derivadas de tal reflexión a la hora de proponer una coherencia en el recurso al mecanismo estrictamente sancionador sean incompatibles con la presencia de una auténtica opción por parte del legislador.

⁶⁸² Ha sido el caso de la nueva legislación lingüística de Catalunya llevada a cabo por la Ley catalana 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística, en cuya disposición adicional 5ª se dispone expresamente que "Aquesta llei no estableix sancions per als ciutadans i ciutadanes", optando únicamente por una remisión al régimen sancionador en materia de telecomunicaciones y de disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y usuarios en el caso del incumplimiento de determinadas obligaciones por parte de los concesionarios y empresas y entidades afectadas.

corresponde, de acuerdo con las características de nuestro sistema político-constitucional, tomar las grandes opciones⁶⁸³ y decisiones de ponderación entre principios en tensión⁶⁸⁴, todo ello en ejercicio de una libertad de configuración, más allá de una mera discrecionalidad, sin más límites que los establecidos por la Constitución⁶⁸⁵. En este caso esta libertad de configuración debe traducirse en el diseño básico del régimen sancionador en todos los aspectos que hemos apuntado. El apoyo argumental de tal punto de partida no ofrece demasiados problemas, quedando claramente explicitado en todo el bagaje jurisprudencial y doctrinal al que tendremos ocasión de aludir sobre el principio de legalidad y la reserva de ley en materia sancionadora, concretamente a propósito del establecimiento de infracciones y sanciones. Lo cual debe ser extendido, sin duda, a la decisión misma de preconfigurar espacios de discrecionalidad en determinados casos y en relación a determinadas autoridades con carácter general, puesto que si no hay duda sobre el carácter político de la decisión con criterios de oportunidad sobre el ejercicio de la potestad punitiva en cada caso concreto, qué decir de una decisión normativa, de carácter general, al respecto.

Hemos de recordar, sobre esto, que no faltan ejemplos sobre casos bastante claros de concesión con carácter general de espacios de discrecionalidad al configurarse por ejemplo determinadas sanciones, entre ellas el apercibimiento, como alternativas. En general, sin embargo, como ya hemos visto en el capítulo I, es difícil extraer a partir de la redacción de las leyes líneas concluyentes acerca de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Lo cual nos lleva a formular una conclusión en clave de propuesta: si, como parece demostrar la realidad, a menudo es conveniente la existencia de cualesquiera márgenes de discrecionalidad, es al legislador a quien corresponde primariamente su establecimiento - claro está con los límites inherentes a su función, es decir, con carácter de generalidad-, con sus supuestos y sus límites explícitamente formulados. Situación que siempre es preferible a

⁶⁸³ Sobre el rol central de la ley y los fundamentos contemporáneos de la reserva de ley, permítasenos la remisión a nuestro trabajo, y a la bibliografía allí tratada, "Participació ciutadana en l'elaboració dels reglaments i reserva de llei: algunes consideracions", *Autonomies*, nº 21, 1996, pp. 264-266 y 268-269. En reciente jurisprudencia constitucional no es difícil encontrar directas alusiones a este amplio margen de libertad del legislador derivado de su posición constitucional y de su específica legitimidad democrática: puede verse un conjunto de referencias en el voto particular de Mendizábal Allende (FJ 1), de la STC 136/1999, de 20 de julio.

⁶⁸⁴ Rodríguez de Santiago, *La ponderación...*, op. cit., p. 59.

⁶⁸⁵ Vid. por todos Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 522 y 549-551.

un ejercicio, con delimitación de criterios *de facto*, con los consiguientes riesgos, de ese poder de decisión, por parte de los órganos encargados de aplicar la ley.

Preferencia para la libertad de configuración del legislador, pues, que deriva de los principios democráticos presentes en todas las materias. Pero una libertad que evidentemente no es absoluta. Si el régimen constitucional de nuestra época se caracteriza precisamente por acabar con una situación de poder omnímodo del poder legislativo⁶⁸⁶, ello se refleja en todas las facetas de la regulación de las potestades de los poderes públicos. Y ya hemos visto a nivel introductorio y seguiremos viendo con más detalle que no son pocos los aspectos constitucionales que condicionan y limitan la acción de los poderes públicos, empezando por el legislador, en la materia objeto de nuestro estudio. Lo cual hace que debamos remitirnos a los sucesivos apartados de este capítulo. De forma bastante reciente, el Tribunal Constitucional se ha encargado de recordar la relevancia de este dualismo entre poder de configuración del legislador y de presencia de límites en su decisión sobre la extensión dada a la potestad punitiva penal⁶⁸⁷, cuyo régimen a estos efectos debe ser claramente extendido a las sanciones administrativas, tal como hemos tratado de argumentar en el capítulo III.

Hay que destacar que estos límites presentes en el poder de ordenación del legislador, dentro de su importante margen de elección política, inciden no sólo en el respeto hacia las normas superiores, la Constitución, sino también hacia la actuación de instancias inferiores. Las exigencias constitucionales de necesidad y de proporcionalidad suponen en definitiva la imposibilidad de hurtar la adecuación a las circunstancias concretas de cada caso por parte de la autoridad encargada de aplicar la ley, en lo que constituye el significado último de la noción jurídica de regulación, como se ha visto en el capítulo IV⁶⁸⁸.

Ello ha permitido al *Conseil Constitutionnel*, como sabemos, llegar a un juicio negativo del carácter automático de las sanciones⁶⁸⁹. Nuestra jurisprudencia constitucional tampoco ha dejado de señalar la necesidad de que los órganos aplicadores puedan apreciar las

⁶⁸⁶ Vid. por todos Pérez Royo, *Curso...*, op. cit., p. 61.

⁶⁸⁷ Nos referimos a la importante STC 136/1999, de 20 de julio, que tendremos ocasión de comentar más detenidamente.

⁶⁸⁸ Timsit, *Archipel de la norme*, op. cit., p. 188.

⁶⁸⁹ Recientemente, no sin dejar de invocar directamente el art. 8 de la declaración de 1789, vid. sus decisiones 97-389 DC de 22 abril 1997 (en relación a medidas de policía); 98-404 DC de 18 diciembre 1998; 99-411 DC de 16 junio 1999 y especialmente, 2000-433 DC de 27 julio 2000. Vid. para más referencias anteriores en este mismo sentido, Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, 1997, pp. 440-442.

circunstancias propias de cada supuesto⁶⁹⁰. No en otra cosa consiste el fundamento de la discrecionalidad administrativa, que "surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público"⁶⁹¹, y que encuentra un apoyo constitucional firme en la cláusula de servicialidad al interés general en la actuación de las Administraciones Públicas⁶⁹². La norma general, pues, normalmente no deberá cerrar el paso a la ponderación concreta, de modo que, como se ha dicho, será preferible que establezca preferencias *prima facie* de los bienes o principios de que se trate, más que absolutas⁶⁹³.

Pero ello no se refiere sólo a la relación entre legislador y Administración, sino que concierne también a la fijación de estándares generales de actuación en relación a su posterior aplicación. Elementos en tensión, que deben tratar de equilibrarse⁶⁹⁴, característicos del concepto de la discrecionalidad⁶⁹⁵ y que por tanto habrán de ser tenidos debidamente en cuenta al hablar de otro de los límites, el relativo a la forma de las decisiones con respecto a los criterios generales de actuación.

Es el momento ahora de referirse a los principales problemas planteados a nuestros efectos por la potestad reglamentaria.

⁶⁹⁰ STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 30: La apertura del tipo penal de colaboración o apoyo a grupos terroristas sólo es constitucionalmente admisible en la medida en que "se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas".

⁶⁹¹ Exposición de motivos de la LJCA de 1956, apartado IV. En la doctrina, sobre el fundamento material de la discrecionalidad en la necesidad de una cierta actividad valorativa para la satisfacción de los intereses generales, para su conformación a una realidad dada, vid. especialmente Mozo Seoane, *La discrecionalidad...*, op. cit., pp. 265, 396 y 410.

⁶⁹² Vid. en la doctrina, sobre la conexión entre las exigencias constitucionales del art. 103.1 CE y la discrecionalidad administrativa, Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad...*, op. cit., pp. 161 ss.

⁶⁹³ Rodríguez de Santiago, *La ponderación...*, op. cit., p. 165.

⁶⁹⁴ Dado que en definitiva ambos responden a garantías del ciudadano en la tipificación de los ilícitos y su aplicación: la exigencia de una ley previsible pero no excesivamente rígida: vid. respectivamente las SSTEDH 24 mayo 1988 (Müller y otros contra Suiza, pto. 29) y 25 mayo 1993 (Kokkinakis contra Grecia, pto. 40). Piénsese asimismo en la importancia de verificar las circunstancias de cada caso para aplicar una medida de protección del orden público en relación a las garantías del afectado. Vid. por ejemplo recientemente al respecto, en el ámbito comunitario, la STJCE 10 febrero 2000, asunto Ömer Nazli y otros contra Stadt Nürnberg (ptos. 57-59). En nuestra jurisprudencia constitucional vid. la STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3.

⁶⁹⁵ Galligan, Denis J., *La discrezionalità amministrativa* (traducción de Francesca Innamorati), Giuffrè, Milán, 1999, pp. 34-37.

b. Consideraciones sobre la potestad reglamentaria en el Derecho Administrativo Sancionador

No es nuestra intención aquí, naturalmente, dar cuenta de toda la evolución del tema del contenido y los límites de la potestad reglamentaria en materia sancionadora, cuestión sobre la que mucho se ha escrito ya y sobre la que existen notables aportaciones bien conocidas⁶⁹⁶ y cuyo contenido sería inapropiado reproducir ahora. Simplemente, de lo que se trata en este momento es de situar este tema desde la perspectiva de las autoridades encargadas de tomar las decisiones de oportunidad en materia sancionadora.

Desde este ángulo, cabría pensar de entrada que desde el momento en que existe la potestad de dictar normas, reglamentarias, esas decisiones existen sin la menor duda, tanto en lo que se refiere a la oportunidad sobre el hecho de tipificar infracciones y sanciones como a su contenido⁶⁹⁷. Sin embargo, la medida en que ello sea así, en materia sancionadora, parece normal pensar que estará estrictamente ligada a los límites que en este campo acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria desde las exigencias constitucionales de reserva de ley. Es pues, adecuado recordar, ahora sí, que, a pesar de que se trata de una materia difícil de reconducir a reglas generales estrictas, con el riesgo de que los "matices" acaben por desnaturalizar los principios iniciales -quizás excesivamente rígidos y exigentes-⁶⁹⁸, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha mostrado bastante exigente a la hora de contemplar la posibilidad de que por vía reglamentaria se regulen aspectos relativos a la potestad administrativa sancionadora.

Así, entre otros aspectos, sólo pueden ser infracciones las acciones u omisiones subsumibles en una norma con rango de ley, siendo así que el reglamento no puede contener una regulación que no esté claramente subordinada a la ley. Si ello es así, se podría llegar a la conclusión de que realmente el margen de apreciación de oportunidad de la autoridad que dicta

⁶⁹⁶ Vid., de una manera especialmente depurada, Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 199 ss.

⁶⁹⁷ Cabe recordar aquí, en efecto, que la posibilidad de dictar normas, la potestad reglamentaria, ha sido tradicionalmente destacada como un ámbito en el que de manera especial y por naturaleza es posible introducir consideraciones de oportunidad. Así, sobre la correlación entre potestad reglamentaria y discrecionalidad, vid. De la Cruz Ferrer, Juan, "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", *RAP*, nº 116, 1988, p. 67 y sobre la correlación entre generalidad y discrecionalidad vid. Mozo Seoane, *La discrecionalidad en la Administración...*, op. cit., pp. 75 y 163.

⁶⁹⁸ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 263.

el reglamento es casi nulo al menos en lo que se refiere a decidir qué comportamientos quedan o no sometidos a un régimen sancionador.

Sin perjuicio de reconocer que efectivamente la fuente reglamentaria parece un campo más propicio para consideraciones de oportunidad en lo que concierne a detalles como la medida exacta de una sanción que en lo que se refiere a aspectos sustantivos, ya que las decisiones básicas las debe tomar el legislador, no conviene perder de vista los matices presentes en la caracterización de esta reserva de ley.

Comencemos por recordar la integridad del razonamiento jurídico llevado a cabo por el Tribunal Constitucional -en unas fechas que permiten la cita de consolidados antecedentes- dentro del cual se hallan las afirmaciones antes destacadas:

"En lo que se refiere, de modo específico, a la garantía formal, hemos dicho también que el mandato del citado art. 25.1 "determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer". La Constitución [...] "prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (...) pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora" (STC 3/1988, fundamento jurídico 9º; en análogos términos, STC 101/1988, fundamento jurídico. 3º)"⁶⁹⁹.

En concordancia con ello, son bien conocidos los términos en que el legislador básico de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común se ha hecho eco de esta doctrina del Tribunal Constitucional⁷⁰⁰.

Es decir, que, si bien con carácter complementario a la ley, el reglamento incide tanto en el aspecto de someter o no ciertas conductas al régimen sancionador de que se trate (se habla de "identificación de las conductas") como de precisar el contenido de la medida

⁶⁹⁹ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10. Vid. más recientemente la STC 60/2000, de 2 de marzo.

⁷⁰⁰ Así, el art. 129.3 LRJPAC establece que "Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes".

sancionadora. Y dado que se trata, por limitado que sea, del ejercicio de una potestad normativa, consideraciones de oportunidad deberán estar en la base de las correspondientes elecciones.

Y es que, en el marco de las exigencias de la realidad en este terreno de la reserva de ley en materia sancionadora - en general, no cabe olvidar que las leyes no pueden ser exhaustivas⁷⁰¹- consideraciones de oportunidad están presentes a la hora de admitir la colaboración reglamentaria, tal como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional: "el alcance de esa reserva de ley no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de competencias de las potestades públicas bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que puedan variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales o materiales"⁷⁰².

Así pues, en la medida en que el despliegue normativo de los reglamentos tiene cabida, en los términos indicados, podemos concluir con toda normalidad que los juicios de oportunidad con su doble contenido no se agotan en la ley y que por tanto está aquí presente una faceta discrecional en esta fase del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.

Pero si de lo que se trata es de establecer límites y criterios de distinción en la presencia y la extensión de los márgenes de decisión en tal ejercicio, debe hacerse especial hincapié en las situaciones especiales y sus fundamentos.

Así, debemos indicar que la presencia de estos juicios de oportunidad que llenan de contenido este margen de discrecionalidad en materia sancionadora quizá es más visualizable todavía en el campo de las ordenanzas locales, por sus especiales características. En efecto, bien conocidas son las razones en virtud de las que estos instrumentos normativos constituyen una importante especificidad en general y en particular en lo que se refiere al Derecho

⁷⁰¹ "La exigencia de ley para tipificar infracciones administrativas no puede ser tomada de una manera absoluta. Desde el punto de vista práctico, no cabe pensar que las Cortes Generales y los Parlamentos Regionales puedan entrar a regular de una manera exhaustiva todo el enorme ámbito de la potestad sancionatoria que se despliega en España prácticamente en todos los campos del actuar administrativo"; Sanz Gandasegui, Francisco: *La potestad sancionatoria de la Administración: La Constitución española y el Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1985, p. 110.

⁷⁰² STC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9. Vid. también la STC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8.

Administrativo Sancionador⁷⁰³. Especificidad que parece ir consolidándose claramente en los últimos años tanto a nivel legal como jurisprudencial, por fin, constitucional⁷⁰⁴. Si ya en cuanto a los reglamentos en general ha quedado indicado que necesidades ineludibles de la realidad provocan que sea necesario acudir a tales instrumentos normativos, en el caso de las ordenanzas locales ello cuenta con justificaciones particulares y añadidas, ya que hay que tener en cuenta factores como la variedad de situaciones imaginables en el mundo local, la menor trascendencia o levedad de las infracciones y sanciones en este ámbito (relativas a aspectos típicos de la convivencia vecinal), y sobre todo la especial vinculación que genera entre ley y ordenanza la autonomía local y la configuración institucional a la que da lugar.

Finalmente, cabe destacar también que el ámbito de las *relaciones de sujeción especial* ha sido tradicionalmente objeto de consideraciones flexibilizadoras en lo que al principio de legalidad se refiere, de modo que el Tribunal Constitucional ha establecido que en ellas el reglamento puede llegar a tener un campo más abierto en la definición de infracciones y establecimiento de sanciones. Sin que debamos ahora entrar a recordar todos los eslabones de esta doctrina, indicaremos que el alto tribunal, si bien ha explicitado (en un párrafo que conviene leer más de una vez) que tal flexibilización no puede implicar la falta de aplicación del mencionado principio, su adaptación a estos casos de relación de sujeción especial es lícita, siempre que guarde proporción con la intensidad de la sujeción⁷⁰⁵. Y en este sentido es el

⁷⁰³ Permítasenos hacer remisión sobre ello a nuestro trabajo (y a las fuentes que allí se citan) "La potestat sancionadora en el Reglament d'obres, activitats i serveis", en la obra colectiva coordinada por Font i Llovet, Tomàs, *Dret Local. Ordenances, activitats i serveis públics*, Edicions Universitat de Barcelona, Marcial Pons, Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 1997, pp. 351-371.

⁷⁰⁴ Hay que hacer referencia en primer lugar a la modificación, realizada por la Ley 10/1999, de 21 de abril, de la LOSC, a cuyo art. 29.2 añade el siguiente párrafo: "Para la concreción de las conductas sancionables, las ordenanzas municipales podrán especificar los tipos que corresponden a las infracciones cuya sanción se atribuye en este artículo a la competencia de los Alcaldes, siempre dentro de la naturaleza y los límites a los que se refiere el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Sin ánimo ahora de detenernos en la cuestión, se observa cómo, si bien por una parte se reconoce explícitamente el rol importante en la práctica desarrollado por las ordenanzas locales (en la línea de lo que se comenta en la Exposición de Motivos de la nueva ley) éste no deja de reconducirse a los parámetros generales de referencia para la potestad reglamentaria (art. 129.3 LRJPAC), lo cual podría ser interpretado en clave insatisfactoria desde el punto de vista de las innegables peculiaridades de estos instrumentos normativos locales.

En lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, establece una flexibilidad en el alcance de la reserva de ley en materias donde existe un amplio campo para la regulación municipal por parte del Pleno del Ayuntamiento la STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6.

⁷⁰⁵ STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8.

propio Tribunal Constitucional el que recuerda que anteriormente, contemplando un supuesto de máxima intensidad (situación de preso) admitió "la normación reglamentaria en castigos, bien que en relación con la Ley (General Penitenciaria) que establecía las previsiones generales"⁷⁰⁶.

Queden simplemente enunciados estos dos grupos de casos para tomar conciencia de la importancia de distinguir entre realidades peculiares y la consiguiente relevancia de la tarea de perfilar poco a poco los criterios que permitan llegar a esas distinciones con efectos en cuanto al régimen jurídico en este caso del ejercicio de la potestad sancionadora. Para ello nos remitimos a la segunda parte de este apartado, puesto que se trata de una tarea paralela a la de distinguir entre los tipos de autoridades encargadas de aplicar la ley.

B. Los márgenes de decisión a la hora de aplicar la normativa

Lo hasta ahora tratado no deja de pertenecer a la discrecionalidad en el plano general de la ordenación de las conductas, con lo cual se sitúa en un nivel distinto de lo que se puede asociar *prima facie* a la idea de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. En efecto, tal como se ha podido exponer también en capítulos anteriores, a lo que ésta remite es a sí, dadas unas determinadas normas (incluidos los reglamentos) con su regulación del régimen sancionador, la Administración dispone o no de poderes de apreciación acerca de la oportunidad de sancionar o no y/o del contenido de la sanción para así acabar adoptando la solución que mejor satisfaga al interés general en cada caso concreto. Esta es la principal pregunta a la que aquí intentamos responder. Lo que ocurre es que no hay que perder de vista que muy probablemente no resulta indiferente a los efectos de obtener su respuesta el hecho de que, por ejemplo, por fuentes de rango inferior a la ley se puedan delimitar aspectos sustantivos del régimen sancionador que contienen las ya mencionadas valoraciones de oportunidad. En ningún caso se trata, como con facilidad se puede imaginar, de aspectos desvinculados. Al fin y al cabo la Administración puede incidir en el ejercicio de

⁷⁰⁶ STC 2/1987, de 21 de enero. Vid. las precisiones que derivan de la STC 61/1990 en: Nieto García, Alejandro, "La potestad sancionadora y los casos de especial sujeción en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", en *Estudios sobre la nueva LRJPAC. Seminario de Derecho Local (Curso 92-93)*, Ajuntament de Barcelona, 1993, p. 72.

la actividad sancionadora por vía particular o general⁷⁰⁷. En este marco es donde adquiere también relevancia el tema de la posible autovinculación por parte de la Administración de su actividad sancionadora a través de la posibilidad de emitir normas de carácter general, no ya reglamentos, sino circulares o instrumentos en principio calificables de internos, pero que sin duda también producen efectos sobre los ciudadanos, que delimiten alguno o varios de los aspectos de tal actividad. Algo que tiene que ver con la importancia en este ámbito del respeto de la confianza legítima en las relaciones del ciudadano con las Administraciones Públicas y que mencionaremos en el apartado 6 de este mismo capítulo.

a. Valor de la presencia de criterios delimitadores

Hecha esta precisión, debemos entrar ya en el intento de ofrecer criterios de distinción a la hora de valorar la presencia y el alcance de márgenes de apreciación relevantes en el ejercicio caso por caso de la potestad sancionadora, es decir, por parte de las autoridades encargadas de aplicar una normativa dada. Como hemos dicho tales criterios se pueden hacer extensivos a tales márgenes en la producción de normas reglamentarias, en la medida en que se juzgue la idoneidad en general de la entidad titular de la potestad reglamentaria y de producción de los actos aplicativos de la normativa.

Antes de tratar de pasar a una mayor concreción de los criterios, es preciso remarcar su valor en el conjunto de nuestra tesis.

Creemos que pocos ejemplos más claros que éste se pueden hallar del rol del derecho y de la dogmática jurídica. El de establecer, detectar y desarrollar con todas sus consecuencias límites institucionales al ejercicio del poder.

En efecto, detectar y poner de manifiesto la existencia y el sentido de los criterios a la hora de distinguir entre diversos tipos de autoridades a efectos de encauzar la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora posee unas virtualidades especialmente relevantes.

Supone de entrada poner de relieve la necesidad de sacar a la luz determinados planteamientos, en este caso el de la problemática presencia de la mencionada

⁷⁰⁷ Alonso Colomer, Francisco: "El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación", *DA*, n° 141, 1971, pp. 78-79: "La potestad reglamentaria aparece en cierto sentido convertida en instrumento de la potestad sancionadora".

discrecionalidad, desmarcándose de toda actitud dogmática cualquiera que sea su signo y sustituyendo los presupuestos asumidos por las hipótesis necesitadas de verificación. Y ello porque ésa es la única premisa que hace viable la posibilidad de construir con criterios claros y racionales una serie de distinciones o una escala de posiciones que a su vez es la vía que permite imponer límites al ejercicio del poder. Límites necesarios para evitar un ejercicio arbitrario del poder, que se halla sin duda en el fondo de no pocas posturas dogmáticas pero que a través de las cuales es poco probable alcanzar.

Establecer criterios o niveles distintos de correspondencia entre el tipo de autoridad y el grado de posible discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora contribuye, pues, sin duda en mucha mayor medida que cualquier presupuesto asumido y general sobre la existencia de la misma, a ponerle límites. Límites que por tanto podrán ser fiscalizados a través de los oportunos mecanismos de control a posteriori de las decisiones tomadas (a tratar en el apartado 7). Y ello se puede apreciar tanto más que esta aproximación supone no sacar la cuestión de donde no ha dejado de estar nunca, esto es, en el terreno del ejercicio del poder, de la toma de decisiones en virtud de consideraciones de oportunidad políticamente no irrelevantes.

Ello nos conduce a su vez a una dimensión no menos relevante de toda esta cuestión, la del establecimiento y la delimitación de responsabilidades (que recuperaremos también en el apartado 7). Sólo si se es capaz de distinguir la posición y las funciones de los diversos poderes públicos, contemplando a su vez el papel de los diversos agentes en las diversas fases de actuación (a lo que nos referiremos en el apartado 5) se puede articular de forma realista un sistema que haga posible una exigencia ineludible en un sistema democrático, la de poder exigir responsabilidades en la gestión de los asuntos públicos. Pensamos que cualquier otro planteamiento que hurtara desde pretensiones jurídico-formales esta dimensión del problema sería en definitiva poco respetuoso con las exigencias de un estado democrático.

Ello no puede suponer, evidentemente, desconocer que es al Gobierno a quien corresponde constitucionalmente la dirección política de la Administración y la responsabilidad política consiguiente⁷⁰⁸. Creemos que esto no es incompatible con la exigencia de responsabilidad de gestión, políticamente no irrelevante, desde el primero hasta el último de los eslabones del Gobierno y de la Administración Pública. Las apreciaciones políticas

⁷⁰⁸ Arts. 97 y 108 CE.

difícilmente se detienen a las puertas de la distinción tajante entre Gobierno y Administración, formando más bien un *continuum*, como se ha podido constatar en el ámbito de estudio de las políticas públicas⁷⁰⁹, que por otra parte no impide hablar de niveles o de grados de intensidad con sus consecuencias naturales.

Por otra parte, entendemos que no sólo es que sea en sí misma deseable una mayor pluralidad⁷¹⁰ y precisión de mecanismos de control, de determinación y exigencia de responsabilidades, en un entorno que se pretende actualmente más exigente con las actuaciones de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos. Además, la más precisa determinación de esas responsabilidades justamente puede hacer más claro y realista el mecanismo de la exigencia de responsabilidad política del gobierno y de sus miembros. Mecanismo de toda forma parlamentaria de gobierno sobre cuyas limitaciones, por otra parte, es inevitable volver cada vez que se plantea la exigencia de autonomía y responsabilidad de instancias inferiores, señaladamente en lo que se refiere a los directivos públicos⁷¹¹.

Siendo además, como aquí defendemos, una exigencia con fundamento constitucional la de la adecuación a cada caso del ejercicio de la potestad sancionadora, de ella deriva ineludiblemente la necesidad de pasar a determinar qué autoridad está en cada circunstancia en mejores condiciones y en qué grado para llevar a cabo esa adecuación, de modo que resulta una vez más necesario detectar y explicitar criterios a estos efectos.

b. Propuesta de criterios delimitadores

Así como en lo relativo a la reserva de ley en materia sancionadora se cuenta al menos con un instrumental mínimamente desarrollado de limitación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la legislación, que constituye un punto de referencia no carente de zonas

⁷⁰⁹ Permítasenos hacer una remisión a la línea expuesta, y las referencias bibliográficas contenidas, en nuestro anterior estudio, "Govern, política i Administració...", op. cit., pp. 192-197.

⁷¹⁰ Vid. un cuadro general en Ballart, Xavier y Ramió, Carles, *Ciencia de la Administración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 527-560.

⁷¹¹ Sobre ello también tuvimos ocasión de hablar en un trabajo anterior: "Los directivos públicos: relaciones entre política y administración. Especial atención a la regulación de la LOFAGE", texto mecanografiado, pp. 55-58. Puede verse un interesante análisis, poniendo de relieve la importancia de las costumbres políticas, Beaud, Olivier, "Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés", en Beaud, Olivier y Blanquer, Jean-Michel (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, París, 1999, pp. 203 ss.

resbaladizas pero ineludible, ello está ausente en nuestro enfoque, si bien los fundamentos constitucionales están en nuestra opinión igualmente presentes. Ello implica una dificultad añadida en el tratamiento de este tema que por lo demás no debe extrañarnos a la vista de las condiciones en que a menudo hemos visto que se ha desarrollado su enfoque doctrinal y jurisprudencial.

Dada la dificultad así presente, sería poco prudente pretender aquí y ahora agotar la formulación de los criterios anunciados, pero sí creemos que nos corresponde formular una propuesta que permita abrir un camino lo más rico posible para posteriores concreciones. Es por ello que nos atrevemos a proponer al menos los dos grupos de enfoques siguientes.

b.1 Las Administraciones Independientes

El primer grupo de criterios remite ampliamente, como no podía ser de otro modo, al capítulo IV. En él ya se ha visto cómo el entorno institucional de las autoridades administrativas independientes francesas supone, teniendo en cuenta las específicas características de estas entidades, un ámbito especialmente idóneo para el desarrollo de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Debemos remitirnos, pues, a la integridad de los argumentos allí manejados y darlos aquí por reproducidos.

Sí es necesario añadir que, dado que en el capítulo IV, por las razones que allí se han explicitado, se ha desarrollado el caso francés, no creemos que haya razones específicas para dejar de trasladar la reflexión en este punto a nuestro ámbito jurídico-público, en la concreta medida en que también en nuestro país han proliferado en los últimos decenios entidades con una autonomía especialmente garantizada por medios instrumentales y orgánicos en determinados ámbitos, con una acumulación importante de funciones diversas y con la finalidad de conseguir una regulación en los sectores correspondientes.

Cuanto mayor es la autonomía, la amplitud de las funciones y por tanto de la perspectiva asumida por la entidad, asociado además todo ello con una voluntad de conseguir la regulación del sector con medios no necesariamente imperativos, más parece en efecto justificado que en el seno de tales instituciones tengan lugar márgenes relevantes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora.

Naturalmente que el grado en que ello sea así dependerá en gran medida del alcance global del rol de estas entidades. Desde este punto de vista, recientemente se ha expuesto la tesis de que, como límite constitucional de la legitimidad de las Administraciones Independientes, derivado de la necesaria dirección política del Gobierno (art. 97 CE), éstas carecen de discrecionalidad configuradora o conformadora. Discrecionalidad definida como la que permite contribuir de manera innovativa y relevante a la determinación de las condiciones características de un sector de actividad administrativa y posibilitando así participar decisivamente en una política sectorial⁷¹². Límite que va acompañado de la negación de un carácter discrecional del ejercicio de la potestad sancionadora que permitiría hablar de atribución de capacidad configuradora del sector por parte de estas administraciones⁷¹³.

Además de que a salvo queda el carácter instrumental de la potestad sancionadora⁷¹⁴, aspecto clave como hemos visto en el apartado III, y de que la doctrina no comparte unánimemente este diagnóstico⁷¹⁵, nosotros ya hemos expuesto los motivos por los que no creemos que la necesaria dirección política del Gobierno haga perder toda relevancia configuradora o de margen político a las entidades administrativas y muy señaladamente las del tipo de las administraciones independientes. Ésta es una cuestión graduable, en la que el paso de lo cuantitativo (número e importancia de las potestades) a lo cualitativo (poder configurador o no de la política del sector) resulta sumamente problemático de establecer en términos exactos⁷¹⁶.

⁷¹² Magide Herrero, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000, especialmente, desde una perspectiva general, pp. 242-244 y 309-313. Vid. también un caso concreto de afirmación de la ausencia de desarrollo de política propia alguna en el caso del Tribunal de Defensa de la Competencia, en Soriano García, José Eugenio, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 332.

⁷¹³ Magide Herrero, *Límites constitucionales...*, op. cit., pp. 338-341. Aunque se hace sin profundizar demasiado en esta concreta cuestión y con la advertencia final de la necesidad de "válvulas de escape" excepcionales.

⁷¹⁴ En relación en este caso a las funciones de supervisión: Magide Herrero, *Límites constitucionales...*, op. cit., pp. 335-337.

⁷¹⁵ Vid. Malaret i Garcia, Elisenda, "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)", *REDA*, nº 76, 1992, pp. 575 y 597.

⁷¹⁶ Lo cual no resta méritos a los datos aportados por Magide en relación a las diversas administraciones independientes: vid. *Límites constitucionales...*, op. cit., pp. 389-426.

b.2 La proximidad al ciudadano

Un segundo bloque de criterios que puede resultar operativo es el referente a la proximidad del ámbito de actuación de la Administración y de sus agentes al ciudadano. Entendido en un sentido amplio este criterio puede ciertamente ofrecer múltiples facetas, en concordancia con la voluntad apuntada en estos momentos de primar la riqueza de frentes abiertos sobre un supuesto panorama cerrado de criterios sistematizados.

Dos son al menos las direcciones en que se puede proyectar esta perspectiva.

En primer lugar, si nos referimos al tipo de Administración Pública actuante, el criterio de la proximidad haría referencia al del nivel territorial de administración, intensamente ligado a la autonomía de la gestión de los respectivos intereses reconocida en el art. 137.1 CE y que muy especialmente cabe considerar en el caso de la autonomía local tal como se apuntó al hablar de las peculiaridades en ese ámbito de la potestad reglamentaria.

En segundo lugar, si nos referimos al concreto agente de la autoridad actuante, el elemento de la proximidad haría referencia a los niveles más próximos de funcionarios en relación al ciudadano. Los agentes que entran en contacto directo con el ciudadano y sobre la relevancia de cuya actividad no ha dejado de llamar la atención la literatura de las políticas públicas⁷¹⁷. Si bien ésta es una cuestión que implica en definitiva hablar de la articulación de las fases del procedimiento haciendo especial hincapié en el diseño y desarrollo de las inspecciones, aspecto que no se abordará hasta el apartado 5, sí que es oportuno aquí hacer referencia a un planteamiento general.

Nos referimos a lo ineludible que resulta plantear, por importantes y justificados que sean los recelos que suscite⁷¹⁸, el poder de apreciación en manos de los agentes de la autoridad. Algo que en el ámbito penal ha sido claramente puesto de manifiesto a propósito de la práctica policial de las amonestaciones⁷¹⁹ y que sería poco realista dejar de lado⁷²⁰. Lo sería

⁷¹⁷ A ello hicimos referencia, y a las correspondientes citas bibliográficas, en nuestro trabajo "Govern, política i Administració...", op. cit., p. 195.

⁷¹⁸ Sobre la correspondencia en general entre la autonomía policial y modelos autoritarios y totalitarios, vid. Delmas-Marty, *Les grands systèmes...*, op. cit., pp. 188, 206 y 218.

⁷¹⁹ Vid. especialmente, con análisis en tres países distintos, el estudio de Souchon, Henri, *Admonester. Du pouvoir discrétionnaire des organes de police*, Éditions du CNRS, París, 1982. Especialmente, sobre la indiscutible existencia práctica de actuaciones basadas en decisiones tomadas por criterios de oportunidad, pp. 23, 25, 38-39, 46-48, 140-142 y 181.

precisamente a causa de esa nota de la proximidad, del contacto con todos los órdenes de disfunciones que obliga a constatar, a arbitrar, a aconsejar, a castigar... y que permite hablar en definitiva de una verdadera *magistratura de lo cotidiano*⁷²¹. Algo que tiene mucho que ver con las notas de descentralización del servicio, de conocimiento idóneo del medio y de concepción de misión social de la policía, propias de la tradición británica⁷²².

En tercer lugar el criterio en sentido amplio de la proximidad también puede conectarse con ámbitos de relaciones especialmente intensas entre la autoridad y los sujetos sobre los que puede recaer el ejercicio de la potestad sancionadora, los supuestos conocidos como relaciones especiales de sujeción. Pero ello siempre con la condición de ceñir este tipo de relaciones a los supuestos estrictos en que resultan justificables en nuestro sistema constitucional, lejos de extensiones desmesuradas que han sido oportunamente rechazadas por la doctrina más reciente⁷²³, cuando no la propia categoría en sí⁷²⁴. Precisamente las notas de la inmediación o la proximidad es una de las que ha permitido delimitar doctrinalmente el ámbito de estas relaciones⁷²⁵. En cualquier caso, al margen ahora de una discusión en la que no podemos entrar, la de la subsistencia de la categoría misma de las relaciones especiales de sujeción, dicha nota genera peculiaridades innegables y con consecuencias jurídicas a tener en cuenta. Consecuencias relevantes para nuestro objeto de estudio en la medida en que suponen la exigencia de una flexibilidad especialmente intensa para garantizar el funcionamiento eficaz del ámbito afectado⁷²⁶. Un ejemplo tradicional de márgenes de apreciación para la incoación o sobreseimiento de los expedientes en este ámbito, comprensible por sus características, es el relativo al régimen disciplinario de alumnos en centros no universitarios⁷²⁷.

⁷²⁰ Vid. también en general Lascoumes y Barberger (dir.), *Le droit pénal administratif...*, op. cit., p. 6.

⁷²¹ Souchon, *Admonester...*, op. cit., p. 8.

⁷²² Souchon, *Admonester...*, op. cit., p. 142.

⁷²³ Vid. los intentos de García Macho, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 168 ss. y el muy elaborado de López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 159 ss. Vid. la lista de supuestos previstos en el estudio clásico en este tema en Gallego Anabitarte, Alfredo, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho", *RAP*, nº 34, 1961, pp. 25-26.

⁷²⁴ Vid. Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones...*, op. cit., pp. 412-415.

⁷²⁵ Vid. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, op. cit., pp. 195 y 283.

⁷²⁶ Vid. García Macho, *Las relaciones...*, op. cit., p. 171. Sobre la relación entre relaciones especiales de sujeción y discrecionalidad, vid. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, op. cit., pp. 388-397.

⁷²⁷ Vid. Chinchilla Marín, Carmen, "El nuevo régimen disciplinario de los alumnos no universitarios", *REDA*, nº 64, 1989, p. 565; Rebollo Puig, "Interesados y denunciadores...", op. cit., p. 75 y Huergo Lora, "La

Naturalmente, el que todos estos supuestos sean casos en los que cabe plantear con una especial justificación una cierta discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora por razón del tipo o la situación de la autoridad pública actuante, no debe hacer olvidar la presencia de ciertos límites o condiciones. Entre ellos merecen especial atención los dos siguientes.

En primer lugar, un dato común y del que parece difícilmente separable toda la reflexión presente es el del tendencial carácter leve de las conductas implicadas, cuya tipificación puebla de forma importante el panorama de nuestro régimen sancionador en multitud de ámbitos. El carácter leve de los comportamientos, a los que afectaría un importante margen de apreciación a la hora de decidir la adopción de medidas sancionadoras, es algo que parece ínsito en gran parte de las tipificaciones de infracciones y sanciones⁷²⁸ que se hallan en las ordenanzas locales. Piénsese en la pluralidad de conductas de ese tipo que aparecen en las ordenanzas de policía y buen gobierno, relativas a todo lo que se refiere a la convivencia ciudadana. También en los estudios mencionados sobre la práctica policial de la amonestación aparece de forma relevante este dato de la levedad de las conductas⁷²⁹.

En segundo lugar, no cabe perder de vista que, específicamente en relación a la proximidad al ciudadano por parte del personal de las Administraciones Públicas, aquí debería estar presente una condición relativa precisamente al carácter de agente de la autoridad de este personal, contrapeso necesario a la especial posición ocupada por el agente en unas circunstancias en las que no resulta viable configurar las decisiones de otro modo. Requisito que se ha desarrollado a propósito de la cuestión de la presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador⁷³⁰ y que entendemos que debe trasladarse como requisito para la viabilidad del reconocimiento de un margen importante de apreciación en la práctica de actuaciones sancionadoras. El carácter público, con los fundamentos y responsabilidades que ello conlleva, de este tipo de decisiones, y que tendremos ocasión de retomar en el apartado 3, no puede llevar a otra conclusión.

desigualdad...", op. cit., p. 216.

⁷²⁸ Así, por ejemplo, en la ordenanza municipal sobre la tenencia de animales domésticos de compañía de Monistrol de Calders de 3 mayo 1996, se establece que la sanción más grave es de 500 ptas.

⁷²⁹ Vid. Souchon, *Admonester...*, op. cit., pp. 74, 139 y 157, entre otras. De la misma forma hay que considerar los ámbitos de sujetos afectados, muy especialmente los menores: pp. 46, 79 y 118.

⁷³⁰ Vid. sobre sus orígenes, sentido y configuración actual, Aguado i Cudolà, Vicenç, *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas, Madrid, 1994, especialmente pp. 29-38 y 109 ss.

De esta manera se pone de manifiesto que es posible suministrar criterios, con sus respectivas particularidades y condiciones, para ofrecer, al menos, tal como hemos tratado de hacer, puntos de partida que establezcan una correspondencia entre las características y la situación de la autoridad y la puesta en práctica de márgenes discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora que tengan atribuida.

3. Límites relativos a los sujetos afectados

Cuando se habla del ejercicio de la potestad sancionadora, hablar de los sujetos afectados remite tradicionalmente casi en exclusiva a las personas que son objeto de posible sanción⁷³¹. El carácter punitivo de la decisión final hace que todo el procedimiento, con una importante inspiración en el Derecho Penal, vaya orientado primordialmente a la protección de las garantías, de los derechos de defensa del imputado.

Naturalmente ello constituye un límite al ejercicio del poder sancionador por parte de las Administraciones Públicas. Pero cuando se trata de detectar límites en los márgenes de apreciación discrecionales a la hora de adoptar una medida sancionadora, como es nuestro caso, enseguida se pone de manifiesto que los límites tendrán que ver de forma muy relevante no con quien, en este caso, finalmente no sea objeto de sanción, cuya esfera de derechos e intereses resulta beneficiada, sino con quien tenga alguna pretensión de que esa sanción fuera adoptada o con quien tuviera algo que objetar a esa falta de sanción en ese caso concreto.

En consecuencia, al hablar de sujetos que pudieran llegar a ser considerados como afectados de forma negativa por el no ejercicio de la potestad sancionadora, principal manifestación de la discrecionalidad aquí tratada, y por tanto que podrían constituir sendos límites al ejercicio de tal discrecionalidad, se pueden concretar en dos.

En primer lugar, aquellas personas que pretendan la reacción punitiva contra un sujeto, interés que se puede manifestar sobre todo a través de la denuncia.

En segundo lugar, aquellas personas sancionadas en idénticas o similares circunstancias que en cambio no conducen a la sanción en otros casos en que se decide no aplicar estrictamente la normativa.

⁷³¹ Vid. Requena López, Tomás, "¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento sancionador?", *RAAP*, nº 26, 1996, pp. 43-45.

Se plantean, así, dos graves problemas jurídicos, el de la posición del denunciante en el procedimiento sancionador (A) y el de la igualdad de los ciudadanos en la falta de ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (B), sobre cuyos elementos básicos hay que tomar posición.

A. La posición de los denunciantes interesados

Al hablar de los denunciantes interesados, nos referimos a aquellas personas que han puesto en conocimiento de las autoridades la comisión de una posible infracción pero que además tienen un interés concreto, por resultar afectados en alguna medida por los hechos que están en la base de tal infracción, en que la acción sancionadora prospere.

a. La necesaria tutela de los terceros afectados

De entrada, no creemos que ofrezca duda alguna que la Administración Pública, en sus actuaciones, debe siempre tener en cuenta la globalidad de intereses concurrentes, y por tanto también los intereses de terceros afectados por una actuación que inicialmente pueda parecer que concierne sólo a dos partes -Administración e imputado en el caso de la adopción de una medida sancionadora- Una consideración atenta a la cláusula constitucional de la servicialidad a los intereses generales (art. 103.1 CE) así lo impone. La Administración debe velar o estar atenta a la posición resultante de sus actuaciones y sus omisiones de terceros afectados⁷³².

Desde este punto de vista, nada serio parece objetar al fondo de las manifestaciones doctrinales que en los últimos años han puesto especial énfasis en defender la posible condición de interesado de los denunciantes, frente a una jurisprudencia rígida que separaba tajantemente la cualidad de denunciante de la de interesado en el procedimiento sancionador⁷³³. Una separación tajante que en efecto no parece posible derivar de la definición

⁷³² Así lo defendimos, más ampliamente y centrandó el objeto de estudio en la decisión sobre las medidas cautelares a adoptar en el proceso contencioso-administrativo y en la ponderación de la diversidad de intereses en ella presentes, en nuestro anterior estudio *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 119-178.

⁷³³ Especialmente destacados son dos artículos en este sentido: el de Rebollo Puig, Manuel, "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", *PJ*, nº 29, 1993 y el de Cobreros Mendazona,

con criterios materiales que la legislación general de procedimiento establece de la condición de interesado⁷³⁴.

Es más, si la Administración debe en todo momento velar por los intereses generales incluyendo la posición de los terceros afectados, incluso de aquellos que menos oportunidades tienen de manifestar su punto de vista, debe tener en cuenta tales intereses incluso con independencia de que las personas afectadas hayan presentado una denuncia. Puesto que en definitiva la ausencia de denuncia, si bien puede ser un buen indicio, no prejuzga el que existan esos otros intereses, que pueden ser múltiples y complejos según las circunstancias.

Éste es un límite que evidentemente la Administración deberá siempre tener en cuenta a la hora de decidir sobre el ejercicio de la acción sancionadora en los casos en que posea algún margen de decisión al respecto. De forma general, en todas sus decisiones, la Administración debe siempre ponderar la diversidad de elementos presentes para tomar la decisión más adecuada a los intereses generales.

Ahora bien, si ello es así sin duda en general o en abstracto, cuando se habla concretamente de las decisiones sancionadoras de la Administración hay que concretar más en qué consiste este límite.

Ya hemos dicho que si ese límite consiste en la obligación de ponderar por parte de la Administración los diversos elementos en presencia, como ocurre con toda decisión administrativa, nada se puede objetar.

Edorta, "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", *RVAP*, nº 41, 1995. Vid. sobre los diversos y sólidos argumentos en ellos manejados las pp. 61 ss. y 763 ss., respectivamente. Como es bien sabido, una variada normativa ha empezado a incorporar elementos en esta línea de mayor apertura en la consideración de otros interesados en el procedimiento sancionador. Vid. Cobreros Mendazona, "La posición del denunciante...", op. cit., pp. 786-793.

Una mención aparte debe ser hecha en este sentido a la Ley vasca 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, que acoge la noción de interesados como los que, además de los inculcados, promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos (art. 30), de modo que se llega a dar el paso de posibilitar la iniciación del procedimiento sancionador a instancia de parte (art. 35).

Finalmente, señalaremos que la relevancia de los terceros afectados para limitar la libertad de apreciación de las potestades administrativas, ésta ha sido también especialmente puesta de relieve en lo que se refiere a la ejecución de los actos administrativos: vid. Lafuente Benaches, Mercedes, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 77; Barcelona Llop, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pp. 306-308 y Gómez Puente, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 710.

⁷³⁴ Art. 31 LRJPAC.

Pero a menudo es fácil pasar de este primer estadio, y de lo que podría considerarse como uno de sus instrumentos jurídicos, la consideración del denunciante como interesado, a un segundo nivel, entendemos, mucho más controvertido. Consistiría en defender el carácter de alguna manera obstativo de la presencia de los denunciantes para una decisión administrativa acerca de la procedencia o no de iniciar un procedimiento sancionador en el caso de existir márgenes de apreciación al respecto. De forma que se entendería que la Administración puede poseer ese margen de decisión que sin embargo pierde o decae cuando el tercero denunciante interesado se dirige a ella reclamando el ejercicio de la potestad sancionadora⁷³⁵. Implicaría ello en definitiva defender la posibilidad de exigir a la Administración el ejercicio de la potestad sancionadora en relación a un tercero.

b. ¿Derecho a obtener la sanción de un tercero?

Es al realizar este segundo paso donde creemos que existen graves riesgos que hay que tratar de evitar.

Si se habla de la presencia de denunciantes como elemento de enervación de la discrecionalidad en la actuación administrativa lo que se está poniendo en duda en última instancia es el carácter público del ejercicio de la acción sancionadora.

Tratar ampliamente los tipos de intereses, y su articulación, en el castigo de las infracciones a la ley en general sería tanto como abordar la evolución misma del Estado a lo largo de la historia de la humanidad, algo acerca de lo que huelga toda indicación sobre su posibilidad y conveniencia de ser repasado en estos momentos.

Sí que resulta necesario en cambio señalar alguna regla básica en nuestro actual contexto jurídico-político. En él conviven diversos elementos, concordantes en general con la evolución de las instituciones en nuestro entorno -que a su vez presenta también, como no puede ser de otra manera, elementos de diversa procedencia- y con peculiaridades de nuestro país también relevantes.

⁷³⁵ Vid. Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 147: "parece conveniente (o más bien, inevitable) dejar en manos de la Administración la decisión de perseguir, o no, a los infractores, salvo que haya interesados en tal persecución que así lo soliciten".

Entre los elementos propios de la evolución del Estado no cabe olvidar que en general el propio desarrollo progresivo del mismo y en particular hacia los regímenes democráticos modernos es correlativo con la exclusividad del Estado en la garantía del interés general reflejada en el ámbito penal en el monopolio de la represión en todas sus dimensiones⁷³⁶. Lo cual evidentemente convive con matizaciones e incluso quiebras de diverso carácter en el tiempo y en el espacio⁷³⁷.

Entre las peculiaridades de nuestro país ocupa un lugar no poco destacado la consagración de la acción popular incluso a nivel constitucional⁷³⁸, que hay que intentar también situar en esos inevitables vaivenes de la historia y del Derecho comparado⁷³⁹. Sin embargo esto no deja de ser ciertamente original en el panorama comparado, dado que implica la ausencia de monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal⁷⁴⁰, y que no ha sido ajeno a equívocos históricos⁷⁴¹. No obstante, no deja de estar presente en este tipo de mecanismos la consideración de establecer controles en la actuación de los poderes públicos en un terreno, como es el específicamente penal, en que los riesgos de desviaciones o exclusivismos y sus consecuencias políticas de alta intensidad pueden resultar especialmente dañinos⁷⁴². Este tipo de contrapesos en este específico marco es el que está también presente de algún modo en el ejercicio de la oportunidad por parte del Ministerio Fiscal en la acción penal en Francia, que queda enervado al desencadenarse automáticamente la acción pública cuando la víctima lleva su acción civil ante la jurisdicción represiva⁷⁴³.

⁷³⁶ Vid. Lochak, Danièle, "La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie?", en VVAA, *L'État de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, París, 1996, p. 455.

⁷³⁷ Vid. Van de Kerchove, "L'intérêt à la répression...", op. cit., pp. 93 ss.

⁷³⁸ Art. 125 CE: "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales".

⁷³⁹ Sobre otros contextos históricos y comparados de los argumentos de la ideología de la acción popular y del papel de la parte lesionada, vid. Mathias, *Les procureurs du droit...*, op. cit., pp. 96 ss.

⁷⁴⁰ Vid. especialmente Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., pp. 151-157.

⁷⁴¹ Vid. Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 154.

⁷⁴² Vid. en este sentido las apreciaciones positivas sobre la vigencia de la acción popular en su calidad de contrapeso o control de la actuación del Estado en: Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 152 y Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 157.

⁷⁴³ Vid. sobre este límite: Angibaud, *Le parquet*, op. cit., pp. 61-63; Volff, *Le ministère public*, op. cit., p. 63; Levasseur, Chavanne, Montreuil y Bouloc, *Droit pénal...*, op. cit., p. 201 y Díez-Picazo, *El poder de acusar...*, op. cit., p. 14. Obsérvese la similitud al menos aparente de este mecanismo con alguna de las propuestas entre nosotros presentes de eliminar la decisión administrativa basada en criterios de oportunidad cuando los interesados reclamen la acción sancionadora. La especificidad señalada en este punto del ámbito

Pero la mencionada peculiaridad, además, no puede poner en duda el carácter esencialmente público de la decisión de sancionar. El Tribunal Constitucional ha insistido en diversas ocasiones en que no hay que confundir el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que además forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que implica que las exigencias del art. 24 CE no se agotan en el proceso penal en las garantías establecidas en favor del imputado, con el "derecho material a penar", "de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado", no otorgando la Constitución ningún derecho a obtener condenas penales. Desde la perspectiva constitucional, según esta jurisprudencia, no existe interés legítimo en la imposición de un castigo, puesto que la pena pública supone la ausencia de móviles privados en su aplicación, sin que exista pues un pretendido derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona. No existe tampoco un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, y sí a obtener un pronunciamiento motivado del juez sobre la calificación de los hechos y expresando si es el caso las razones por las que se produce la inadmisión de la tramitación⁷⁴⁴.

En virtud de los argumentos desarrollados en el capítulo III creemos que se deben extender estas concretas consideraciones al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Debe recordarse, además, que la acción popular se ciñe claramente, desde la Constitución, al ámbito penal, y que dicha acción no está presente con carácter universal en el Derecho Administrativo Sancionador. Aspecto que no parece ajeno a las mencionadas peculiaridades del ámbito penal, a la mayor valoración de los bienes jurídicos por él protegidos⁷⁴⁵, y que por tanto no parece fácilmente extrapolable, pese al deseo expresado por parte de la doctrina de extender en este punto íntegramente el régimen penal al administrativo sancionador⁷⁴⁶.

penal, la complejidad de equilibrios y de instituciones presentes en cada contexto y en cada país hacen poco recomendables las extrapolaciones.

⁷⁴⁴ Contienen esta jurisprudencia sentencias como las siguientes: STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 7; STC 74/1997, de 21 de abril, FJ 5; STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 2; STC 138/1999, de 22 de julio, FJ 5; STC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; STC 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; STC 168/2001, de 16 de julio, FJ 7 y STC 178/2001, de 17 de setiembre, FJ 3.

⁷⁴⁵ En este sentido, Requena López, "¿El ocaso de la concepción...", op. cit., p. 50.

⁷⁴⁶ Desde una perspectiva general, y asociándolo claramente a la negación de la discrecionalidad a la hora de abrir un expediente sancionatorio y de sancionar dentro de él, García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso...*, op. cit., p. 186. Desde una perspectiva sectorial, la de la protección del medio ambiente, calificando

En atención a todo ello compartimos las advertencias que alguna doctrina ya ha expuesto sobre el peligro de *triangular* el ejercicio de las potestades públicas en Derecho Administrativo⁷⁴⁷. Del mismo modo que compartimos las advertencias sobre las consecuencias de hablar, más allá de la aproximación entre proceso penal y acción civil de reparación, especialmente del acceso de particulares al proceso penal esgrimiendo intereses generales con finalidades punitivas⁷⁴⁸. Así como las observaciones acerca de los delicados equilibrios que se deben guardar en el seno de una sociedad democrática en la configuración de una institución ambivalente como es la denuncia⁷⁴⁹.

Es a la Administración Pública a quien pertenece la decisión más adecuada a los intereses generales, con racionalidad y coherencia aplicativa de criterios, sin que la eventualidad o aleatoriedad de la concurrencia de intereses, que por razones de diversa naturaleza tienen ocasión de manifestarse, pueda significar un cambio de rumbo automático en la decisión administrativa⁷⁵⁰. No hay que olvidar que ésta es la única forma de dar continuidad al compromiso a menudo existente en nuestra época entre la adopción de la ley penal y su grado de aplicación, algo que hemos abordado en el capítulo II al comentar la relevancia de la función simbólica de las normas punitivas⁷⁵¹.

En estas condiciones, sin embargo, no se puede decir tampoco que desaparezca toda vinculación en la actuación administrativa, sino que ésta presentará otros rasgos que tratamos de caracterizar a continuación.

de "problema de consecuencias insospechables" la inadmisión genérica de la acción popular en el Derecho administrativo, Jordano Fraga, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 342.

⁷⁴⁷ Vid. especialmente el enfoque adoptado por Amoedo Souto, Carlos Alberto, *Poder policial y Derecho Administrativo*, Universidade da Coruña, 2000, pp. 223-224: "el reforzamiento de la posición jurídica del denunciante provoca una alteración de los equilibrios existentes en las complejas relaciones entre autoridad sancionadora y sujeto infractor que muy bien puede llevar a generar distintos efectos perversos". Vid. también, del mismo autor, "Luces y sombras del control jurisdiccional de la potestad sancionadora en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa: ¿Garantía o "performance" de la Administración de Justicia (y de la sancionadora)?", *RVAP*, nº 58, 2000, pp. 37-38.

⁷⁴⁸ Vid. Van de Kerchove, "L'intérêt à la répression...", op. cit., pp. 112-113.

⁷⁴⁹ Vid. especialmente Lochak, "La dénonciation...", op. cit., especialmente, como conclusión, p. 467. Vid. también sobre los problemas de la denuncia en el ámbito sancionador administrativo, Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 34-35. Cabe también recordar la existencia de alguna bibliografía de administrativistas relativa a los problemas de la acción popular, citada en nuestro trabajo *Pluralidad de intereses...*, op. cit., p. 157.

⁷⁵⁰ Vid. en este mismo sentido Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., pp. 219-220.

⁷⁵¹ Vid. además de las citas allí indicadas Van de Kerchove, "L'intérêt à la répression...", op. cit., p. 107.

c. Retorno al concepto de sanción...

Si han existido y existen pretensiones de hacer valer el interés de terceros en que la Administración culmine la vía sancionadora, no hay que suponer necesariamente que ello no pueda responder a aspiraciones legítimas. Nadie tacharía por ejemplo de ilegítima la acción de un vecino de denuncia y de defensa de su interés en que se sancione a un establecimiento cercano que a diario le provoca graves molestias de cualquier tipo si ésta es la única vía de restablecer su derecho a vivir en condiciones dignas.

Pero obsérvese entonces que lo que se vuelve a plantear de manera cruda es el concepto de sanción, que hemos tenido ocasión de comentar en el capítulo II y que aquí muestra una de sus facetas problemáticas prácticas más acuciantes. ¿No deja de ser una disfunción el hecho de que en abstracto una actuación sancionadora sea la única manera de restablecer, pongamos por caso, situaciones de perturbaciones de las condiciones ambientales de vida? ¿Detrás de las pretensiones de defender los intereses de los denunciantes no se encontrará precisamente una configuración excesivamente amplia de las sanciones en nuestro Derecho?

Así se ha puesto de manifiesto, en efecto, por parte de la doctrina defensora de una superación de la rígida separación entre denunciante e interesado a la que hacíamos referencia anteriormente⁷⁵². E incluso se podrían defender posturas contrarias a los principios mencionados en el apartado anterior teniendo en cuenta las patologías existentes de hecho a ese nivel conceptual. La defensa de la condición de interesados se entiende mucho mejor si se piensa por ejemplo en los casos en que la posibilidad de reparación de los perjuicios ocasionados va anexa o ínsita a la sanción⁷⁵³.

Resulta claro que una adecuada depuración conceptual de lo que significa una sanción administrativa permitiría obtener resultados sumamente clarificadores en esta cuestión. Siguiendo la línea expuesta en el capítulo II, las sanciones no pueden ser, dadas sus características intrínsecas (procedimiento que requiere un mínimo tiempo, valoración de una conducta pasada...) un instrumento únicamente orientado a restablecer el orden de convivencia o a reparar una situación alterada. Sus fines no son únicamente punitivos, y difícilmente las medidas y los fines se asocian en parejas inamovibles, pero ello no impide reconocer que si lo

⁷⁵² Rebollo Puig, "Interesados y denunciantes...", op. cit., p. 72.

⁷⁵³ Vid. especialmente en este punto Requena López, "¿El ocaso de la concepción...", op. cit., pp. 47 ss.

que se pretende es exclusivamente este tipo de acciones de policía o reparadoras, el camino más idóneo no es una medida sancionadora. La sanción se tiene que poder adoptar con independencia de la "urgencia" de la adopción de tales medidas.

Ello, insistimos, no quiere decir que una vez adoptada la sanción ésta no adquiera un significado de tutela de valores que están detrás también de medidas de policía o reparadoras. Simplemente, este significado o esta finalidad son incorporadas en niveles distintos, es decir, no en una situación concreta de necesidad de tutela sino en una contribución diferida y más abstracta. Lo cual confiere ese aspecto más propiamente simbólico -más apreciable en cierto sentido cuanto más leve es la sanción- a la sanción que es precisamente el que permite hablar de una decisión sobre su adopción basada en criterios de oportunidad sin grave perjuicio para los derechos de los ciudadanos especialmente en lo que se refiere a la igualdad.

La eliminación de situaciones que provocan graves perjuicios y la reparación de éstos, en cambio, sí que no parecen en general susceptibles de decisión en atención a criterios de oportunidad sin transgresión de esos derechos. Creemos que aunque tanto estas decisiones como las sancionadoras son decisiones públicas que sólo a los intereses públicos deben atender⁷⁵⁴, su incidencia diversa en la posición de los ciudadanos obliga a establecer esta diferencia, sobre todo si, como hemos indicado, hablamos de sanciones más bien leves por un lado y efectos preventivos o reparadores más bien graves por el otro. Por tanto cabría aspirar *de lege ferenda*, para mantener esa coherencia conceptual mencionada, a que fuera posible pedir medidas de policía o reparadoras con independencia de las causas que llevan a decidir la imposición o no imposición de una sanción, sin que quepa desconocer la dificultad de llevar a cabo tal tarea.

No creemos, sin embargo, que tras esta depuración conceptual, pueda decirse que deba desaparecer todo interés en que prospere la acción punitiva desde el momento en que éste quedaría desligado de pretensiones inmediatas de policía o reparación. De la misma manera que no es inverosímil que la sanción persiga fines paralelos a esas otras medidas pero de forma más abstracta o diferida, algo parecido se podría entender en relación a los interesados. No se puede descartar, y más si se atiende a la pluralidad y diversidad de supuestos difícilmente reconducibles a unidad, la existencia por ejemplo de un interés reparador en abstracto, cercano a un beneficio moral, espiritual o simbólico, por una parte, y colectivo o

⁷⁵⁴ Lo que lleva a Huergo Lora a extender el mismo tipo de reflexiones a las medidas de gravamen no sancionadoras: "La desigualdad...", op. cit., p. 191.

difuso, por otra. Situaciones propias respectivamente de los agraviados por la comisión de una infracción y de los grupos en defensa de determinados bienes o valores, por ejemplo⁷⁵⁵.

Creemos que ese tipo de pretensiones que pueden subsistir en un procedimiento sancionador, además de las que evidentemente puedan tener lugar en los casos legalmente admitidos de acción popular, pueden ser portadas por los denunciante, que así pueden tener un especial interés en que se realicen.

Pero precisamente a causa de ese proceso de depuración conceptual, ese interés no podría llegar a ser tan apremiante como para pretender obligar a la Administración a adoptar una determinada medida, sustituyendo su capacidad de decisión. En cambio, sí resultaría un interés suficiente para obtener de la Administración una explicación motivada y clara de sus decisiones, ya que los deberes de transparencia y publicidad en su actuación y la posición que ocupa en relación al ciudadano que pretende obtener aclaraciones o informaciones sobre sus actos no están ligados a un interés más específico e individualizado o basado en una necesidad perentoria, sino que definen sin más el tipo de relaciones entre Administración y ciudadano.

Así pues, nada que objetar a la consideración de interesados también en los procedimientos sancionadores. Interesados la legitimidad de cuyas pretensiones de hacer prosperar la adopción y ejecución de las sanciones no cabe en principio descalificar, y cuya posible presencia ha sido incluso mencionada por la jurisprudencia constitucional⁷⁵⁶. Interesados que tendrán las pertinentes vías de recurso en su caso⁷⁵⁷, pero sin imponer su apreciación particular⁷⁵⁸, esto es, sin enervar una posible decisión discrecional pública de la Administración que por definición debe ponderar motivadamente todos los factores en juego (¿o es que la idea preconcebida de la discrecionalidad es otra?). Naturalmente todo ello será más difícil, aunque quizá no imposible, en los casos en que legalmente, como ya hemos

⁷⁵⁵ Vid. sobre la rica diversidad de casos que se pueden presentar, Rebollo Puig, "Interesados y denunciante...", op. cit., pp. 71-74; Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., pp. 211-215.

⁷⁵⁶ STC 66/1984, de 6 de junio, FJ 3, que se refiere a la necesaria ponderación de los intereses generales y de terceros, además de los del sancionado, en la ejecutividad de las sanciones, tratándose de un caso, no obstante, confesadamente específico (FJ 1), el del régimen de viviendas de protección oficial. No en vano éste es uno de los sectores preferidos a la hora de exponer por la doctrina los supuestos de consideración de denunciante como interesado: las sanciones van acompañadas de medidas como la imposición de realización de obras.

⁷⁵⁷ Vid. Cobreros Mendazona, "La posición del denunciante...", op. cit., pp. 785-786; Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., pp. 206-209. Concretaremos algo más este tema en el apartado 5.

⁷⁵⁸ Coincidimos en este punto una vez más con Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., pp. 219-220.

señalado, se ha recogido como novedoso factor de desequilibrio en esta construcción⁷⁵⁹ la posibilidad del inicio del procedimiento administrativo sancionador a instancia de parte, en la medida en que se obligaría en cualquier caso a diferir la decisión a un procedimiento ya en marcha⁷⁶⁰, obligando a utilizar la técnica del archivo, sobre la que volveremos en el apartado 5. Habrá que ver en qué medida esta novedad será secundada o se quedará más o menos aislada.

Con independencia pues ahora de ello, está claro que la perspectiva indicada de los interesados constituye un condicionamiento efectivo de la forma de las actuaciones administrativas que en sí mismo y en su repercusión en actuaciones futuras es necesario también proponer como límite del ejercicio de la discrecionalidad en la potestad sancionadora. Lo cual a su vez nos permite enlazar con los aspectos subyacentes al segundo tipo de problemas anunciados en relación a los sujetos afectados.

B. Los términos del necesario respeto del principio de igualdad (remisiones)

Otro de los eventuales grupos de sujetos negativamente afectados por la falta de ejercicio de la potestad sancionadora en determinados casos por razones de oportunidad es el de los que sí lo han sido en circunstancias idénticas o similares. Se plantea así en qué términos debe ser entendido aquí el siempre necesario respeto del principio y el derecho de igualdad.

La respuesta que masivamente viene dando la jurisprudencia, con escasas excepciones, a esta cuestión tiene un signo bien conocido. Se rechaza la igualdad en la ilegalidad, con lo que

⁷⁵⁹ Pese a que la exposición de motivos (pto. IV) de la ley que recoge esta posibilidad, la ya mencionada ley vasca de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconoce explícitamente, en concordancia con la jurisprudencia del TC en materia penal que hemos tenido ocasión de mencionar, que el ciudadano no tiene derecho a castigar. Sí se sostiene, en cambio, que como víctima posible de la infracción "tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio". Todo ello teniendo en cuenta además la imposibilidad de exigir en el procedimiento sancionador el resarcimiento de los daños individuales derivados de la infracción.

⁷⁶⁰ Puesto que las causas de inadmisibilidad de la solicitud de apertura del procedimiento tal como están reguladas en la ley en que este mecanismo está previsto no parecen dar margen alguno a decisiones de oportunidad (falta de claridad en la solicitud no subsanada, carencia notoria de fundamento, falta de condición de interesado: art. 35.4 de la Ley vasca sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas).

cualquier pretensión de anular la propia sanción basada en la ausencia, ilegal, de tal medida, en otros casos, queda rotundamente negada⁷⁶¹.

La simplicidad de esta solución no deja de ser insatisfactoria. Se trata de un argumento que implica de forma implícita o inevitable reconocer la existencia de situaciones patológicas sin ofrecer remedios plausibles, y la doctrina, además de señalar los problemas de aplicación prácticos existentes⁷⁶² ha empezado a considerarlo un desacierto propiciador de arbitrariedades⁷⁶³.

Nosotros creemos que ciertamente cualquier solución extrema en este ámbito es poco satisfactoria. Tanto la línea jurisprudencial indicada, como una supuesta línea diametralmente opuesta que diera siempre relevancia a los casos en que no se sanciona a efectos de anular las sanciones impuestas, lo cual conduciría como es fácil imaginar a verdaderas situaciones de vértigo anulatorio, si vale la expresión⁷⁶⁴.

Un camino más realista y fértil creemos que es, una vez más, el de los límites concretos y circunstanciados de la actuación administrativa. No es posible afirmar o negar apriorísticamente la virtualidad del argumento de la igualdad sin atender a las circunstancias concretas en que se ha movido la actuación administrativa. Viendo cuál ha sido su línea de actuación, sus criterios, su transparencia, su publicidad, su respeto de la confianza legítima, su motivación... Todo un elenco de principios que hoy se pretende que inspire lo máximo posible las relaciones entre Administración y ciudadano y que son los que de forma conjunta deben proporcionar una respuesta circunstanciada en cuanto al trato equitativo y justo que supone la igualdad entre los ciudadanos. Para una consideración algo más detenida de estos elementos cabe remitirse, pues, al apartado 6, y al apartado 7 en cuanto a su traducción en un control a posteriori de la decisión administrativa en este caso sancionadora.

⁷⁶¹ Vid. sobre esta jurisprudencia Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., pp. 193-194. Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de reiterar esta doctrina: STC 27/2001, de 29 de enero, FJ 7. Para la situación de esta jurisprudencia en Francia puede verse Pellissier, Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, París, 1996, p. 33.

⁷⁶² Vid. Alonso García, Enrique, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *RAP*, nº 100-102, 1983, pp. 25-28.

⁷⁶³ Vid. muy especialmente Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 24, 143, 147 y 367.

⁷⁶⁴ "No se puede pretender que, porque la Administración haya dejado sin sancionar una infracción grave, tenga que hacer siempre lo mismo. Pero si no se trata de un acto ocasional de permisividad, sino que se venía aplicando un criterio de tolerancia con determinadas infracciones por su menor gravedad, tampoco se puede dejar al arbitrio de la Administración el abandonarlo o no a voluntad ante un caso concreto": Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., p. 196.

Por lo demás, el que el derecho a la igualdad no se vea vulnerado cumpliéndose los requisitos mencionados es algo que también debe matizarse en función de las situaciones diversas que plantean también diversas exigencias. Pero sobre ello hablaremos en el apartado siguiente, de modo que a él damos paso.

4. ¿Existen límites relativos a la materia?

A la hora de plantear los criterios capaces de establecer límites o niveles en el ejercicio de la discrecionalidad en la potestad sancionadora, es inevitable plantearse la cuestión de si es posible establecer distinciones en función de la materia afectada.

A. Determinación del sentido de este criterio

Formulamos el título de este apartado en forma de pregunta puesto que, si por materia entendemos el sector afectado, no parece fácil llegar a una respuesta positiva a la misma y por tanto a una sistematización de los supuestos a diferenciar en este apartado.

En efecto, no parece que podamos establecer una escala de sectores que por sí mismos sean susceptibles en una mayor o menor medida de albergar márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora que en ellos esté prevista. Medio ambiente, tráfico, circulación y seguridad vial, seguridad ciudadana, dominio público en sus múltiples manifestaciones, etc., etc.: teniendo en cuenta la tremenda diversidad de situaciones que se plantean en todos estos y los demás ámbitos en los que está prevista un amplio despliegue de la potestad administrativa sancionadora, ¿qué criterio relativo a la materia en sí misma puede llegar a establecer a priori diferencias útiles en cuanto a la aplicación de márgenes de discrecionalidad en su ejercicio?

Se podría establecer la hipótesis de que ciertos sectores de la intervención administrativa en que sea probable la producción de graves daños deberían ser ajenos a toda consideración de discrecionalidad, reforzándose tal hipótesis por la protección expresa de los intereses así protegidos a nivel constitucional. Tal podría ser el caso del medio ambiente. Pero ya sabemos que precisamente ha sido en este sector donde con mayor intensidad se han ideado mecanismos que posibilitan una aplicación de las normas sin todo el rigor que en principio

sería exigible (recuérdense los supuestos de los planes de descontaminación gradual). Algo que responde a exigencias que a su vez están en la base de las apreciaciones de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. De manera que inmediatamente podría entenderse truncada una vía de delimitación así basada en los sectores materiales afectados.

Ahora bien, ¿quiere ello decir que no es posible establecer, por generales que sean, criterios que tengan en cuenta factores tan atendibles como el propuesto, relativo a la gravedad de los supuestos?

A nuestro entender es claro que no. Lo que sucede entonces es que esos criterios ya no estarán propiamente en función del sector en sí mismo, sino de una serie de circunstancias, transversales, que son susceptibles de ser aplicadas a cualquier sector y que como máximo se podrá llegar a detectar que están más o menos presentes en cada uno de ellos. Pero en cualquier caso lo relevante es la fundamentación de la operatividad de esas circunstancias, y no su cuantificación exacta, si es que tal cosa es posible, en cada sector material de intervención administrativa, algo que resultaría imposible en un trabajo con las pretensiones del nuestro.

Sin que ello deba significar tampoco cerrar la puerta definitivamente a un intento de detectar sectores donde podría estar especialmente justificado recurrir a la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Se puede proponer, por ejemplo, el caso de sectores como la ordenación bancaria, que ya ha sido puesto de relieve en este sentido⁷⁶⁵, a causa de los gravísimos perjuicios o efectos en cadena que puede generar una actuación de los poderes públicos, debido entre otros factores a la relevancia del factor de la confianza del público. Aunque, naturalmente, ello tiene el reverso de la posible incidencia en la igualdad de los sujetos afectados por la actuación pública que de inmediato trataremos.

Siguiendo, pues, la primera línea propuesta, nos atrevemos a sugerir dos tipos de criterios relativos a la materia entendida en este segundo sentido que pueden llegar a suponer límites o grados en la legitimidad de los márgenes de elección en el ejercicio de la potestad sancionadora.

⁷⁶⁵ Vid. el interesante enfoque al respecto de Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, "Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva", en *Libro homenaje al profesor J.L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 424 ss.

B. Los criterios propuestos

Atendiendo a lo explicitado, entre otros, en el primer apartado de este capítulo, entendemos que son necesarios y pueden resultar especialmente útiles dos criterios: el que se refiere a la gravedad de las conductas y el que se refiere a la incidencia en los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

a. La gravedad de las conductas

Nos parece evidente que a priori las consecuencias jurídicas en el tema que nos ocupa no pueden ser las mismas estando ante conductas o comportamientos de carácter leve que de carácter grave. Cuanta mayor gravedad presente un comportamiento, más objeciones entendemos que cabrá plantear al juego de criterios de oportunidad en la base del ejercicio de la potestad sancionadora que recaiga sobre tales conductas.

Al menos tres argumentos nos parecen llevar directamente a esta apreciación, cada uno de los cuales reflexiona sobre alguno de los elementos que están en la base o que exigen el planteamiento de la cuestión de debatir la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora.

En primer lugar, naturalmente no son idénticos los supuestos fácticos en cuanto a su elemento cuantitativo. Si parece claro que exigencias de tipo cuantitativo están presentes en la necesidad de plantearse la operatividad de márgenes discrecionales en la acción punitiva - recordemos lo apuntado en este sentido en el capítulo III en relación a la criminalidad de bagatela como ámbito privilegiado de desarrollo del principio de oportunidad en el derecho procesal penal comparado- habremos de concluir que las acciones graves quedarán por naturaleza más alejadas de tales exigencias y por tanto de la necesidad de recurrir a criterios de oportunidad en la actividad sancionadora. Dado que, en definitiva, las acciones más graves son muy inferiores en cantidad, por definición, a las menos graves, en las que puede incurrir e incurrir prácticamente cualquier persona en cualquier momento. No creemos que tal afirmación venga necesitada de mayores demostraciones. Lo cual no quiere decir, evidentemente, que sea fácil la delimitación de los casos precisos a incluir en estas calificaciones.

En segundo lugar, no cabe perder tampoco de vista otro de los elementos que se encuentran con una intensidad notable en la base de la legitimidad y la conveniencia de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, el del carácter en cierto modo simbólico de las previsiones estrictamente sancionadoras, algo a lo que hemos tenido ocasión de referirnos en el capítulo II. Pues bien, tampoco parece precipitado concluir que este carácter simbólico se acentuará más cuanto menor sea la entidad de la conducta y viceversa. Cuanta mayor sea la gravedad de la conducta infractora y mayor en consecuencia la sanción menos factible en efecto parece hablar de un carácter meramente simbólico de la misma.

En tercer lugar, si pasamos de los argumentos favorables a la adopción de decisiones sancionadoras en virtud de criterios de oportunidad a los contrarios, hemos de constatar lo siguiente. Uno de los argumentos que juzgamos más atendibles en contra de la consideración de tal adopción es el que consiste en poner de relieve el elemento de garantía de ciertos bienes jurídicos de la previsión de las sanciones administrativas. De modo que "si las conductas tipificadas como infracciones son portadoras de un desvalor que hace a sus sujetos merecedores de una sanción, no resulta aceptable reconocer a la Administración la facultad de no perseguirla"⁷⁶⁶. Creemos que el argumento es sólido, pero debe ser tamizado por la diversidad de situaciones existentes. El desvalor es un elemento de presencia graduable que por tanto, en nuestra concepción, hace que las consecuencias jurídicas no deban ser las mismas. De manera que precisamente el argumento mencionado es útil para establecer intensidades y por tanto límites. A mayor gravedad de la conducta, mayor desvalor y por tanto menor compatibilidad con decisiones basadas en puros criterios de oportunidad.

Puesto que lo que en definitiva late en la base de este criterio es que las decisiones por razones de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, si bien responden a valores jurídicos de innegable relevancia, crean inevitablemente situaciones de desigualdad tanto más inaceptables que mayor es la gravedad de los hechos y de sus consecuencias.

Y con ello enlazamos con el segundo criterio.

Antes de entrar en él, sin embargo, debemos puntualizar que este primer criterio de la gravedad de las conductas puede llevarnos a concluir que algún sector típico de intervención o de reglamentación administrativa queda especialmente incluido en los casos en que mayor parece la justificación y el margen para la vigencia de criterios de oportunidad en el ejercicio

⁷⁶⁶ Magide Herrero, *Límites constitucionales...*, op. cit., p. 340.

de la potestad sancionadora. Nos referimos concretamente al ámbito de la regulación de los múltiples aspectos incluidos típicamente en las ordenanzas locales de policía y buen gobierno. La levedad de la mayor parte de conductas en ellas recogidas⁷⁶⁷, pese a que también en ese ámbito existe a veces una cierta heterogeneidad⁷⁶⁸, su cotidianidad y su proximidad en cuanto a la actividad vigilante y represiva de las autoridades sobre la que ya hemos tenido ocasión de hablar en el apartado 2 constituyen sin duda elementos claros que permiten atenuar hasta casi hacer desaparecer (en la medida en que el aspecto puramente simbólico recupera su protagonismo casi exclusivo) los efectos de agravio comparativo que puede conllevar toda diferencia de actuación basada en criterios de oportunidad. Todo ello debe ser convenientemente sopesado en cada caso con un obligado prisma proporcional, más allá de puros criterios cuantitativos absolutos, ya que es la única manera de no ser objeto de graves y fundadas críticas basadas en los agravios que a su vez puede comportar el hecho de concentrar las posibilidades de aplicación de la discrecionalidad a una tipología determinada de infracciones⁷⁶⁹.

b. La incidencia en los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos

Ya hemos insistido al principio de este capítulo en que uno de los límites que ineludiblemente hay que tener en cuenta en el tema que nos ocupa es el de la especial preferencia que el texto constitucional otorga a los derechos fundamentales. La primera pregunta que se debe formular para juzgar la legitimidad jurídico-constitucional de la aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es la de en qué términos quedan afectados los derechos de los ciudadanos.

Creemos posible establecer dos aspectos distintos sobre este tipo de límites.

⁷⁶⁷ Sobre todas estas cuestiones de la levedad de las sanciones y su incidencia, que puede entenderse paralela, en el régimen de la reserva de ley, permítasenos de nuevo la remisión a nuestro trabajo "La potestad sancionadora...", op. cit., pp. 362-363.

⁷⁶⁸ Es posible en una misma disposición encontrar prohibiciones tan dispares como vertir residuos industriales y extender la ropa en lugares que dan a la vía pública: art. 18.2 de la ordenanza municipal de policía y buen gobierno de Rellinars, publicada en el B.O.P. de Barcelona de 30 abril 1996.

⁷⁶⁹ Algo sobre lo que también hemos tenido ocasión de hablar en el capítulo III en relación al Derecho Penal y a cuyas referencias cabe remitirse.

El primer aspecto se refiere a la incidencia general de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en los diversos derechos fundamentales que se pueden llegar a ver afectados. Es evidente que la relación entre los diversos derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente y la incidencia negativa que en forma de sanciones puede llegar a tener la actuación de los poderes públicos genera múltiples campos posibles de limitación importante en esta última.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido claramente que no es indiferente el modo de configurar las previsiones punitivas para el respeto del ejercicio lícito de los derechos fundamentales. Y que en concreto una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de "desaliento" en relación al ejercicio lícito de determinados derechos fundamentales⁷⁷⁰. Pensamos que este tipo de razonamientos puede ser trasladable al aspecto concreto de la actividad sancionadora que nos ocupa, en tanto en cuanto no deja de suponer una cierta autonomía de decisión en la expansión de la actividad sancionadora susceptible de entrar en colisión con espacios de libre desarrollo de los derechos de los ciudadanos. Esta aplicabilidad, que haría posible establecer juicios de inconstitucionalidad en relación a determinadas configuraciones de la aplicación de la potestad sancionadora, es posible gracias sobre todo a dos planos de razonamientos.

Aplicabilidad, en primer lugar, del argumento manejado en el Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, en virtud de las premisas que hemos tratado de dejar claras en el capítulo III.

Aplicabilidad, en segundo lugar, al concreto aspecto de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Y ello en la medida en que de lo que se trata es de hacer referencia a espacios de la vida del ciudadano que, por la especial dimensión de libertad de actuación protegida que supone su consagración a nivel constitucional de libertad y derecho fundamental, deben quedar lo menos constreñidos posible, lo mínimo imprescindible en una sociedad democrática -como reiteradamente ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, por la actuación de los poderes públicos.

⁷⁷⁰ Cabe destacar últimamente la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 29, en relación a la incidencia en las libertades de expresión, de información y de participación política de un precepto del anterior Código Penal que establecía determinadas penas, que se entienden así desproporcionadas, para el delito de colaboración con banda armada. La sentencia tiene varios y prolongados votos particulares.

Qué duda cabe de que si lo que comporta básicamente la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es la posibilidad de eludir en ciertos casos la vía punitiva en favor de otro tipo de soluciones, esa limitación que se pretende reducir al mínimo no tiene lugar, sino más bien al contrario. Del mismo modo que los enfoques del garantismo penal no rechazan una cierta discrecionalidad que se orienta no a extender, sino por contra a excluir o reducir la intervención penal⁷⁷¹.

Pero hay que tener en cuenta que, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el efecto disuasorio del ejercicio de las libertades "se refuerza" en los casos en que, por ejemplo a causa de la relativa indeterminación del precepto penal, se crea alguna "incertidumbre" acerca de si la actividad que traduce el ejercicio de la libertad en cuestión es o no lícita, incertidumbre que puede "inhibir de modo natural" tal ejercicio⁷⁷². Cosa que puede entenderse presente, por definición, en las situaciones en que existe un margen de discrecionalidad en el ejercicio de las potestades, aunque ello no debe ser incompatible, como veremos más tarde, con el respeto de principios de coherencia o legítima confianza en la adopción de decisiones. Fundamento, pues, para un límite por razón de la materia que se centraría como hemos dicho, especialmente en los derechos que implican libertades de actuación y que siempre será graduable en función de la gravedad y del grado de afectación de la actuación del poder público sobre esa libertad⁷⁷³.

El segundo aspecto que se puede detectar al plantear en general la incidencia del ejercicio discrecional de la potestad sancionadora en los derechos de los ciudadanos es de carácter más transversal. Nos referimos a la perspectiva del que no deja de ser otro, y no cualquiera precisamente, sino la premisa de todos ellos⁷⁷⁴, de los derechos fundamentales reconocidos, el de la igualdad ante la ley.

⁷⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), Trotta, Madrid, 1995, p. 105.

⁷⁷² Misma sentencia y mismo fundamento jurídico que los mencionados en la nota anterior.

⁷⁷³ Necesidad de graduar el nivel de afectación a los derechos fundamentales a efectos de no extremar los efectos de este tipo de límites que como se sabe no es ninguna novedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Vid. por ejemplo sobre las limitaciones del contenido de los decretos-leyes la STC 111/1983, de 2 de diciembre.

⁷⁷⁴ Pérez Royo, *Curso...*, op. cit., p. 282. Vid. sobre la significación profunda del principio de igualdad en cuanto a la singularidad de la Constitución como forma de ordenación del poder, pp. 39-43 y 92 ss.

La aplicación discrecional de la potestad sancionadora no debe incidir en términos constitucionalmente prohibidos en la igualdad que es predicable en la posición de todos los ciudadanos. Como no toda desigualdad es en sí misma inconstitucional, sino que un trato diferente sólo es discriminatorio cuando carece de una justificación objetiva y razonable, tal como reiterada jurisprudencia ha establecido y la doctrina ha comentado⁷⁷⁵, pensamos estar en condiciones de proponer dos criterios que permiten ubicar los límites en esta cuestión. Por supuesto los mismos no pretenden cubrir la totalidad de los criterios imaginables, que seguramente sólo es posible llegar a establecer caso por caso⁷⁷⁶.

En primer lugar, como ya habíamos adelantado, la incidencia que en la igual posición de los ciudadanos tendrá la aplicación con criterios de oportunidad de las sanciones administrativas estará en directa relación de proporcionalidad con la gravedad de las conductas y de las sanciones correspondientes. Remisión, pues, a lo dicho anteriormente.

En segundo lugar, un factor que hay que tener en cuenta es el grado de afectación de la imposición o no de una sanción en la esfera de intereses, señaladamente económicos, de sujetos que mantienen un cierto tipo de relación, especialmente de signo competitivo⁷⁷⁷, con el sujeto que podría quedar afectado por la imposición o no imposición de la sanción. Ya hemos dicho que en nuestra opinión una depuración conceptual adecuada de las sanciones administrativas debería llevar a la consecuencia de desprender a ésta de elementos primordialmente dirigidos a reparar o restablecer una situación. No obstante, hay que reconocer que en ciertos ámbitos, por naturaleza, la imposición o no imposición de sanciones conlleva inevitablemente una correlativa ventaja o desventaja en relación a los mencionados sujetos. Piénsese en el ámbito de la defensa de la competencia, donde se ha recordado que "el Tribunal de Defensa de la Competencia, aun actuando en defensa del interés público de la competencia, no deja de producir ocasionalmente un arbitrio entre partes con consecuencias jurídicas y económicas de destacada magnitud"⁷⁷⁸. Se convendrá en que en estos casos debe ponderarse mucho más la "oportunidad" de adoptar o no sanciones administrativas con

⁷⁷⁵ Vid. Alonso García, "El principio de igualdad...", op. cit., pp. 37 ss.

⁷⁷⁶ Vid. Pérez Royo, *Curso...*, op. cit., p. 283.

⁷⁷⁷ Vid. Cobreros Mendazona, "La posición del denunciante...", op. cit., p. 774 y Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., pp. 211-215.

⁷⁷⁸ Baño León, José María, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 166.

criterios de oportunidad por parte de la Administración Pública. Naturalmente, la gravedad de los casos una vez más debe tamizar las consecuencias que se pudieran en un principio obtener.

C. Alcance de los límites en función los criterios propuestos

Una última consideración acerca de este tipo de límites debe llevarnos a precisar qué implican éstos en cada uno de los criterios propuestos. El reconocimiento de que en los casos mencionados haya que proceder con un especial cuidado a la hora de admitir la entrada de una cierta discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, ¿qué significa? ¿Que no es posible su admisión?, ¿que lo es "en muy pequeñas dosis"? ¿o simplemente que se puede admitir pero con unos requisitos especialmente exigentes en cuanto a su modo de aplicación? Responder con total precisión a estas preguntas resulta imposible desde una perspectiva general como la aquí adoptada, ya que se necesitaría en definitiva revisar sector a sector. Pero creemos que en este punto es posible establecer una distinción general, aunque sea a nivel de tendencias más que de determinaciones exactas, relevante y operativa.

En lo que se refiere al criterio de la gravedad de la conducta y de sus consecuencias punitivas creemos que los límites en este caso implican una efectiva reducción del ámbito abierto a la entrada de la discrecionalidad en mayor medida cuanto más se acerquen los supuestos considerados a la cualidad de muy graves. Sean cuales sean, en efecto, las condiciones en que se lleve a la práctica, la discrecionalidad en la persecución de infracciones muy graves parece repugnar en sí misma a los valores constitucionalmente vigentes, como la justicia⁷⁷⁹.

Algo parecido creemos que podría concluirse en relación a la primera variante del segundo de los criterios, la referida a la incidencia en ámbitos de libertad de los ciudadanos

Sin embargo, en cuanto a la segunda variante del segundo criterio, la de la incidencia en la igualdad, las implicaciones pueden ser distintas, siempre sin perder de vista la concurrencia o superposición inevitable con el anterior criterio. En efecto, si lo que se trata de garantizar es la igualdad de los ciudadanos, en este caso los límites no parece que deban consistir tanto en eliminar la posibilidad misma de la discrecionalidad como su sometimiento a especiales reglas de adopción y de motivación. Reglas que garanticen una igualdad reforzada, ya que una

⁷⁷⁹ Art. 1.1 CE.

igualdad absoluta no parece posible, en relación a los supuestos que no plantean este mismo tipo de problemas. Y una motivación que haga explícito este concreto aspecto.

5. Límites relativos a las fases del procedimiento sancionador

Poner de relieve los límites en el ejercicio de la discrecionalidad en cualquier ámbito supone en cualquier caso preguntarse por las circunstancias en que se produce. No cabe duda que una de esas circunstancias más relevantes es la del momento de la decisión, íntimamente ligada a la relevancia del procedimiento⁷⁸⁰.

Debe recordarse, antes de pasar a desarrollar con más detalle la cuestión, que al hablar de los conceptos de oportunidad y discrecionalidad, señalábamos cómo éstos remiten básicamente a dos tipos de juicio: el referido a la decisión misma de la intervención administrativa y el de la elección, una vez se decide intervenir, del contenido de la medida. Efectivamente, estos son los dos grandes bloques a los que se refiere el poder de elección cuando de una facultad discrecional de la Administración y del juicio de oportunidad que lo llena de contenido se trata⁷⁸¹. Y si esto es así a nivel genérico cuando se trata de dar contenido a las nociones generales de discrecionalidad y oportunidad, no debe extrañar que también lo sea cuando de proyectar estas nociones al ejercicio de la potestad sancionadora se trata. Y así, por ejemplo, cuando Paliero y Travi exponen la cuestión del carácter discrecional o no de la potestad administrativa sancionadora, mencionan la tesis de Borsi, "secondo cui la funzione sanzinatoria avrebbe carattere discrezionale, sia quanto all'esercizio della funzione, [aspecto sobre el que centramos prioritariamente nuestra atención] sia quanto ai contenuti del provvedimento sanzinatorio (e particolarmente alla determinazione della sanzione)"⁷⁸².

⁷⁸⁰ Vid. sobre esta relevancia ampliamente Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 108-118 para una presentación de los términos generales de esa relevancia constitucional. Puede verse asimismo Beladfez Rojo, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 118-120 sobre todo desde la perspectiva de la validez de la actuación administrativa.

⁷⁸¹ Expone con claridad estos dos bloques, y los sitúa en correspondencia con dos técnicas de control jurisdiccional como son el error manifiesto y el balance de costes y ventajas: Bockel, "Contribution à l'étude...", op. cit.

⁷⁸² Paliero, Carlo Enrico y Travi, Aldo: *La sanzione amministrativa*, op. cit., p. 251.

Lo cierto es, en efecto, que resulta difícil imaginar otro aspecto sobre el que pueda recaer una elección discrecional en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora desde el punto de vista sustantivo. Otra cosa es que en el procedimiento sancionador puedan también existir márgenes de discrecionalidad que afecten a aspectos puntuales de su tramitación, pero éstos quedan fuera de nuestro análisis⁷⁸³.

A. Desarrollo de las diversas fases

Las fases del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora deben ser entendidas en el sentido más amplio, es decir, que no deberán limitarse, por ejemplo, a las fases que constituyen estrictamente el contenido del procedimiento administrativo sancionador. Así, aunque es evidente, como tendremos ocasión de comentar, que la fase de actuaciones previas puede implicar valoraciones importantes en cuanto a la activación o no de la potestad administrativa sancionadora, estas actuaciones no forman parte estrictamente del procedimiento sancionador⁷⁸⁴. Queda claro, pues, que al hablar de "fases" no nos referimos al ámbito acotado del procedimiento sancionador, sino a todo un proceso, desde los momentos más "remotos" o potenciales pero que ya contienen el embrión, por así decirlo, de una posible futura medida sancionadora, hasta los últimos que ponen en juego la efectiva ejecución o aplicación de tal medida.

Y ello entendemos que debe ser así porque lo relevante a efectos de nuestro estudio es tomar conciencia de todos los aspectos que, de forma más directa o más indirecta, de forma más potencial o más actual, permiten poner en juego un juicio de oportunidad y de discrecionalidad sobre el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora⁷⁸⁵.

⁷⁸³ Sería el caso por ejemplo de la decisión de aplazar la resolución del procedimiento si se acredita que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios europeos (art. 5.2 REPEPS) o de la de acordar la apertura de un período probatorio (art. 17.1).

⁷⁸⁴ El art. 12 REPEPS, dedicado a las actuaciones previas, comienza diciendo "Con anterioridad a la iniciación del procedimiento,...".

⁷⁸⁵ Y en este sentido cabe poner de relieve que un buen punto de partida para esta perspectiva amplia lo constituye la exposición de Nieto García, que divide el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en tres "facultades básicas": la de establecimiento, la de imposición y la de ejecución: Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 140. Cabe simplemente aclarar que en nuestro caso todo lo relacionado con el establecimiento normativo de la potestad lo hemos incluido en el apartado dedicado a los límites relacionados con la autoridad.

Naturalmente, no será posible realizar un estudio detallado de la problemática jurídica que plantea cada una de las fases, lo que implicaría una extensión desproporcionada de esta parte del trabajo. Convendrá, pues, centrarse en los aspectos concretos de cada una de las etapas que ofrezcan una conexión clara y relevante a los efectos de lo que aquí se intenta dilucidar: las fases y el alcance del juicio discrecional que pueda estar presente en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y su consideración como uno de los criterios que permiten establecer límites a tal discrecionalidad. Y ello con particular atención a la decisión misma sobre la adopción de una sanción, lo cual confiere especial relevancia al primer apartado, relativo a las actuaciones inspectoras previas, que seguidamente abordamos.

a. Las actuaciones inspectoras previas al inicio del procedimiento sancionador

Una vez las normas han establecido qué conductas son susceptibles de ser sancionadas con determinadas medidas, a la Administración corresponde poner en movimiento tal enorme y complejo conjunto de previsiones sancionadoras. Y es aquí donde aparece una primera fase de gran relevancia, la de la inspección administrativa.

Las cuestiones a las que da lugar la perspectiva de las actuaciones inspectoras son abundantes. Tendremos ocasión de señalar que además pueden ser decisivas para dar una respuesta a la cuestión de la discrecionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Con ello queda anunciada la importancia del análisis de un tipo de actuaciones que sin embargo no han contado a menudo con la debida atención doctrinal.

Se ha dicho que la actividad inspectora de la Administración Pública es la verdadera antesala del procedimiento sancionador⁷⁸⁶. Sin embargo, también se ha advertido que no debe desnaturalizarse el estudio de la fase inspectora concibiéndola sólo en función de la actividad sancionadora. De forma que no cabe olvidar que las actuaciones de comprobación son una fase instrumental respecto a toda decisión definitiva que tenga que tomar la Administración

⁷⁸⁶ Suay Rincón, José: "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", *RAP*, nº 123, 1990, p. 178. Comenta este autor que por ello es necesario extender las garantías del procedimiento sancionador a las actividades previas, especialmente la inspectora. Vid. también, con propuestas matizadas, Aguado i Cudolà, *La presunción de certeza...*, op. cit., pp. 91 y 183.

Pública⁷⁸⁷. Distinción importante de cara al régimen jurídico aplicable en cada caso que permitirá aplicar en sus justos términos las garantías del art. 24 CE y cuya preocupación por distinguir lo que realmente implica o no ejercicio de la potestad administrativa sancionadora compartimos en este trabajo⁷⁸⁸.

Considerada desde esta perspectiva general, no parece fácil detectar elementos de discrecionalidad en las actuaciones previas inspectoras o de información previa. Éstas consisten simplemente en "conocer las circunstancias del caso concreto", como dispone el art. 69.2 LRJPAC respecto al procedimiento administrativo general, de modo que se trata de conseguir una información sobre un supuesto previsto en una norma a efectos de tomar una decisión definitiva, tratándose así de intentar determinar de la manera más precisa posible o de

⁷⁸⁷ Vid. sobre todo en el ámbito tributario: Juan Lozano, Ana M^a; *La inspección de Hacienda ante la Constitución*, IEF- Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 76, 115, 171-172 y 347. El acta de inspección es un documento que instruye la tarea de dictar el acto resolutorio, de liquidación, siendo por tanto un acto de trámite. El procedimiento de inspección está inmerso, pues, en el de gestión: vid. sobre estas cuestiones: Arrieta Martínez de Pisón, Juan, *Las actas de la inspección de los tributos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 381, 383, 410 y 412.

⁷⁸⁸ En el ámbito tributario, si bien la distinción conceptual antes mencionada es clara, se ha venido destacando cómo la regulación positiva en este ámbito no ha establecido la debida separación entre los procedimientos inspectores y sancionadores, de modo que entonces sí se dan situaciones graves para las garantías del ciudadano: vid. una crítica general y también de aspectos concretos Juan Lozano, *La inspección...*, op. cit, pp. 352, 361, 363, 365 y 368. Sin embargo, cabe tener en cuenta que el art. 34.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes (LDGC) dispone que la imposición de las sanciones debe realizarse mediante un expediente distinto del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria. Como comenta García Berro, "el citado precepto viene a terminar con la superposición de procedimientos existente cuando, como resultaba normal, la medida sancionadora se adoptaba en el seno de un procedimiento de inspección, cuyo régimen determinaba que, en los supuestos más frecuentes de sanciones pecuniarias, la adopción de las mismas se realizase por el mismo órgano y sobre la base de la misma actividad probatoria llevada a cabo para fijar los hechos determinantes de la liquidación tributaria correspondiente" (García Berro, Florián: *Los procedimientos tributarios y la Ley 30/1992 desde la nueva perspectiva de la Ley 1/1998, de derechos y garantías de los contribuyentes*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 239). No obstante, el citado autor en la misma obra se muestra cauteloso a la hora de valorar los efectos que pueda provocar esta norma, dado que, teniendo en cuenta también que "el órgano competente para sancionar sigue siendo el mismo que ha de practicar la liquidación", hay que considerar que "la separación de procedimientos no representa la garantía definitiva de que la resolución sancionadora se adoptará observando rigurosamente las garantías del imputado" (p. 241). Y es que entiende este autor que, además de que la nueva solución no está exenta de algún aspecto negativo (duplicación de ciertas actuaciones inspectoras), la superposición de procedimientos de liquidación y de sanción no tenía por qué entenderse contraria a las exigencias constitucionales, teniendo en cuenta sobre todo la STC 76/1990, de 26 de abril, siendo así que lo que debe respetarse es el conjunto de garantías que deben caracterizar al procedimiento dirigido a sancionar, de modo que "lo dispuesto en la nueva Ley podría resultar útil sólo en cuanto propiciase una mayor concienciación por parte de los órganos administrativos acerca de la diversidad de principios que presiden el ejercicio de sus distintas funciones" (p. 242). Vid. también p. 243.

verificar la certeza de unos hechos, de identificar a unas personas y de determinar también las circunstancias relevantes en ambos casos.

Estamos hablando, pues, de unas actuaciones cuyo objeto es el de, siendo previas al procedimiento, determinar preliminarmente si concurren las circunstancias que justifican la iniciación del mismo⁷⁸⁹. Es difícil, pues, en esta operación previa de dilucidación de las circunstancias, hablar de un verdadero margen de discrecionalidad, puesto que de lo que se trata es precisamente de ver si hay motivos que justifican la incoación de un procedimiento, su procedencia o improcedencia⁷⁹⁰, pese a que el art. 69.2 LRJPAC habla del fin de conocer "la conveniencia o no de iniciar el procedimiento"⁷⁹¹. Esta apelación a la conveniencia, que sin duda hace referencia a la oportunidad⁷⁹², de iniciar un procedimiento sancionador no incide tanto en el contenido mismo de las actuaciones investigadoras previas como en los criterios de fondo que llevan a decidir las actuaciones a practicar una vez aquéllas tienen lugar.

⁷⁸⁹ Art. 12.1 REPEPS.

⁷⁹⁰ Garberí Llobregat, José, *El procedimiento...*, op. cit., p. 547.

⁷⁹¹ Esta expresión es también utilizada en otras normas; así, en el art. 9.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (R.D. 928/1998, de 14 de mayo, RPSIOS) en relación a la iniciación de la actuación inspectora, y en el art. 21 de la Norma Foral 17/1993, de 30 de mayo, sobre régimen sancionador de la Diputación Foral de Álava. En este último caso no deja de sorprender la diferencia a nivel de territorio, lo cual podría llegar a plantear algún problema desde el punto de vista de las exigencias constitucionales del procedimiento administrativo común (sobre cuya problemática pudimos tratar en nuestro estudio "La potestat...", op. cit., pp. 341-351). En efecto, la redacción mencionada se diferencia de muchas otras normas, sectoriales y territoriales, de procedimiento sancionador, aunque con ciertas diferencias: "a los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora" (art. 5.1 R.D. 1392/1993, de 4 de agosto, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones administrativas en materia de control de cambios); "decidir la iniciación o no del procedimiento sancionador" (art. 2.2 del Reglamento del procedimiento sancionador general en la Administración del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 21/1994, de 24 de febrero); "decidir acerca de la necesidad o no de iniciar dicho procedimiento" (art. 4.1 del Reglamento del Procedimiento sancionador de la Administración autónoma de Castilla y León, aprobado por Decreto 189/1994, de 25 de agosto); "resolver sobre la procedencia de su incoación" (art. 5.1 del Reglamento sobre procedimientos sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado por Decreto 9/1994, de 8 de febrero). Y hay casos en los que parece clara la voluntad de excluir toda apreciación discrecional sobre el inicio o no del procedimiento: art. 3.III R.D. 1729/1994, de 29 de julio, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los habilitados de clases pasivas: "A la vista de lo actuado se acordará la iniciación del procedimiento sancionador o el archivo de las actuaciones si no se apreciase la existencia de infracción". Por último, señalaremos que también se habla de conveniencia en el dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de reglamento de ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública de la Comunidad de Madrid.

⁷⁹² Fanlo Loras, Antonio: "Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción", en Leguina Villa y Sánchez Morón, dir., *La nueva LRJPAC*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 224. El propio autor añade, como no puede ser menos, que ello "en ningún caso debe relegar las exigencias del respeto y cumplimiento de la legalidad, así como de los legítimos derechos de los ciudadanos amparados por el ordenamiento jurídico".

Es precisamente este elemento el que ahora procede comentar.

Pese a que, como hemos dicho, inspección no siempre implica estadio previo a una sanción, los aspectos del régimen jurídico de las sanciones administrativas deben tener en cuenta la fase de actuaciones previas de inspección, y además no debe extrañar la relación intensa entre ambos términos. Dada la profusión con que el legislador utiliza el mecanismo de la tipificación de infracciones y sanciones administrativas es normal pensar que cuantitativamente será importante el número de casos en que la relación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica aboque a la decisión de iniciar un procedimiento sancionador. Además, no hay que olvidar que la inspección administrativa se sitúa en el cuadro de instrumentos de la disciplina administrativa sobre un determinado sector, entre los que se halla asimismo el mecanismo de las sanciones administrativas⁷⁹³.

Y si una conexión clara, aunque ya sabemos que no excluyente de otras perspectivas, existe entre fase inspectora y eventual imposición posterior de sanciones administrativas, es evidente que una reflexión sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora no puede dejar de mirar lo que sucede en la fase de inspección. Y es aquí donde debemos plantearnos si puede el ejercicio de la actividad inspectora tener relevancia en términos de la discrecionalidad y sus límites de cara a la decisión de iniciar o no un procedimiento sancionador. Creemos que una respuesta matizada a esta cuestión obliga a tratar dos cuestiones a niveles distintos.

La primera cuestión a tratar hace referencia a la utilidad de no tener una concepción en clave estrictamente represiva de las actuaciones inspectoras⁷⁹⁴. Destacar la función preventiva

⁷⁹³ En el ámbito urbanístico, Amenós Álamo indica que "La inspección urbanística se sitúa en el marco disciplinario que hemos descrito. Constituye un dispositivo relevante para vigilar la observancia de la norma y para la aportación de elementos de prueba en los diversos procedimientos enunciados" (Amenós Álamo, Juan, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, p. 94).

⁷⁹⁴ En este sentido se ha puesto el siguiente ejemplo: "La Inspección de los Tributos no puede -no debe- reproducir esa imagen, tristemente conocida, de la pareja de la guardia civil de carretera, agazapada entre los arbustos, oculta detrás de una valla, de un puente, de un cambio de rasante, esperando pacientemente a que pase el conductor temerario -que pone en peligro su vida y la de los demás-, para, de este modo, sin impedir el daño, ni disminuir las posibilidades de que se produzca, infligir gravísimas sanciones pecuniarias que acrezcan las Arcas del Estado. La presencia de la Inspección -como la de los cuerpos de seguridad- tiene que ser conocida, patente, evidente, para evitar que se produzcan los comportamientos ilícitos o reconducir, a tiempo, los que se pretendieran, para procurar, esto es, el ingreso espontáneo de las deudas tributarias": Aguillo Avilés, Ángel: *El contribuyente frente a los planes de inspección*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 210.

de la inspección⁷⁹⁵ forma parte de un conjunto de consideraciones en las que también debe ocupar un lugar la consideración de la pluralidad de cometidos de los órganos competentes en la función inspectora, más allá de los derivados de la pura función de verificar hechos para iniciar un procedimiento, entre los que destacan los de información y asesoramiento a los administrados⁷⁹⁶.

Quizá es en este contexto que deben ser referidas las actuaciones de advertencia y recomendación, que encuentran un campo especialmente desarrollado de regulación en el ámbito social. Consisten estas actuaciones sencillamente en la posibilidad de que los agentes inspectores, en lugar de iniciar un procedimiento sancionador, en el supuesto de que las circunstancias del caso lo aconsejen y en cualquier caso sin que se deriven daños o perjuicios directos a los trabajadores, opten por advertir y aconsejar⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ La destaca Amenós Álamo como uno de los objetivos de la función de inspección: "Pero existe además un móvil preventivo: evitar transgresiones del ordenamiento. Este aspecto se advierte con nitidez en las inspecciones desarrolladas por la Administración Pública. En muchas ocasiones, el ejercicio de su tarea no desemboca en procedimientos sancionadores o de corrección. Mas su mera presencia y actuación sirven, indiscutiblemente, para impedir infracciones e irregularidades" (Amenós Álamo, *La inspección urbanística...*, op. cit., p. 44).

⁷⁹⁶ Vid. ampliamente, a propósito del ámbito urbanístico, Amenós Álamo, *La inspección urbanística...*, op. cit., pp. 224 ss.

⁷⁹⁷ Concretamente los siguientes son los preceptos a tener en cuenta:

- Art. 49 del Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por R.D. Leg. 5/2000, de 4 de agosto (LISOS): "**Actuaciones de advertencia y recomendación.** No obstante lo dispuesto en el artículo anterior [atribución de competencias sancionadoras], la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad a lo previsto en los artículos 17.2 del Convenio 81 de la OIT y 22.2 del Convenio 129 de la OIT, ratificados por el Estado español por Instrumentos de 14 de enero de 1960 y 11 de marzo de 1971, respectivamente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador; en estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la autoridad laboral competente".

- Art. 7.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la inspección de trabajo y seguridad social (LOITS): "**Medidas derivadas de la actividad inspectora.** Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, podrán adoptar las siguientes medidas: Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores".

- Art. 8.1 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de trabajo y seguridad social, aprobado por R.D. 138/2000, de 4 de febrero (ROFI): "Los subinspectores de Empleo y Seguridad Social tendrán las facultades a que se refiere el art. 8 LOITS, y en particular las siguientes: [...] 4ª Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando proceda".

Además no es irrelevante apuntar que tanto en la LISOS (art. 39.2) como en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) (art. 49.1), el incumplimiento de advertencias o requerimientos previos de la Inspección constituye uno de los criterios de graduación de las sanciones.

La referencia a lo aconsejable según las circunstancias del caso y a la actuación de advertencia, requerimiento o consejo "en vez de" iniciar un procedimiento sancionador sugieren la idea de que no siempre la vía más idónea es la represiva, a pesar de que legalmente sea ya posible en casos como éstos. De alguna manera se "institucionaliza" un margen, justificado y limitado, de tolerancia y por tanto de posibilidad de apreciación administrativa sobre la idoneidad de desencadenar o no unas actuaciones sancionadoras⁷⁹⁸. Este tipo de previsiones creemos que no se deben entender sólo como una concesión o una mera válvula de escape, por ejemplo, ante la gran cantidad de infracciones existentes o ante la frecuente complejidad de la normativa vigente. Responde, como se ha anunciado, a la finalidad de que la vía represiva no sea la única en el objetivo de hacer cumplir la legislación⁷⁹⁹. Lo cual responde a la exigencia constitucional de la eficacia en la actuación administrativa, dado que parece claro que las medidas sancionadoras no siempre serán las más eficaces para conseguir el propósito mencionado⁸⁰⁰.

Se pone también de relieve, así, la importancia de los requerimientos como concesión de una segunda oportunidad o derecho al error, que ya hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo IV en otro contexto.

Y todo ello no sin límites, puesto que la referencia a unos determinados valores que se vislumbran como de especial trascendencia (la protección de los trabajadores, en consonancia con la finalidad tuitiva tradicionalmente presente en el fundamento de esta legislación⁸⁰¹)

⁷⁹⁸ Parece claro que se está ante la posibilidad de no iniciar un procedimiento sancionador cuando había motivos para ello. "Nótese que se le otorga a la propia Administración *no imponer* una sanción, a pesar de que en principio concurren hechos recogidos como punibles en una norma sancionadora"; González Biedma, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 246. Amenós Álamo comenta al respecto que en estos casos (arts. 48 de la LISOS antes del texto refundido y 7.1 LOITSS) "El inspector ha detectado, a lo sumo, irregularidades nimias o ha percibido situaciones que, en el futuro, podrían derivar hacia la ilegalidad" (*La inspección...*, op. cit., p. 201). Con lo cual parecería que realmente no hay motivos para sancionar. Sin embargo, el mismo autor, pocas páginas más adelante, a propósito de una cita de Alejandro Nieto, se refiere a la cuestión en relación a "una posible tolerancia ante la primera infracción por parte de un individuo determinado -concretada en una advertencia informativa [...]-" (p. 237). Vid. también Blasco Pellicer, Ángel, *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pp. 213-217.

⁷⁹⁹ González Biedma, *La inspección de trabajo...*, op. cit., p. 244.

⁸⁰⁰ Vid. González Biedma, *La inspección de trabajo...*, op. cit., pp. 244-245.

⁸⁰¹ Aunque no evidentemente de forma exclusiva: vid. por todos Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 30-31.

impone límites efectivos a esa decisión, resultando ésta orientada por unos valores y finalidades. Aunque al respecto cabe mencionar dos problemas.

El primero se refiere a la concreción de estos límites sustantivos por parte de la ley, que como hemos visto, habla de que no se deriven "daños ni perjuicios directos a los trabajadores". Ello no parece demasiado congruente con la depuración conceptual del sentido de las sanciones que ya hemos comentado varias veces, pues una sanción en sentido estricto no puede tener como objetivo inmediato el de evitar o reparar unos daños o perjuicios. Compartimos por ello las críticas que se han expuesto desde la doctrina laboralista y que, poniendo de relieve que del hecho en sí de no sancionar no es de donde derivan los daños o perjuicios directos⁸⁰², proponen reconducir tal criterio legal a la regla constitucional mencionada de la eficacia. De modo que no cabría utilizar el mecanismo de la advertencia o recomendación cuando éste vaya a ser ineficaz, cuando conste de modo más o menos cierto que resultará inútil⁸⁰³. No se olvide que si bien cada medida sancionadora en concreto no puede ir unida a consideraciones urgentes de prevención o reparación de daños, su sentido a largo plazo sí que tiene que ver con los bienes a proteger en cada sector. Ello conecta además, entendemos, con la apreciación de la gravedad de las conductas, elemento que sí constituye, como hemos tratado de fundamentar en el apartado 4, un límite predicable de la aplicación de criterios de oportunidad en la aplicación de las sanciones administrativas y al que se puede reconducir también teleológicamente esta disposición, dado que esa gravedad va unida a consideraciones de protección presentes en la misma.

El segundo problema tiene que ver con el modo un tanto genérico e impreciso con que se establecen los mencionados límites⁸⁰⁴. Si bien ello es cierto, ésta precisamente es una razón por la cual adquirirán mayor importancia si cabe todos los límites relacionados con la

⁸⁰² Aunque algunos autores plantean dudas sobre si la medida de suspensión o cierre del centro de trabajo puede ser considerada sanción, en cuyo caso la respuesta sería distinta. Vid. Blasco Pellicer, *Sanciones...*, op. cit., pp. 122-124. Sin embargo el artículo donde están contenidas estas medidas (art. 53 LPRL) es distinto al de las sanciones (art. 49), ambos incluidos en el capítulo referente a "responsabilidades y sanciones". En cualquier caso, la separación entre sanciones y medidas a tomar en caso de riesgos graves parece deducirse claramente del art. 43.1 LPRL.

⁸⁰³ González Biedma, *La inspección de trabajo...*, op. cit., pp. 246-247.

⁸⁰⁴ Entiende González Biedma que, a pesar de que la ponderación de las circunstancias podrá ser revisada en vía administrativa y judicial y de que el poder de valoración administrativa es en buena medida quizás inevitable, "no hubiera estado de más [...] que la ley hubiera lanzado al menos algunos criterios objetivos en torno a la valoración de estas circunstancias" (*La inspección de trabajo...*, op. cit., p. 245).

coherencia y equidad de los criterios a seguir, que dan sentido a las exigencias de la programación de las actuaciones inspectoras, segunda cuestión que abordamos a continuación.

La segunda cuestión a tratar se refiere, pues, a la organización de la actividad inspectora. Es evidente que no resulta posible investigar todas las actividades con carácter exhaustivo, teniendo en cuenta entre otros el dato de la capacidad operativa limitada de los órganos encargados de tales tareas⁸⁰⁵. Se impone, pues, la necesidad de seleccionar, de establecer prioridades, dada, entre otras, la exigencia constitucional de la programación y ejecución eficientes de los recursos públicos⁸⁰⁶. El modo ideal para traducir en la práctica estas exigencias es una adecuada planificación o programación de la actividad inspectora. La elaboración, en definitiva, de planes de inspección. Instrumento que es posible diseñar, en base a los conocimientos, los datos, los antecedentes disponibles en cada sector por parte de las Administraciones Públicas⁸⁰⁷. Sólo así se permite, a partir de un ámbito de elección que podría inicialmente resultar muy amplio, establecer líneas de actuación que sean congruentes con los principios constitucionales del gasto público mencionados y que traduzcan una distribución de responsabilidades entre los diversos órganos y agentes actuantes⁸⁰⁸ sirviendo así de importante mecanismo de reducción de la discrecionalidad⁸⁰⁹. Y sólo así se puede ser además respetuoso con las exigencias constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica⁸¹⁰, que evidentemente están presentes en la potencial afectación de las actividades de inspección en la esfera de derechos e intereses de los ciudadanos.

Ahora bien, dado que no todos los sectores cuentan con una regulación importante de estos planes, mientras que en cambio las exigencias de la realidad de seleccionar a los sujetos inspeccionados son en general comunes, habrá que concluir que, si no se cuenta con ese

⁸⁰⁵ Vid. sobre las razones que están en la base de ello, Juan Lozano, *La inspección...*, op. cit., pp. 122 ss. y Aguallo Avilés, Ángel, *El contribuyente...*, op. cit., pp. 56 ss.

⁸⁰⁶ Art. 31.2 CE.

⁸⁰⁷ Vid. por ejemplo para la elaboración, con señalamiento de indicadores y criterios, de las programaciones de objetivos en el ámbito de trabajo y seguridad social, los arts. 28-31 ROFI.

⁸⁰⁸ No hay que olvidar por ejemplo que el funcionario que a sabiendas, con motivo de sus inspecciones silencie la infracción de ciertas leyes o disposiciones normativas de carácter general en materia medioambiental incurre en responsabilidad penal: art. 329.1 CP. Por otra parte puede verse un ejemplo de ordenación de la actuación de los diversos agentes en los arts. 32 ss. ROFI.

⁸⁰⁹ Vid. sobre este planteamiento de los planes como instrumento de reducción previa de la discrecionalidad administrativa, Rivero Ortega, Ricardo, *El estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 195-196. Vid. también sobre algunos de los criterios en el ámbito tributario, Aguallo Avilés, *El contribuyente...*, op. cit., pp. 56 ss.

⁸¹⁰ Vid. por ejemplo Amenós Álamo, *La inspección...*, op. cit., p. 145.

instrumento lo mínimamente perfilado que sería deseable, al menos la actuación administrativa en esa selección debe respetar los principios y reglas -igualdad, seguridad jurídica, motivación, justificación, publicidad de las líneas de actuación⁸¹¹...- que están detrás de la exigencia de tal instrumento.

Es el respeto de estas exigencias constitucionales lo que debe estar en un primer orden de prioridades, y es su traducción en la delimitación de papeles o de responsabilidades en la actuación por cauces procedimentalizados⁸¹² de los distintos agentes y órganos administrativos la que en gran parte la hace posible.

A este respecto hay que recordar que ni la propia iniciativa, ni la petición razonada de otros órganos, ni la denuncia, ni la orden superior, inician por sí solos el procedimiento. Pero esta última, a diferencia de los otros tres cauces, sí tiene efectos vinculantes para tal iniciación. De la normativa general vigente se deduce claramente este resultado, ya que la posibilidad de decidir la no procedencia del inicio del procedimiento se refiere sólo a los casos de petición razonada de otro órgano y denuncia⁸¹³, siendo evidente por último que la propia iniciativa no ocasiona efecto "autovinculante". La orden superior vincula, pues⁸¹⁴.

Ello supondrá especialmente, a nuestros efectos, que existirá una clara asignación de roles a los diferentes sujetos administrativos intervinientes. La "selección" en este caso ya vendrá realizada por el superior jerárquico del órgano competente para iniciar el procedimiento. Ello tendrá sentido especialmente en los casos en que exista un diseño previo de los criterios de selección (o como mínimo una línea determinada de actuación) que incluya los supuestos que en ningún caso se deban dejar de sancionar. Del contenido de los planes de inspección derivará entonces una clara determinación de las obligaciones de actuación por parte de las autoridades encargadas de llevar a cabo las actuaciones inspectoras que pueden culminar en un procedimiento sancionador⁸¹⁵.

⁸¹¹ Así, por ejemplo, en materia de disciplina viaria es posible advertir en ciertas zonas urbanas la advertencia de actuación de la grúa en caso de prohibición de aparcamiento acompañadas del rótulo "zona de actuación preferente".

⁸¹² Sobre la relevancia del procedimiento administrativo con el objetivo de "tematizar la actividad de control e inspección", vid. Malaret i Garcia, "Los principios...", op. cit., p. 304.

⁸¹³ Art. 11.2 REPEPS. Vid. Garberí Llobregat, *El procedimiento...*, op. cit., pp. 535-536.

⁸¹⁴ Otra cosa es que entonces, una vez iniciado el procedimiento, por ejemplo, se tenga que acabar decidiendo en sentido exculpatario, o que haya que considerar ilegal la orden de obligada iniciación del procedimiento.

⁸¹⁵ En este sentido cabe recordar que el art. 9.1,b RPSIOS dispone que "La actividad previa de comprobación

Constituyendo éste un importante límite a los márgenes de decisión existentes a la hora de decidir sobre la iniciación de un procedimiento sancionador, no es el único. En los casos en que no exista esa directa vinculación, la decisión tendrá que ser motivada⁸¹⁶. Ahora bien, si en el caso de decidirse el inicio, ello no plantea problemas ya que deberá adoptarse el acuerdo de incoación haciendo referencia a una serie de circunstancias, el problema se plantea si se decide no iniciar el procedimiento. Éste propiamente, no ha llegado ni a existir. ¿Cómo se encauza aquí la motivación, más importante si cabe que en el otro supuesto dado que se impide proseguir con las actuaciones?

En los casos de petición de otro órgano y de denuncia, la normativa obliga respectivamente a comunicar al órgano en cuestión los motivos por los que no procede la iniciación y a comunicar al denunciante la iniciación o no si la denuncia va acompañada de una solicitud de iniciación⁸¹⁷. En este segundo caso, entendemos que tal comunicación no debe limitarse a transmitir la decisión de no iniciar el procedimiento sino que debe dar a conocer también las razones de tal decisión. Ello se desprende además explícitamente de alguna normativa autonómica⁸¹⁸.

podrá iniciarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de cualquiera de las siguientes formas: por orden de servicio de las Jefaturas de la Inspección Provincial, de sus Unidades especializadas, o del Inspector encargado del equipo, en aplicación de los planes, programas y directrices sobre actuación de la Inspección". Y el art. 22.3 ROFI dispone que "La actuación por propia iniciativa de los inspectores se sujetará a criterios de eficacia y de oportunidad, acomodándose a la programación vigente en la inspección de su destino".

⁸¹⁶ Art. 54.1.f LRJPAC. Es decir, por constituir un acto dictado en ejercicio de potestades discrecionales, a lo que se podría añadir el art. 54.1.a, en su caso, por limitar los intereses legítimos del denunciante interesado, tal como indica Cobreros Mendazona, "La posición del denunciante...", op. cit., p. 785.

⁸¹⁷ Art. 11.2 REPEPS.

⁸¹⁸ Así, el art. 6.4 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración Pública de la Comunidad de Madrid (aprobado por Decreto 77/1993, de 26 de agosto) y el art. 6.4 del Reglamento citado de Castilla y León, de redacción idéntica, disponen que "La comunicación de un órgano que tenga atribuidas facultades de inspección, la petición razonada de iniciación de un procedimiento sancionador o la presentación de una denuncia no vinculan al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá éste comunicar a los autores de aquéllas los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento". En la normativa sectorial se puede destacar el ejemplo del art. 4.5 del R.D. 1392/1993 citado, en materia de control de cambios: "La presentación de una petición razonada o denuncia no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar a los autores de aquéllas los motivos por los que, en su caso, no proceda la iniciación del procedimiento. La simple condición de denunciante no confiere la de interesado en el procedimiento, si bien será informado de la resolución que finalmente se adopte".

En el caso de la propia iniciativa desde luego ello ha de traducirse en formar parte de una línea de actuación justificada y coherente, que quedaría por ejemplo puesta de manifiesto con su relación con los planes de inspección correspondientes, si existen. Esa exteriorización de la justificación también podrá extenderse al sujeto que pudiera haber sido imputado mediante la comunicación por escrito o mediante diligencia en el libro de visitas señalando las irregularidades o deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación bajo el correspondiente apercibimiento⁸¹⁹.

Igualmente importante que la motivación será la posibilidad de recurrir el no inicio, el archivo en fase preliminar, del procedimiento sancionador. A este respecto hay que indicar que en general⁸²⁰ el acuerdo administrativo por el que se comunica al denunciante la no incoación del procedimiento debe ser susceptible de ser impugnado en vía administrativa si el denunciante pudiera tener la condición de interesado en tal procedimiento no iniciado⁸²¹. Legitimación que no sería necesaria si lo que ocurriera fuera que la Administración desatendiera la denuncia⁸²². La impugnación podría acabar, pues, ante los tribunales de lo contencioso-administrativo para que éstos controlaran "la corrección del tal "no-ejercicio" de la potestad sancionadora"⁸²³, eso sí, dentro de los límites en que es posible ejercer un control si se trata de decisiones con un componente de discrecionalidad, pero con no pocos elementos de referencia, como estamos tratando de poner de relieve en todo este capítulo.

⁸¹⁹ Art. 11.5 RPSIOS.

⁸²⁰ En el ámbito de la defensa de la competencia pone de manifiesto la importancia del recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de la providencia del Servicio archivando las actuaciones, para controlar la decisión sobre la apertura del expediente: Baño León, *Potestades administrativas...*, op. cit., p. 169. Hay que contextualizar la importancia dada por este autor a tal control teniendo en cuenta la diferencia entre ambos órganos: mientras el Servicio depende de la Administración del Estado, los miembros del TDC tienen una cierta independencia: vid. Baño León, *Potestades administrativas...*, op. cit., pp. 161-162.

⁸²¹ Vid. Garberí Llobregat, *El procedimiento...*, op. cit., p. 543.

⁸²² Vid. Gómez Puente, *La inactividad...*, op. cit., pp. 393 ss.

⁸²³ Gómez Puente, *La inactividad...*, op. cit., p. 405; Cobreros Mendazona, "La posición del denunciante...", op. cit., pp. 776 y 777. Este autor analiza también en qué términos es posible tal impugnación en el caso ya más complejo de simple silencio de la Administración ante la formulación de la denuncia con petición de incoación del procedimiento sancionador, que ahora no podemos desarrollar: vid. pp. 778-780. Vid. también Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo, *Derecho...*, op. cit., que a propósito de una sentencia del TS de 5 de mayo de 1976 comentan el carácter recurrible de la denegación del ejercicio de la potestad sancionadora, como acto expreso o como manifestación de silencio administrativo: p. 188.

b. Inicio, desarrollo y terminación del procedimiento

En el acto de iniciación, pues, del procedimiento sancionador, confluyen todas las actuaciones previamente vistas en caso de decidirse la vía sancionadora. El acuerdo que formaliza tal iniciación, a través del despliegue de su contenido, especialmente en relación a los hechos, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder⁸²⁴, viene a hacer explícitos los motivos de la decisión de iniciar el procedimiento sancionador, de ahí su importancia⁸²⁵. Debe recordarse, sin embargo, que los principales problemas de motivación y recurso de una decisión con márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora se plantean precisamente a propósito de la no iniciación del procedimiento.

Una vez iniciado el procedimiento sancionador existe la posibilidad de que se produzcan formas de terminación anticipada del mismo, mediante el reconocimiento de responsabilidad y el pago voluntario⁸²⁶. En estos supuestos parece darse lugar a una cierta facultad del órgano administrativo de terminar anticipadamente el procedimiento. Facultad que también podría afectar a la determinación concreta del contenido de la sanción pecuniaria. Sin embargo, éste es un aspecto sobre el que la delimitación legal ocupa un espacio importante, reduciéndose en gran medida el margen de apreciación de la Administración⁸²⁷. Por tanto, se trata en gran

⁸²⁴ Art. 13.1.b REPEPS, cuyo esquema general seguimos. Ya las actas de inspección deben contener la propuesta de sanción concreta. Así, por ejemplo, art. 52.1.c LISOS: "En las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se reflejarán: La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación". Vid. Amenós Álamo, *La inspección urbanística...*, op. cit., p. 206.

⁸²⁵ Tal función de motivación aparece explicitada en el art. 7.1 del reglamento extremeño (D. 9/1994, de 8 de febrero): "La iniciación requerirá acuerdo motivado y expreso en el que se harán constar las siguientes circunstancias [...]".

El prolijo contenido del acuerdo de iniciación puede no darse en el caso de los procedimientos que mantienen el pliego de cargos, que pasará a tener ese contenido, tal como sucede en las regulaciones catalana y asturiana. En cambio, en los casos madrileño y extremeño la existencia del pliego de cargos no impide el contenido detallado del acuerdo de iniciación.

Destacan la necesidad de motivación a propósito del acuerdo de incoación del procedimiento administrativo general, aunque no expresamente prevista en la ley al regular dicho acto de trámite, García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso...*, op. cit., p. 477.

⁸²⁶ Vid. con carácter general el art. 8 REPEPS, que establece que si el infractor reconoce su responsabilidad "se podrá" resolver el procedimiento y que en caso de sanción pecuniaria el pago voluntario "podrá implicar" también la terminación del procedimiento. Además se establece que en los términos legales correspondientes se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta.

⁸²⁷ El propio art. 8 REPEPS se remite en algún momento, como hemos visto, a las disposiciones legales. Es tradicional el ejemplo de la ley de seguridad vial, en unos términos precisos en relación a la cuantía de la reducción: vid. el art. 67.1.II del R.D. Leg. 339/1990, de 2 de marzo. Insiste en que si se dan las circunstancias

medida de una decisión de oportunidad del legislador sobre todo con la vista puesta en la conveniencia de aligerar la marcha de ciertos procedimientos sancionadores, lo que nos remite al tema de los procedimientos abreviados en el Derecho Penal comentados en el capítulo III⁸²⁸.

Las apreciaciones sobre la procedencia o no de la sanción y de su contenido se suceden a lo largo de todos los pasos de la instrucción: actuaciones instructoras posteriores a la notificación del acuerdo de iniciación, la prueba, las posibles alegaciones tras la mencionada notificación, el resultado de la audiencia, las posibles actuaciones complementarias, las posibles alegaciones a propósito de éstas y las que tengan lugar si el órgano competente para resolver considera que la infracción es más grave que lo determinado en la propuesta de resolución. Finalmente, todo ello confluye en dos momentos de la fijación de la decisión, la propuesta de resolución y la resolución misma.

Durante la tramitación del procedimiento, sin embargo, cobra una especial relevancia a nuestros efectos el tema del posible archivo de las actuaciones, no ya, por tanto, antes de iniciar el procedimiento sino durante su transcurso. Éste sería el cauce formal que más claramente podría traducir la permanencia de márgenes de apreciación a la hora de decidir la aplicación del mecanismo sancionador⁸²⁹. ¿Resulta ello posible?

Lo cierto es que si se sigue la regulación del reglamento estatal general regulador del procedimiento sancionador, dejando de lado el concreto supuesto del archivo de las actuaciones en caso de que hubiera prescrito la infracción⁸³⁰, no parece que haya un margen explícito para ello. Toda la regulación va orientada hacia una propuesta de resolución, que podrá tener, eso sí, un contenido exculpatario. La situación es diferente en alguna normativa procedimental autonómica, debido al menos en parte a la existencia de ciertas diferencias de estructura del procedimiento⁸³¹. Así, en el caso del reglamento catalán se prevé explícitamente

legales la Administración no puede denegar la admisión del pago en cuantía reducida, criticando la discrecionalidad existente en cierta legislación de infracciones monetarias, Lozano Cutanda, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990, pp. 105 y 108.

⁸²⁸ Téngase en cuenta, por otra parte, que está prevista en general la posibilidad de tramitar un procedimiento sancionador simplificado: arts. 23 y 24 REPEPS.

⁸²⁹ Recordemos que Nieto acota el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora estableciendo que éste implicaría "la libertad de iniciar, o no, el expediente y la de archivarlo en cualquier momento antes de la resolución"; Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 143.

⁸³⁰ Art. 6.1 REPEPS.

⁸³¹ Ya se ha comentado la distinta casuística que hay en torno al pliego de cargos. Pese a todo no hay una correspondencia absoluta con este factor en cuanto a la posibilidad explícita de archivo, ya que por ejemplo en el caso del reglamento asturiano se prevé pliego de cargos y no la posibilidad que veremos de no formularlo con

que tras la oportuna práctica de pruebas y actuaciones para la determinación de los hechos y responsabilidades susceptibles de sanción el instructor formulará el pliego de cargos o bien "No es formularà plec de càrrecs i s'ordenarà el sobreseïment de l'expedient i l'arxiu de les actuacions quan de les diligències i de les proves practicades, en resulti acreditada la inexistència d'infracció o responsabilitat", resolución que se notificará a los interesados⁸³², aspecto este último, como venimos destacando, de gran relevancia⁸³³. Es por ello que en este caso podría parecer congruente que la propuesta de resolución no contemple expresamente como posible contenido la exculpación⁸³⁴. En cualquier caso, si la apreciación de la inexistencia de infracción o responsabilidad sobreviene después del momento del posible archivo comentado (tras las alegaciones y la prueba posteriores a la formulación del pliego de cargos) cabe remitirse a la posibilidad de finalización del procedimiento por sobreseimiento mediante resolución motivada⁸³⁵.

En los casos de falta de previsión expresa de esta posibilidad que comentamos se podría pensar en el supuesto de dejar caducar el procedimiento ante la falta de razones para llevarlo adelante y archivar las actuaciones por ese motivo⁸³⁶. Aunque no parecería ésta precisamente la forma más idónea de encauzar una decisión de no continuar con el procedimiento⁸³⁷. Lo más normal y acorde con las normas generales de procedimiento sería, por tanto, entender implícitamente presente la posibilidad de dar lugar al archivo de las actuaciones⁸³⁸, en

archivo de actuaciones, recuperándose en cambio el posible contenido exculpatorio de la propuesta de resolución.

⁸³² Art. 10.2 del D. 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalitat de Catalunya (RPCat.).

⁸³³ Y que responde a que no debe ser considerado un trámite, sino una resolución también sometida al régimen general de los recursos, tal como recordó el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 171/1993, de 7 de octubre, sobre el proyecto del mencionado reglamento, pto. VII.

⁸³⁴ Art. 13 RPCat.

⁸³⁵ Prevista expresamente en los arts. 19.b y 20 RPCat.

⁸³⁶ Arts. 6.2 y 20.6 REPEPS.

⁸³⁷ Vid., con todo, sobre la idea de la voluntad real y objetiva de abandonar el procedimiento sancionador en el marco de las causas de su caducidad, Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones...*, op. cit., pp. 222-223.

⁸³⁸ El contrasentido de no contar con esta posibilidad quedaría patente en los casos en que, como el del reglamento asturiano, se obliga a formular un pliego de cargos tras realizar actuaciones instructorias y a la vez se prevé el posible contenido exculpatorio de la propuesta de resolución, lo cual es normal teniendo en cuenta que por ejemplo la contestación y la prueba pueden suministrar datos decisivos. Pero también parece que debería ser posible por ejemplo la no formulación de pliego de cargos con archivo de actuaciones, ya que el pliego consiste en imputar unos hechos y no parecería normal obligar a formularlo en todo caso, aunque fuera para luego inapropiadamente proponer la exculpación sin nuevos datos relevantes en ese sentido.

aplicación de las formas de terminación del procedimiento. Aunque hay que reconocer que la resolución de sobreseimiento o archivo de las actuaciones basada en definitiva en que la finalidad perseguida con la iniciación del procedimiento deja de tener vigencia en el caso concreto ha sido más bien objeto de escasa atención tanto desde el punto de vista de la regulación básica de las formas de terminación del procedimiento, donde no parece fácil encajarla expresamente⁸³⁹, como de su comentario en nuestros manuales. Esta posibilidad ha sido en cambio consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁴⁰, lo cual no debe extrañar, dado que responde a necesidades claras y concretas. En cualquier caso, es importante recoger la aplicación del régimen de la resolución, incluida la motivación⁸⁴¹.

Para valorar la mayor o menor idoneidad de este momento para aplicar posibles márgenes de apreciación en el ejercicio de la potestad sancionadora nos remitimos al último epígrafe de este apartado 5.

c. Fases posteriores a la resolución del procedimiento sancionador

Con posterioridad a la finalización del procedimiento que da lugar, ya en este momento, a una imposición de una sanción administrativa, sigue siendo pertinente desde el punto de vista de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora plantearse las vicisitudes de la aplicación de esta sanción.

En primer lugar cabe plantearse la eventualidad de la inejecución. La Administración, ¿goza de un margen de discrecionalidad para ejecutar sus actos, en este caso una sanción? Dejando de lado ahora las referencias a etapas históricas en las que se concebía la ejecución y la suspensión de los actos administrativos como una facultad discrecional de la Administración⁸⁴², en nuestro sistema vigente se han hecho algunas consideraciones en el

⁸³⁹ Arts. 87-92 LRJPAC.

⁸⁴⁰ Como desistimiento de la Administración. Vid. Gallego Anabitarte, Alfredo; Menéndez Rexach, Ángel y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo 2. Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 162. Vid. también Menéndez Rexach, Ángel, "Procedimientos administrativos: finalización y ejecución", en Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (dir.), *La nueva LRJPAC*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 257.

⁸⁴¹ En ese sentido, Menéndez Rexach, "Procedimientos...", op. cit., p. 257.

⁸⁴² Vid. sobre ello el documentado estudio de Betancor Rodríguez, Andrés, *El acto ejecutivo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, especialmente pp. 209, 213 ss., 247, 258-260, 263, 268-269, 276, 278, 310, 312, 316, 317, 322, 326 y 332. En Derecho comparado, vid. una afirmación de la discrecionalidad de

sentido de dar una respuesta parcialmente positiva a tal pregunta⁸⁴³. Ello en el sentido de reconocer que la Administración dispone de un margen de apreciación del cual se puede desprender que se ejecute o no según las circunstancias y al cual la jurisprudencia se ha referido alguna vez en términos de discrecionalidad. En cuyo caso, por supuesto, debe justificarse la decisión en lo que sea mejor para el interés público⁸⁴⁴.

Aunque el autor que más explícitamente ha tratado este tema parece dejar una puerta abierta a otros motivos que justifiquen una decisión de no ejecución cuando ésta deviene posible⁸⁴⁵, lo cierto es que tanto de sus razonamientos como de los ejemplos jurisprudenciales que analiza parece desprenderse que esta decisión tiene sentido sobre todo en un supuesto muy concreto. El de la existencia de un recurso contra la decisión administrativa que en caso de ser estimado generaría graves consecuencias, con lo que estaría justificado por motivos de interés público aplazar la ejecución aunque ésta sea posible legalmente desde el principio⁸⁴⁶. Pero hay que recordar que no sólo, desde la regulación de la LRJPAC, la decisión de ejecutar una sanción sólo es posible cuando la sanción es firme, porque es cuando resulta ejecutiva⁸⁴⁷, sino que además, desde la reforma de 1999 de dicha ley, la suspensión del acto administrativo se puede prolongar con determinadas condiciones después de agotada la vía administrativa manteniéndose la suspensión hasta producirse el pronunciamiento judicial acerca de la solicitud de suspensión⁸⁴⁸. Ello hace que el supuesto mencionado pierda bastantes posibilidades

ejecución en materia de sanciones en Dellis, *Droit Pénal...*, op. cit., p. 335.

⁸⁴³ En algún caso está prevista explícitamente a nivel normativo la posibilidad de acordar la inexecución de la sanción, concretamente en el art. 50.I del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por R.D. 33/1986, de 10 de enero.

⁸⁴⁴ Barcelona Llop, Javier, *Ejecutividad...*, op. cit., pp. 304 y 305. Esta necesaria justificación parece apuntar a la necesidad de un acuerdo explícito, excluyendo una mera inactividad, lo cual puede ser relevante a efectos de la distinción entre inexecución y condonación.

⁸⁴⁵ Bastante más estrictas son las posibilidades concedidas a esta elección en otros autores: así, se ha calificado de "mínima" la discrecionalidad de la Administración para decidir la oportunidad de la ejecución forzosa: Gómez Puente, *La inactividad...*, op. cit., p. 711. Y en otros casos se ha limitado la posibilidad de abstenerse de ejecutar forzosamente un acto a los supuestos de iniciación de una revisión de oficio de actos considerados nulos de pleno derecho: Lafuente Benaches, *La ejecución forzosa...*, op. cit., p. 77.

⁸⁴⁶ Barcelona Llop, *Ejecutividad...*, op. cit., pp. 305-306.

⁸⁴⁷ Art. 138.3 LRJPAC y art. 21.2 REPEPS. Sobre la mejor dicción técnica del segundo en relación al primero vid. entre otros Barcelona Llop, *Ejecutividad...*, op. cit., pp. 89-91 y Trayter Jiménez, Juan Manuel y Aguado i Cudolà, Vicenç, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 198-200.

⁸⁴⁸ Art. 111.4.III tras la reforma de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Se viene así a culminar toda una evolución, con el protagonismo claro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de tratar que no se pueda ejecutar por parte de la Administración un acto sin que los tribunales hayan podido pronunciarse al

de aplicación, aunque no todas, puesto que hay que pensar por ejemplo en el supuesto de un pronunciamiento judicial cautelar denegatorio.

En cualquier caso, en los supuestos en que se siga considerando un espacio de decisión para la ejecución o no ejecución de la sanción, entendemos que debe acreditarse el interés específico en que ese margen de decisión se hace patente precisamente en esta fase, en consonancia con los argumentos que utilizaremos en el último epígrafe de este apartado.

En segundo lugar hay que plantearse también el tema de la condonación, de amplia tradición especialmente en el ámbito tributario.

Se trata de una figura equivalente en sus efectos y de configuración similar al indulto penal⁸⁴⁹ y ciertamente próxima a la inejecución⁸⁵⁰, pero se pueden encontrar elementos distintivos. Se ha dicho que la condonación es un acto, no una decisión de inejecutar o diferir la sanción, que sería una actitud⁸⁵¹. Sin embargo entendemos que ello no debe impedir que la inejecución sea motivada, con lo cual, aunque al hablar de inejecución se puede pensar intuitivamente más en una simple inactividad, debe relativizarse este elemento propuesto de distinción. Sí parece en cambio posible hablar claramente de un elemento diferenciador en el caso de la necesaria solicitud del interesado para la condonación⁸⁵².

Tradicionalmente, si bien algún autor ha expresado su opinión contraria a propósito de la regulación tributaria tras la reforma de 1995⁸⁵³, se viene considerando que en la definición

respecto.

⁸⁴⁹ Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones...*, op. cit., p. 180. De "indultos de sanciones disciplinarias" se habla en el art. 22 del reglamento disciplinario de funcionarios citado anteriormente.

⁸⁵⁰ Así, se ha incluido el supuesto antes mencionado del art. 50 del reglamento disciplinario de funcionarios como una de las previsiones normativas de condonación "en la práctica"; Sanz Rubiales, Íñigo, "Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad", *RAP*, nº 148, 1999, p. 368. Sin embargo hay que tener en cuenta el dato de la solicitud del interesado en la condonación: en el supuesto mencionado la decisión se puede adoptar también de oficio.

⁸⁵¹ Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo, *Derecho...*, op. cit., p. 210.

⁸⁵² Vid. por todos Carretero Pérez y Carretero Sánchez, *Derecho...*, op. cit., p. 211. En el origen de la decisión administrativa de la condonación se encuentra tal solicitud, algo que se puede observar en las normas que recogen esa posibilidad por ejemplo en los ámbitos de protección de la seguridad ciudadana o tributario.

⁸⁵³ "[...] a pesar de calificarse como graciable y discrecional, actualmente la condonación es una potestad perfectamente reglada, dado que sólo procederá cuando concurren los dos supuestos excepcionales del artículo 89.2, que constituyen conceptos jurídicos indeterminados. Por el contrario, en la regulación anterior, era una potestad absolutamente discrecional, en la medida en que su concesión, o no, y los motivos en base a los cuales debía otorgarse quedaban al juicio subjetivo de la Administración": Gómez Cabrera, Cecilio, *La discrecionalidad de la Administración tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 129-130. En contra se ha señalado en otra obra que "aunque el ejercicio viene integrado por la existencia de unos conceptos jurídicos

misma de la condonación, que puede afectar tanto a su concesión misma como a la cuantía condonada en los términos que establezca la ley⁸⁵⁴, está presente un claro elemento discrecional. A veces ello ha venido unido a la consideración general de la "discrecionalidad sancionadora de la Administración"⁸⁵⁵, pero en otras ocasiones no ha sido incompatible con la defensa del carácter obligatorio del ejercicio de la potestad sancionadora⁸⁵⁶.

En todo caso, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el juicio de idoneidad de esta posible concreción del ejercicio discrecional de la potestad sancionador deberá tener en cuenta el elemento de su excepcionalidad destacado por la doctrina. De modo que dada la existencia actual de soluciones como los más refinados criterios de graduación de las sanciones se ha considerado que la condonación, que va perdiendo sentido, queda limitada a supuestos claramente residuales⁸⁵⁷.

Por otra parte, pese a que pueden darse y de hecho se han dado casos que afectan a sanciones administrativas, dejaremos aquí simplemente enunciada la posibilidad de la amnistía, claramente excepcional por la dimensión especial de las circunstancias que la pueden motivar⁸⁵⁸.

En tercer lugar hay que mencionar también la perspectiva de la revocación de las sanciones, figura también muy próxima a las anteriores. Sobre su distinción en relación a la

indeterminados, es tal la indeterminación de los mismos que su concreción va a conducir irremediamente al ejercicio de una potestad discrecional": Moreno Fernández, Juan Ignacio, *La discrecionalidad en el Derecho tributario*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 111-112. (Sobre la problemática de la relación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados ya hemos expuesto brevemente nuestra apreciación en el capítulo I). Por su parte, señalando el carácter de facultad discrecional pero con especial énfasis en sus límites, Cordero García, J. Antonio, *La condonación en el ámbito tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 173-184. Sobre los controles en general de las potestades de gracia en un sentido más amplio puede verse recientemente Aguado Renedo, César, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 190 ss.

⁸⁵⁴ Hay, evidentemente, elementos reglados: vid. Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones...*, op. cit., pp. 185 ss.

⁸⁵⁵ Carretero Pérez y Carrtero Sánchez, *Derecho...*, op. cit., p. 211.

⁸⁵⁶ Vid. Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones...*, op. cit., pp. 180-183 y 185-186. Vid. sobre la independencia entre ambas cuestiones, en la revocación: Sanz Rubiales, "Revocación de sanciones...", op. cit., p. 372.

⁸⁵⁷ Vid. Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones...*, op. cit., p. 194. Esta necesaria excepcionalidad no es incompatible con la crítica de ciertas diferencias de trato establecidas en la legislación tributaria, para la que la condonación se limita a los infractores cuyo pago de las sanciones pueda afectar a la economía nacional: vid. Moreno Fernández, *La discrecionalidad...*, op. cit., p. 108.

⁸⁵⁸ Vid. el completo estudio de Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones...*, op. cit., pp. 175-180.

condonación, además del dato indicado antes de la solicitud del interesado se ha destacado que la revocación suprime el acto mismo, arrastrando así todos los efectos del acto sancionador, mientras que la condonación provoca la extinción de la obligación impuesta por la sanción⁸⁵⁹. Sin embargo, a pesar de la diferencia de que la revocación afecta al acto y la condonación a su ejecución, no faltan opiniones fundamentadas que equiparan ambas figuras dada la identidad de efectos y por tanto la falta de virtualidad práctica de la distinción⁸⁶⁰.

Sobre los límites de este tipo de aplicaciones de márgenes de decisión en la decisión sobre la aplicación de la potestad sancionadora no hay que perder de vista el especial hincapié que la reforma de 1999 de la LRJPAC ha hecho en los mismos al modificar los preceptos relativos a la revocación de actos de gravamen. Así, pasan a contemplarse, explícitamente, como límites a la posibilidad de revocación las dispensas no permitidas, la igualdad y el interés público⁸⁶¹. A lo que hay que añadir la previsión general ya anterior a la reforma de los límites de la revisión, relativos a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares y las leyes⁸⁶².

Por último es evidente que la reconsideración de la procedencia o improcedencia de adoptar una medida sancionadora y de su contenido puede darse a propósito de la resolución de un recurso administrativo, algo a lo que aludiremos más detenidamente en el apartado 7.

B. ¿Existen motivos para preferir una o varias fases y modalidades sobre las demás?

Hasta aquí, pues, la referencia ordenada a las diversas fases en las que el juicio sobre la procedencia de la aplicación de una sanción administrativa puede tener lugar. Sin embargo, es preciso ahora pasar de la pluralidad a la diversidad, preguntándonos si todas esas fases y modalidades son o no equivalentes. ¿Son todas ellas igualmente idóneas? ¿Es lo mismo, por ejemplo, predicar un margen de discrecionalidad en la elaboración de un plan de inspección que en la decisión de ejecutar una sanción ya impuesta? No puede obviarse la trascendencia de la respuesta a esta cuestión: la delimitación rigurosa de las condiciones en que quepa aceptar la

⁸⁵⁹ Vid. Sanz Rubiales, "Revocación de sanciones...", op. cit., p. 363.

⁸⁶⁰ Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones...*, op. cit., p. 180.

⁸⁶¹ Art. 105.1 LRJPAC.

⁸⁶² Art. 106 LRJPAC.

presencia de discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora debe pasar, sin duda, por aquilatar con cuidado las fases y variantes en que se pueda plasmar su aplicación. Cabe, por ello, al menos intentar exponer los elementos básicos para llevar a cabo esta operación.

Hemos de comenzar por recordar que a esta cuestión no ha sido ajena la no mucha doctrina que ha planteado explícitamente la posibilidad de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Fundamentalmente, podemos decir que dos son los puntos de vista que se pueden detectar y que interesa aquí plantear como punto de partida.

En primer lugar, se ha defendido que la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora sólo se refiere al momento previo de tal ejercicio, siendo entonces reglada la actuación sancionadora una vez se ha decidido su iniciación⁸⁶³. Sería algo así como establecer un "punto de no retorno" a la hora de considerar existente un margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, situado en el momento de decidir la incoación del procedimiento.

En segundo lugar, se ha defendido que el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora va referido a la libertad, no sólo de iniciar, sino también de archivar el expediente en cualquier instante antes de producirse la resolución. Por tanto, eso sí, se excluiría la absolucón en contra de la legalidad⁸⁶⁴.

Junto a este planteamiento general, puede haber otras formas más puntuales o indirectas. Así, por ejemplo, han de recordarse las afirmaciones tendentes a demostrar el carácter excepcional o residual de la condonación.

De una forma u otra, podemos distinguir en este problema los dos siguientes aspectos, en correspondencia con el doble objeto de las fases y, dentro de ellas, la forma del ejercicio de facultades discrecionales.

En primer lugar, desde el punto de vista estricto de las fases, lo cierto es que no es fácil cerrar las puertas a la entrada de apreciaciones discrecionales de una fase o de un conjunto de fases. Decir que las apreciaciones discrecionales no deben poder ir más allá, por ejemplo, del momento de decidir la incoación del procedimiento sancionador, puede suponer incurrir en alguna incoherencia: ¿por qué ha de cerrarse el camino a tales apreciaciones cuando no puede

⁸⁶³ Es la postura de Cobrerros Mendazona, "La posición del denunciante...", op. cit., pp. 767 y 769. Vid. también Carretero Pérez y Carretero Sánchez, *Derecho...*, op. cit., p. 186.

⁸⁶⁴ Es la postura de Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 143, ya adelantada en parte anteriormente.

descartarse la posibilidad de que un elemento decisivo que incida en ellas aparezca en las actuaciones practicadas durante la instrucción del procedimiento?⁸⁶⁵ Puede parecer, pues, algo arbitrario fijar un punto de no retorno sin atender a las múltiples circunstancias que pueden configurar cada caso. Limitar la apreciación sobre la decisión de aplicar una medida sancionadora al momento anterior a decidir la iniciación del procedimiento sancionador obligaría en todo caso a tener un nivel de datos relevantes y homogéneos, lo cual haría de las actuaciones previas un momento de especial trascendencia en este sentido.

Ahora bien, dicho esto, creemos también que subyacente al límite temporal mencionado se encuentran preocupaciones legítimas, loables y relevantes, en la línea de delimitar con rigor la posibilidad de aplicar márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. En este sentido, la imagen de una Administración que, caricaturizando algo la situación, en cualquier momento puede archivar las actuaciones, acumuladamente a la posibilidad que ya tenía de no iniciarlo, y, por si fuera poco, que puede acabar por decidir su inejecución o por conceder, en su caso, su condonación, ciertamente es difícil de dejar de asociar con la idea de arbitrariedad. Cabe, pues, sostener la necesidad de límites.

Así, podemos afirmar que las actuaciones tendentes a privar de efectos a la sanción ya impuesta, y muy especialmente la condonación (en la medida en que no es una medida adoptada a iniciativa de la Administración), no parecen el camino más genuino para encauzar criterios de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Lo mismo podría decirse de la fase de resolución y en general de las fases (que serán más o menos en función de la complejidad de cada caso) ya avanzadas en las que todos los datos relevantes ya han aparecido.

De este modo, podemos concluir que, justamente en sentido contrario a lo que ocurre con la determinación de la cuantía de la sanción, cuanto más avanzado esté el procedimiento más excepcional debería considerarse la posibilidad de disponer de la aplicación de la medida

⁸⁶⁵ Recuérdese la identidad de contenido de las actuaciones previas (art. 12 REPEPS) y de las actuaciones instructoras posteriores a la notificación del acuerdo de iniciación (art. 16.2 REPEPS). Debe pensarse además en que en la propia reglamentación general del procedimiento sancionador se ha previsto, de alguna forma, la falibilidad de los resultados de las actuaciones previas al regular el archivo de las actuaciones como consecuencia de la prescripción de la infracción, puesto que tal circunstancia se puede apreciar iniciado el procedimiento. Ello puede derivarse del art. 6.1 REPEPS. Además, la potencialidad innovadora de la instrucción se pone de manifiesto en el art. 16.3 del mismo reglamento: "Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución".

sancionadora por consideraciones de oportunidad⁸⁶⁶. Ésta, en efecto, parece tener especial sentido en las primeras fases, para calibrar si merece o no la pena también desde el punto de vista de la eficacia en la actuación administrativa, poner en marcha el mecanismo sancionador. No creemos que pueda decirse que deba desaparecer de modo absoluto la posibilidad de su juego en momentos posteriores, dado que para ser coherentes las apreciaciones administrativas de oportunidad no tienen que estar sometidas tampoco a plazos perentorios de caducidad. ¿Cuál es, si no, la lógica de que el recurso administrativo contemple la eventualidad de apreciaciones de oportunidad pudiéndose por tales motivos revisar el acto administrativo, como veremos? Pero, insistimos, que ello sea así no debe impedir extraer consecuencias de la mayor o menor idoneidad de cada fase. Así, señaladamente, deberá exigirse que la motivación sea especialmente intensa o específica para justificar la decisión tomada en una fase avanzada del procedimiento. Motivación cuya cualidad de satisfactoria debería servir como criterio de control ante un eventual recurso ante los tribunales.

Todo ello no deja de estar en consonancia con la ordenación legal -desde la planificación o programación de las actuaciones inspectoras hasta las actuaciones y potestades concretas de cada agente-, y la distribución de funciones y responsabilidades consiguientes de los distintos órganos y autoridades intervinientes en el procedimiento. Dado que entonces, en relación directamente proporcional a la densidad de la regulación legal de estos aspectos, la idoneidad más o menos teórica de cada fase en relación a la ubicación de decisiones basadas en motivos de oportunidad sobre la aplicación de las sanciones se traduce directamente en adecuación estricta a los límites legales de su ejercicio.

En segundo lugar, en cuanto a la forma de dicho ejercicio, simplemente decir que si bien se puede manifestar a través de la mera inactividad material (recuérdese el supuesto de la caducidad del procedimiento) parece claro que es preferible y más acorde con las exigencias procedimentales de la actuación administrativa que lo haga a través de actuaciones expresas y motivadas, de acuerdo también con las exigencias que explícitamente establece, como hemos visto, alguna normativa autonómica de procedimiento sancionador en relación al sobreseimiento como forma de terminación del mismo⁸⁶⁷. La importancia de este factor a

⁸⁶⁶ Debe recordarse además que en alguna regulación del sobreseimiento del procedimiento sus causas son ciertamente restrictivas en el sentido de resultar de la inexistencia de infracción o responsabilidad (arts. 10.2 y 20.1 RPCat).

⁸⁶⁷ Art. 19.b RPCat. : "El procediment sancionador acaba: [...] Per resolució motivada per la qual s'acordi el sobreseïment".

efectos de distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad tendremos ocasión de volver a destacarla de inmediato, enlazando así con el apartado 6.

6. Límites relativos a la forma de la decisión: la coherencia de las actuaciones administrativas

Con la referencia a la "forma de la decisión" queremos señalar aquellos límites presentes en los márgenes de decisión del ejercicio de la potestad sancionadora que tienen que ver con la manera con la que la Administración aplica tales márgenes. Y ello en el concreto sentido de determinar la coherencia, la continuidad, la previsibilidad en las actuaciones administrativas. Toda actuación administrativa realizada en virtud de un margen determinado de apreciación o de una discrecionalidad de menor o mayor intensidad debe tener en cuenta el impacto que tienen esas decisiones en la situación del ciudadano desde el punto de vista de las líneas de actuación aplicadas y de sus posibles cambios. Y si ello es así siempre, debe serlo con mayor motivo si cabe en actuaciones que tienen una incidencia negativa en la esfera de intereses o en ciertos casos una especial repercusión en el principio de igualdad de los afectados como son respectivamente las que deciden aplicar o no aplicar sanciones administrativas.

Un análisis hasta las últimas implicaciones de este aspecto obligaría a entrar en detalle en múltiples subtemas, como los relativos al principio de confianza legítima, la buena fe, la transparencia y la publicidad en la actuación administrativa, etc. Lo cual queda naturalmente fuera del alcance de nuestro trabajo, además de existir bastante bibliografía reciente sobre estas cuestiones⁸⁶⁸. Debemos por tanto limitarnos a sistematizar las cuestiones más relevantes que nos permitan situar la importancia del tipo de límites anunciados en relación a nuestro objeto de estudio.

A. Identificación preliminar del contenido de este tipo de límites

Cuando hablamos de límites al ejercicio discrecional de la potestad sancionadora relativos a la forma en el sentido apuntado, básicamente nos referimos a la siguiente propuesta: para resultar jurídicamente aceptable, el conjunto de decisiones que plasman la

⁸⁶⁸ Especialmente la obra de Ponce Solé, *Deber de buena administración...*, op. cit.

posible existencia de discrecionalidad en la actuación sancionadora (es decir, una política sancionadora) deben mantener una cierta relación de coherencia cuyas posibles quiebras deben ser adecuadamente explicadas. Es decir, que frente a lo que constituiría una libre actuación administrativa, una verdadera discrecionalidad, acorde con las reglas constitucionales vigentes, debe articularse a través de un respeto de las líneas de actuación adoptadas teniendo en cuenta así la posición de los ciudadanos. Éstos deben poder conocer en todo momento cuál es la política sancionadora seguida, qué fundamentos la hacen posible y qué autoridades actuantes la llevan a cabo. Así como en qué circunstancias se podrá efectuar un cambio de rumbo más o menos importante en esa línea de actuación. Lo cual parte en definitiva del derecho de los ciudadanos a poder tener un conocimiento básico y comprensible de sus obligaciones y de las consecuencias de sus incumplimientos.

Todo ello parece la única manera, sobre todo teniendo en cuenta las notas de la complejidad e inflación de las normas vigentes en múltiples sectores de actividad, contemplando, eso sí, la diversidad de grados de diligencia exigibles según cada caso⁸⁶⁹, de hacer compatible la existencia de potestades discrecionales con los derechos de los ciudadanos.

B. Algunas exigencias ineludibles en la base de estos límites y su contraste con las fuertes reticencias e inseguridades en relación a algunas de sus consecuencias.

Ninguna duda cabe de que en el fondo de los límites planteados se encuentran exigencias de incontrovertido fundamento constitucional y de clara conexión con arraigados principios vigentes en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos. Por no citar más que algunos de los principios presentes en el mismo título preliminar de la Constitución, recordemos que los poderes públicos deben tener en cuenta la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad en sus actuaciones⁸⁷⁰. Principios íntimamente conectados⁸⁷¹ de los que no resulta ni difícil ni forzado extraer las reglas que subyacen a los límites indicados.

De la seguridad jurídica derivan sin duda exigencias como la publicidad de las normas, su claridad, su carácter previo que permita calcular los efectos jurídicos de los

⁸⁶⁹ Vid. especialmente Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 363 ss.

⁸⁷⁰ Art. 9.3 CE.

⁸⁷¹ Sobre la formulación constitucional y su crítica desde el punto de vista de los aspectos, manifestaciones y exigencias de la seguridad jurídica, vid. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, op. cit., pp. 37-47.

comportamientos, su estabilidad y la regularidad en las actuaciones aplicativas de tales normas por parte de los órganos correspondientes⁸⁷². El propio legislador de la reforma de la LRJPAC ha señalado expresamente la fuente constitucional de la seguridad jurídica para los principios, formalmente introducidos como novedad en el título preliminar, de buena fe y de confianza legítima⁸⁷³. Confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente, como el propio legislador anticipa en la exposición de motivos. Confianza legítima que, como es sabido, ha hallado un campo especialmente amplio de desarrollo en el Derecho comunitario⁸⁷⁴.

Evidentemente estas exigencias no pueden ser tomadas de un modo maximalista, de manera que se entendiera, por ejemplo, que las leyes deben ser permanentes, sino que en el fondo normalmente estos principios estarán en tensión con otros, señaladamente el de legalidad, que plantean exigencias de diverso signo. Pero su presencia al más alto nivel de exigencia es clara y su relevancia y consecuencias no son menores, empezando por los resultados a los que puede conducir esa ponderación por parte de quien en primer lugar la debe efectuar, el legislador⁸⁷⁵.

El alcance de estas exigencias va más allá, como es fácil comprender, del régimen jurídico de la actuación administrativa para situarse en el núcleo de la forma de entender en general las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. No en vano son principios de buena administración los que están en juego⁸⁷⁶. Esto es algo importante puesto que, como

⁸⁷² Vid. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, op. cit., pp. 30-37.

⁸⁷³ Art. 3.1.II LRJPAC, Exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, pto. II. Sobre la delimitación entre buena fe y confianza legítima vid. distintas posiciones en, por un lado, Castillo Blanco, Federico A., *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 271-276 y por otro lado en el prólogo de Luciano Parejo a esta misma obra, pp. 17-18 y en González Pérez, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 50-55.

⁸⁷⁴ Vid. por todos Parejo Alfonso, Luciano; De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás; Moreno Molina, Ángel Manuel; Estella de Noriega, Antonio, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 75-79; Castillo Blanco, *La protección de confianza...*, op. cit., pp. 269, 301 y 304. Puede verse una sentencia ilustrativa de las consecuencias de este principio en relación a la tolerancia en la STJCE 12 noviembre 1987, asunto SpA Ferriere San Carlo contra Comisión, ptos. 8-13.

⁸⁷⁵ Vid. Castillo Blanco, *La protección...*, op. cit., pp. 308-309 y 359-360.

⁸⁷⁶ Vid. su conexión con la obligación de tener en cuenta las consecuencias por ejemplo de las tolerancias en Conratd, Jérôme, "Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'État", *Administration Publique*, 4/1999, p. 277.

venimos viendo, en el tema objeto de nuestro estudio a menudo no bastará sólo con las exigencias de los actos administrativos expresos concretamente producidos.

Todas las mencionadas exigencias constitucionales, en la medida en que ponen en tensión principios opuestos como la seguridad jurídica y la legalidad, tienen una especial vocación de aparecer en la determinación de los efectos de situaciones ilegales⁸⁷⁷. Resultan, pues, de especial necesaria consideración en las sanciones administrativas que se pudieran adoptar en ese tipo de situaciones⁸⁷⁸.

La claridad con la que se imponen estas reglas hace que la jurisprudencia se haga eco de ellas con relativa frecuencia también en el derecho sancionador. Y lo hace sobre todo estableciendo la incidencia que en uno de los presupuestos necesarios para llegar a establecer la responsabilidad sancionadora, la culpabilidad, tienen estas situaciones⁸⁷⁹. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos encontrar fácilmente supuestos en que se reconoce la trascendencia para la concurrencia o no de este requisito de la culpabilidad de la buena fe, de una posible negligencia de la Administración que contrasta con su posterior rigor, de una mala indicación de su parte, de su actitud tolerante. De la misma manera reconoce el Tribunal Supremo la incidencia en la culpabilidad de las diferencias razonables en la interpretación de las normas, de la ambigüedad de las mismas, del error justificable⁸⁸⁰. E incluso ha reconocido la necesidad de motivar el cambio de sentido en la actuación sancionadora a la vista de una anterior tolerancia o la autovinculación que supone un consentimiento en caso de dudas provocadas por lagunas, oscuridades o imprecisiones; así como la obligación de dirigir el expediente sancionador contra todos los infractores participantes en una actuación ilegal⁸⁸¹.

⁸⁷⁷ Vid. González Pérez, *El principio general...*, op. cit., p. 51.

⁸⁷⁸ Sobre la proyección en general del principio de confianza legítima en la actividad sancionadora, vid. Castillo Blanco, *La protección...*, op. cit., pp. 77-78. Vid. En el sentido del especial relieve de la buena fe en la potestad sancionadora se pronuncia González Pérez, *El principio general...*, op. cit., p. 163.

⁸⁷⁹ Vid. De Palma del Teso, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 163 ss.

⁸⁸⁰ Sobre la facilidad con que se pueden producir casos de errores invencibles a causa de actuaciones o tolerancias administrativas en un sector especialmente relevante para la actuación sancionadora, vid. Cano Campos, Tomás, *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, Civitas, Madrid, 1999, p. 668.

⁸⁸¹ Vid. una muestra de todos estos fenómenos en las SSTs 2 noviembre 1981, Ar. 4720; 22 marzo 1983, Ar. 1507; 28 junio 1983, Ar. 3666; 21 setiembre 1987, Ar. 7732; 18 noviembre 1988, Ar. 9135; 17 diciembre 1988, Ar. 9407; 5 febrero 1992, Ar. 2300; 24 junio 1992, Ar. 6092; 23 mayo 1985, Ar. 2383; 25 octubre

Sin embargo, ya sabemos que la jurisprudencia mayoritaria del TS es contraria a la alegación de la igualdad en la ilegalidad, una jurisprudencia que por abundante y contundente parece por momentos inquebrantable. Una jurisprudencia que además a menudo hace referencia a la ineficacia de la "mera tolerancia" en relación a las consecuencias del principio de confianza legítima⁸⁸².

¿Cómo es posible, pues, negar casi sistemáticamente la procedencia de la alegación mencionada y al mismo tiempo ofrecer episodios de clara aceptación de principios que están en la base de tal alegación y que a menudo llevan a soluciones frontalmente contrarias a las generadas por la jurisprudencia mayoritaria?

Una vez más, creemos que en la base de estas aparentes paradojas está la falta de enfoque frontal de la cuestión de la posible existencia de márgenes de apreciación discrecional en el ejercicio de la potestad sancionadora. Falta de enfoque que arrastra consigo nuevamente no sólo su fundamento sino sus límites. Porque, por ejemplo, cuando se rechaza la virtualidad de la "mera tolerancia", ¿no parece más normal pensar que lo que realmente es o debería ser objeto de rechazo es una determinada tolerancia, una tolerancia que no cumpla con ciertos requisitos?

Se hace necesario, pues, concretar elementos que proporcionen fundamentos y límites.

C. Mecanismos concretos que permitan líneas de desarrollo firmes

Creemos que una configuración necesaria y realista de los límites relativos a la forma pasa por los siguientes elementos que se pueden agrupar en dos bloques.

En primer lugar, es necesario apelar al valor reforzado que en toda actuación administrativa con un cierto margen de discrecionalidad tiene la motivación de los actos⁸⁸³. Motivación que adquiere también mayor relevancia y resulta más rigurosamente exigible

1982, Ar. 6426; 5 diciembre 1987, Ar. 9368; 10 julio 1989, Ar. 5736; 13 octubre 1989, Ar. 8386; 9 enero 1991, Ar. 3447; 22 febrero 1992, Ar. 852; 27 enero 1989, Ar. 494; 4 abril 1991, Ar. 3286; 17 julio 1991, Ar. 6347 y 22 octubre 1992, Ar. 8100

⁸⁸² Vid. algunos ejemplos en González Pérez, *El principio general...*, op. cit., p. 59; Castillo Blanco, *La protección...*, op. cit., p. 310.

⁸⁸³ De ahí que la LRJPAC explicita que deberán ser motivados los actos que se dicten en el ejercicio de las potestades discrecionales: art. 54.1.f.

cuanto mayor sea la conexión con los derechos fundamentales⁸⁸⁴ y que en materia sancionadora deviene especialmente necesaria y relevante⁸⁸⁵.

En nuestro caso debe exigirse que la Administración motive su decisión sancionadora no ya en relación al fundamento fáctico y normativo, sino en relación a la opción de sancionar cuando en el entorno institucional concreto (tipo de autoridad, sector, gravedad de la conducta, etc.) se dan, en el tiempo y/o en el espacio opciones no sancionadoras. Ello constituye una garantía ineludible para el sujeto sancionado. Y ya sabemos que es más necesario cuantas más circunstancias hagan problemático el uso de los márgenes de apreciación. Del mismo modo que lo constituye la motivación cuando se lleva a cabo un cambio de criterio en la actuación administrativa, algo que está presente de modo general en la LRJPAC⁸⁸⁶, y sobre cuyo fundamento no cabe insistir más. Su necesaria presencia en la aplicación de las sanciones en un contexto de tolerancia ha empezado a ser reclamada por la doctrina⁸⁸⁷.

Pero este especial énfasis, como primer elemento, en tomar en serio la motivación, exigencia elemental de la buena actuación administrativa que a menudo parece no pasar por sus mejores momentos⁸⁸⁸, debe ser puesto en relación con un segundo bloque de exigencias.

No hay que olvidar que cuando es posible una cierta discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora ello se traduce sobre todo en una opción por no tomar una medida sancionadora. Por tanto, si importante es exigir una motivación expresa y formal cuando se adoptan en ese entorno medidas sancionadoras, no menos importante resulta que se respete también esa exigencia de justificación en lo que se refiere a la no actuación sancionadora.

⁸⁸⁴ Vid., en el marco de la respuesta razonada a las pretensiones de las partes como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por todas, la STC 189/2001, de 24 de setiembre, FJ 1.

⁸⁸⁵ Vid. por todos Fernando Pablo, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 158-159 y 200-201.

⁸⁸⁶ Que establece la obligación de motivar los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes: art. 54.1.c.

⁸⁸⁷ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 146. Vid. también pp. 348-349 y 368.

⁸⁸⁸ Véanse, si no, las alegaciones del Abogado del Estado en la STC 40/1999, de 22 de marzo (antecedente 7), en las que se llega a afirmar, en un asunto relativo a unas pruebas de concurso-oposición de acceso a la función pública, que "[respecto a] la omisión de la motivación de las puntuaciones otorgadas por los miembros del Tribunal que juzgó las pruebas, ello sin duda hubiera sido más ajustado a la convocatoria. Pero como se afirma en la Sentencia impugnada, tal omisión no tiene la suficiente entidad como para conducir a la nulidad de las actuaciones, pues la falta de motivación no es determinante de una arbitrariedad o discriminación, sino el ejercicio de unas facultades discrecionales que corresponden al Tribunal, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

Ello puede continuar implicando la necesidad de motivar actos concretos como pueden ser los del archivo de las actuaciones ante las pretensiones de los denunciantes. Pero va más allá, haciendo necesario, más en general, que sea conocida de antemano la línea conjunta de actuación, la política sancionadora adoptada. Y para que ello sea conforme a las exigencias de la seguridad jurídica en general y de la confianza legítima en particular, esa política debe ser pública y transparente, accesible al conocimiento del ciudadano que pueda resultar afectado y con una explicación clara y satisfactoria de los criterios adoptados y seguidos. Algo de lo que ya tenemos buenos precedentes normativos en cuanto a la publicidad de los criterios de los planes de inspección y a la información de los criterios administrativos existentes para la aplicación de la normativa⁸⁸⁹. Y que debe servir para poder llegar a superar los obstáculos que ya han sido denunciados por la doctrina concretamente en cuanto a las limitaciones para el acceso a documentos relativos a terceras personas en materia sancionadora o disciplinaria⁸⁹⁰, relevantes para conocer el sentido de la aplicación de las normas en actuaciones precedentes⁸⁹¹.

Ello significa asumir un sentido general de la motivación conectado con la justificación de la Administración, de su comportamiento global, frente a la opinión pública⁸⁹², sobre todo cuando la inactividad administrativa puede derivar en una imagen de dejadez o de pasividad, o incluso de parcialidad⁸⁹³.

Todo ello implica, entre otras cosas, en primer lugar que la Administración deberá, por ejemplo, advertir previamente una alteración de una línea de tolerancia seguida en un determinado aspecto⁸⁹⁴.

En segundo lugar, que la Administración no puede dejar de tener en cuenta la evolución de las circunstancias que pueden llegar incluso a determinar la inaplicabilidad de una normativa⁸⁹⁵.

⁸⁸⁹ Respectivamente, arts. 26 y 7 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, reguladora de los derechos y garantías de los contribuyentes y 37.10 LRJPAC. Vid. Ponce Solé, *Deber de buena administración...*, op. cit., pp. 275-289.

⁸⁹⁰ Art. 37.3 LRJPAC.

⁸⁹¹ Vid., con críticas y propuestas al respecto, Huergo Lora, "La desigualdad...", op. cit., pp. 197-199.

⁸⁹² Vid. sobre todo ello en general Fernando Pablo, *La motivación...*, op. cit., pp. 143 ss. y 193. Asimismo Ponce Solé, *Deber de buena administración...*, op. cit., pp. 500-528.

⁸⁹³ Vid. Gimeno Feliú, José María: "La necesidad de particularización en la valoración de méritos en aplicación de baremo", *REDA*, n.º 63, 1989, p. 483.

⁸⁹⁴ Nieto García, *Derecho...*, op. cit., p. 31.

⁸⁹⁵ Vid. González Pérez, *El principio general...*, op. cit., p. 190.

En tercer lugar, que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y confianza legítima, tenga especialmente en cuenta la peculiaridad de los primeros momentos de vigencia de una norma que impone novedosas obligaciones con previsiones sancionadoras de su incumplimiento incluidas⁸⁹⁶. Lo cual formaría parte de una forma de entender las relaciones entre Administración y ciudadano en las que estaría presente la utilización como último recurso de las sanciones, dándose prioridad al diálogo, al convencimiento, a la pedagogía, etc.⁸⁹⁷

Evidentemente todo ello, una vez más, no se puede desconectar de las circunstancias concretas en que tienen lugar estas exigencias. De acuerdo con lo que se viene indicando en este capítulo, la posibilidad misma, o su medida, de establecer claramente estos criterios de actuación que permitan un grado suficiente de seguridad en la posición de los ciudadanos, está en función de la autoridad que tenga la autonomía y capacidad de autovinculación suficiente y por tanto la responsabilidad exigible ante este tipo de decisiones, de la gravedad de la conducta, de su incidencia en la posición de los afectados desde la perspectiva de la igualdad, etc.

7. Límites relativos al control de las decisiones

El corolario de la existencia de toda una serie de límites es el de la posibilidad de hacerlos efectivos a través del control a posteriori de las decisiones tomadas haciendo uso de la discrecionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas, en nuestro caso la sancionadora. Si en el apartado 3 defendíamos el irrenunciable carácter público de estas decisiones, que no pueden ser sustituidas por iniciativa privada alguna, el contrapeso normal a ello viene dado por la posibilidad de contrastar a través de los mecanismos oportunos de control esas decisiones con las posibles objeciones de terceros inicialmente no aceptadas.

Con la intención simplemente de destacar la importancia como elemento de cierre de todo el sistema, vamos a sistematizar brevemente estas posibilidades de control.

⁸⁹⁶ Vid. la especificidad de este caso al hablar de la trascendencia de la permisividad, Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., p. 210. Vid. sobre la introducción progresiva de una nueva norma y sus términos de relación con el respeto de la igualdad, Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité. Extrait du Rapport public 1996*, La documentation française, París, 1998, p. 49.

⁸⁹⁷ Vid. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, "Multa administrativa", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1978, p. 683.

A. El control judicial

Expresamente constitucionalizado⁸⁹⁸ y profundamente arraigado en el núcleo de nuestra doctrina jurídico-administrativa, el control judicial de las actuaciones administrativas sigue siendo uno de los mecanismos más relevantes para el efectivo respeto por parte de éstas de los límites que las contemplan.

El control ejercido por los tribunales es un control jurídico, sólo en elementos de esa naturaleza puede basar su despliegue. Ésta es alguna de las conclusiones firmes a las que ha sido posible llegar⁸⁹⁹ tras la célebre polémica doctrinal que en nuestra doctrina tuvo lugar hace algunos años sobre la extensión del control judicial de la discrecionalidad administrativa⁹⁰⁰. Que esa conclusión no sea suficiente para acabar con la base de ese tipo de discrepancias -a veces más aparentes que reales⁹⁰¹- puesto que en definitiva hablar del carácter jurídico de un tipo de control reenvía a las concepciones del Derecho que se puedan tener y que son diversas⁹⁰², no es óbice para extraer una lección especialmente importante para nuestro objeto de estudio: la operatividad del control judicial no se potencia adecuadamente postulando sin más su extensión, sino propiciando la detección y construcción de límites jurídicamente

⁸⁹⁸ Art. 106.1 CE.

⁸⁹⁹ De forma que, entre otras cosas, es la estructura de las normas habilitantes lo que condiciona el grado de intervención judicial en la revisión de la actuación administrativa: Tornos i Mas, Joaquín, "Discrecionalidad e intervención administrativa económica", en VVAA, *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, p. 393. Este aspecto jurídico-metodológico es especialmente destacado en la tesis de Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa...*, op. cit., por ejemplo en las pp. 76 y 110. Vid. también sobre el carácter clave de la densidad normativa, Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad...*, op. cit., pp. entre otras 109-112.

⁹⁰⁰ Fundamentalmente a partir de las siguientes obras: Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994; Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

⁹⁰¹ Algo que ha sido puesto de manifiesto desde diversos puntos de vista. Así, se ha dicho que las diferencias han respondido más a discrepancias de actitudes que de creencias, y que la discusión se ha movido en varios niveles distintos, los límites del control judicial de la actividad discrecional de la Administración y más en general la distinción constitucional entre administración y jurisdicción: Atienza, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *REDA*, nº 85, 1995, pp. 6 ss. También en relación a la diversidad de planos en que se ha movido la discusión, se ha destacado la ausencia de debida distinción entre control de atribución de las potestades y control de su ejercicio: Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 92-94.

⁹⁰² Vid. Atienza, "Sobre el control...", op. cit., pp. 15-21.

fundamentados. La importancia de tomar esta vía, únicamente posible a partir del tratamiento frontal de la discrecionalidad, en el ejercicio de la potestad sancionadora, varias veces destacada en este trabajo, vuelve, pues, a ponerse de manifiesto.

Obsérvese como de este modo se produce la aparente paradoja de que es posible llevar el control judicial legítimo más lejos de lo que sería posible hacerlo sin un reconocimiento expreso de la discrecionalidad, que se desplegaría así de hecho sin límites operativos.

Son varios, en efecto, los elementos que un juez o un tribunal podría controlar anulando una actuación administrativa en ejercicio de la discrecionalidad en el ámbito aquí tratado. Ello se desprende fácilmente de todo lo estudiado en los apartados anteriores.

- A los órganos judiciales les corresponde, de entrada, interpretar las normas legales y reglamentarias que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora en cada caso. Ya hemos visto que, *de lege data*, esta tarea es a menudo sumamente complicada, debido a la frecuente dificultad de deducir con claridad el carácter reglado o discrecional de tal potestad, y en qué grado. Ya hemos expuesto nuestra preferencia por el rol central a asumir en este sentido por el legislador, con los criterios y límites que hemos desglosado en los apartados anteriores. De manera que esos criterios y límites, en la medida en que derivan en gran parte de exigencias constitucionales, además de ser elementos de obligada concurrencia en la interpretación judicial, deberán estar presentes con una especial intensidad en el caso en que el legislador no explicita ni desarrolle satisfactoriamente los mismos. Es en este doble aspecto que deben ser tenidos en cuenta.

- De un modo más concreto, corresponde, pues, a los órganos judiciales verificar, en primer lugar, las características de la autoridad pública que ha tomado la decisión controvertida: su configuración institucional, concretada en sus características orgánicas y funcionales, su posición en relación al resto de autoridades y a los ciudadanos. Lo cual debe llevar a juzgar la mayor o menor idoneidad de la autoridad o agente actuante para llevar a cabo la decisión tomada. Por ejemplo, es evidente que a un agente de la autoridad no puede corresponder fijar las grandes líneas de política sancionadora posibles, más allá de su margen de apreciación en cuanto al encauzamiento de las conductas más leves.

- En la determinación de la idoneidad de los sujetos para tomar las decisiones correspondientes se deben considerar la diversidad de fases de desarrollo del procedimiento y de criterios establecidos en la actuación de las diversas autoridades que intervienen.

- Deberán también tener en cuenta los jueces y tribunales la concurrencia de sujetos afectados en los diversos signos posibles a la hora de enjuiciar la decisión tomada. Concurrencia que puede manifestarse, pero no únicamente, a través de la presencia de denunciados interesados.

- Se tiene que considerar también el sector de actividad en que se desarrolla la actuación administrativa, y especialmente la incidencia que por su naturaleza tienen las decisiones sobre la actividad sancionadora sobre las condiciones de igualdad de los ciudadanos.

- Los jueces y tribunales deberán asimismo tener en cuenta en la aplicación de las políticas sancionadoras su coherencia⁹⁰³, expresada de manera primordial a través de la motivación de las actuaciones administrativas, en el más amplio sentido. La trascendencia que para el adecuado enfoque en general de la cuestión del control de la discrecionalidad tiene un adecuado entendimiento del sentido y el alcance de la motivación es algo sobre lo que parece innecesario recordar la importancia. La motivación en las actuaciones administrativas es un aspecto clave en la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad⁹⁰⁴ y además permite entender adecuadamente la distinción entre las decisiones y su control⁹⁰⁵.

B. Otros mecanismos de control y la efectividad de la responsabilidad de las autoridades públicas

Ya se ha hecho referencia a la centralidad que ocupa el control judicial de la actividad administrativa en el panorama de nuestra doctrina del Derecho Administrativo. Sin embargo, de modo especialmente intenso en los últimos años se ha puesto de relieve la insuficiencia de este control y la necesidad consiguiente de profundizar en las posibilidades de otros controles,

⁹⁰³ "[...] el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador": Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 99-100.

⁹⁰⁴ Vid. especialmente, Fernández Rodríguez, *De la arbitrariedad...*, op. cit., pp. 82, 131 y 223.

⁹⁰⁵ Lo que se controla es la justificación de la decisión valorativa, no la valoración misma: vid. Igartua Salaverría, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, especialmente pp. 75-82, 115, 127, 130, 141-142 y 164. Puede verse también sobre la distinción entre la decisión y el control de lo previamente decidido, Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 68-69. Vid. asimismo Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., p. 65.

más rápidos, efectivos o asequibles, por otra parte presentes de manera prolija en la Constitución⁹⁰⁶.

Lo idóneo de estos mecanismos alternativos de control se pone de manifiesto ya en el que podríamos considerar el más clásico y tradicional, el de los recursos administrativos. No en vano resulta bastante claramente aceptado que este tipo de recursos resuelve en función no sólo de criterios de legalidad, sino también de oportunidad⁹⁰⁷.

Ello nos permite enlazar con una dimensión ya mencionada en apartados anteriores y que ahora retomamos: la de la responsabilidad por las decisiones tomadas en cada nivel administrativo.

Esta responsabilidad se puede plantear, como es habitual, a varios niveles. Cabría incluso, pues, preguntarse por la posibilidad de una responsabilidad patrimonial por una actuación administrativa que causara daños en nuestro ámbito. Se podría postular tal supuesto como un contrapeso a la libertad de elección de medios de actuación por parte de la Administración para asegurar el respeto de la normativa, tal como ha establecido alguna jurisprudencia del Consejo de Estado francés⁹⁰⁸. En nuestro ordenamiento, no cabría a priori descartar tal supuesto si concurren todos los requisitos propios de la acción de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Sin embargo, creemos que en la medida en que la actuación sancionadora responda más al perfil que resulta de la depuración conceptual aquí propuesta, esta vía pierde posibilidades de ser defendida. Puesto que, en definitiva, el daño ocasionado sería mucho menos perceptible. Sólo podría pensarse en la idoneidad de este tipo de soluciones en el caso en que efectivamente la decisión discrecional en el ejercicio de la

⁹⁰⁶ A este respecto es de obligatoria consulta el estudio de Sánchez Morón, Miguel, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España-Espasa Calpe, Madrid, 1991, pp. 53-156. Vid. también una interesante perspectiva crítica en Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, "El control judicial de la Administración", comentario al art. 106.1 CE, en Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1998, pp. 552-555.

⁹⁰⁷ Al respecto puede verse una contextualización de este factor en los fundamentos de las vías previas administrativas en Malaret i García, Elisenda, comentario del art. 44 LJCA en VVAA, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, edición especial del nº 100 de la REDA, Civitas, Madrid, 1999, pp. 393-394.

Vid. además Parada Vázquez, José Ramón, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 696; Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 461 y Díez Sánchez, Juan José, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, p. 240.

⁹⁰⁸ Sentencias de 7 mayo 1971, *Sastre* y 22 marzo 1974, *Navarra*.

potestad sancionadora cause graves perjuicios incidiendo negativamente en la igualdad de posición de los ciudadanos, en los términos que han quedado expuestos en el apartado 4⁹⁰⁹.

Pero la perspectiva que nos interesa más destacar es la de los controles en sí de las decisiones administrativas y de sus consecuencias a nivel de delimitación de parcelas de actuación y de capacidad de justificación ante el ciudadano. En efecto, ahí es donde parece más ilusorio pretender que un control judicial, eventual y tardío, pueda cubrir todas las necesidades de la efectividad de la exigencia de responsabilidad de actuación de las diversas autoridades administrativas⁹¹⁰. A un doble nivel.

A nivel, primero, del efectivo control de las parcelas de actuación de cada autoridad o agente. No sólo con efectos internos en la organización administrativa, sino, insistimos, con relevancia para el conocimiento por parte del ciudadano del órgano actuante y por tanto de los posibles distintos criterios punitivos en juego⁹¹¹.

A nivel, segundo, de integración de las experiencias para perfilar y mejorar progresivamente los criterios de actuación, que naturalmente no son fijos e invariables⁹¹².

Este último aspecto es de especial necesaria consideración en el ámbito de nuestro objeto de estudio. Ya que, dada la gran cantidad existente de infracciones a detectar y la limitación de los medios a disposición de la Administración, algo que ha sido destacado como argumento a favor de la existencia de discrecionalidad en la potestad sancionadora⁹¹³, inevitablemente se tiene que seleccionar y ello implica tomar decisiones, más o menos trascendentales, más o menos implícitas, pero decisiones al fin y al cabo.

⁹⁰⁹ No hay que olvidar que precisamente la perspectiva de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas es el fundamento de las indemnizaciones por responsabilidad en Francia también en el caso de las dos sentencias indicadas anteriormente.

⁹¹⁰ Destacando la relevancia de la responsabilidad individual de los agentes en los temas de organización administrativa y la mayor utilidad en estos casos de las instancias de control de la Administración distintas de la judicial, Malaret i García, "Los principios del procedimiento...", op. cit., pp. 328 y 334.

⁹¹¹ Destaca la importancia de la presencia de estos variados criterios o rigores punitivos de los distintos órganos administrativos, a efectos de problemas concretos como la avocación de competencias sancionadoras o el *non bis in idem*, Nieto García, *Derecho...*, op. cit., pp. 247 y 409. Vid. también Muñoz Medina, Miguel María, *La potestad sancionadora de la Administración en materia de tráfico: infracciones y sanciones*, BOE, Madrid, 1993, p. 193.

⁹¹² Se destaca la virtualidad de los recursos administrativos para la "mejora de la organización y los servicios públicos mediante autocorrección" en Parejo Alfonso; Jiménez-Blanco y Ortega Álvarez, *Manual...*, op. cit., p. 649.

⁹¹³ Vid. sobre todo Cobreros Mendazona, "La posición del denunciante...", op. cit., pp. 765-767.

De ahí la importancia del funcionamiento efectivo de todos los controles, del más concreto al más difuso, para un incremento siempre deseable en la calidad de las actuaciones administrativas, en un campo en el que muy a menudo las líneas de actuación pasan por multitud de pequeñas decisiones consistentes en abstenerse de actuar o en tratar de reconducir las situaciones. Ni que decir tiene que a ello siempre será de una gran ayuda la adecuada estructura de controles mutuos de los diversos niveles administrativos⁹¹⁴.

⁹¹⁴ Un aspecto cuya importancia se verifica en casos como el control ejercido por el Tribunal de Defensa de la Competencia en relación al Servicio de Defensa de la Competencia, estando el primero caracterizado por su mayor independencia. Este mecanismo de control ha sido destacado concretamente, como hemos tenido ocasión de indicar en otro momento, a propósito del recurso contra el archivo de actuaciones.

CONCLUSIONES. EL SENTIDO DE NUESTRA PROPUESTA

Llegado el momento de formular nuestras conclusiones, creemos que la mejor manera de hacerlo es la de, tras todo el contenido analizado hasta este momento, remarcar las ideas básicas que se encuentran en la base de nuestra propuesta acerca de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, en particular en lo que se refiere a la decisión de ejercer tal potestad, a la decisión de desencadenar el inicio de una actuación sancionadora.

La elección del tema de nuestra tesis viene, ante todo, determinada por la necesidad de no dejar por más tiempo en la penumbra el análisis frontal de algo a menudo tan olvidado en los análisis teóricos como de indiscutible vigencia práctica, la actividad sancionadora de la Administración desde la perspectiva de sus políticas y criterios de oportunidad en su aplicación.

El estudio de este tema hace necesario, sin duda, un enfoque frontal y general de los fundamentos y límites de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, que es lo que hemos tratado de llevar a cabo aquí.

Este enfoque frontal de la cuestión permite, no sólo el debate sobre sus fundamentos mismos, sino también la posibilidad de explicitar mejor, y por tanto dejar el camino en ese sentido más expedito, los límites jurídicamente operativos para el control de las decisiones que se tomen en el ejercicio del margen de apreciación indicado.

Nuestra propuesta sobre el principal sentido en que se traduce la existencia de esta discrecionalidad es la posibilidad del no ejercicio de la potestad sancionadora en ciertos casos en que, siendo legalmente posible tal ejercicio, no resulta lo más apropiado a las circunstancias del caso según la apreciación de la Administración Pública.

Esta posibilidad responde en primer lugar a una decidida acotación conceptual de la sanción administrativa, que la separa de las medidas que van orientadas primordialmente al establecimiento de medidas de policía o reparadoras de una situación alterada. Su aspecto simbólico, especialmente en el caso de las infracciones y sanciones más leves, resulta determinante a tales efectos. Y los supuestos en los que mantener la normativa vigente pero con un grado reducido de aplicación sea beneficioso para el interés general o al menos en mayor medida que otras alternativas, señaladamente idóneos.

A su vez, esta concreta traducción de la discrecionalidad propuesta no nace en un vacío jurídico, sino que encuentra su fundamento en ineludibles reglas constitucionales que conciernen de modo directo la actuación de las Administraciones Públicas.

Así, esta concreta variante encuentra su sentido genuino si se respeta la exigencia constitucional, y de origen casi mítico en el mundo jurídico -ya que la exigencia de no establecer más que las penas estrictamente necesarias se formula ya en el art. 8 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 agosto 1789- de la necesidad de las medidas punitivas, de la proporcionalidad. Exigencia que, coherente con la consideración de *ultima ratio* de la acción punitiva, creemos que de innegable aplicación a las sanciones administrativas en el sentido de la subsidiariedad de las sanciones en relación a otro tipo de medidas, implica en definitiva la improcedencia de aplicar las sanciones con carácter automático, siendo exigible por contra que los órganos aplicadores puedan apreciar las circunstancias particulares del caso, como ya ha exigido nuestra jurisprudencia constitucional.

Los fundamentos mismos de la discrecionalidad administrativa, que, tal como disponía la exposición de motivos de la LJCA de 1956, "surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público", hacen entroncar claramente con tales exigencias constitucionales, que se deben complementar con el mandato constitucional de servicialidad a los intereses generales, este instrumento vital en el Derecho Administrativo.

Asimismo, exigencias constitucionales de eficacia en la actuación administrativa se encuentran claramente presentes en este tipo de ejercicio discrecional de las potestades, aspecto esencial si se tiene en cuenta la dimensión instrumental de las sanciones en el quehacer administrativo.

Además, las exigencias impuestas por los deberes de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos, deberes de audiencia y de trato de acuerdo con los principios de buena fe y confianza legítima, imponen un uso restrictivo de las medidas punitivas.

Estas exigencias ineludibles además son consustanciales a la imposición de límites en el ejercicio de los márgenes de apreciación resultantes a favor de las Administraciones Públicas, límites presentes a diversos niveles en la Constitución. Resulta evidente que los márgenes de apreciación cambian o en todo caso no están sometidos a las mismas necesidades sobre todo de

explicación o motivación en función de la incidencia en los derechos y libertades de los ciudadanos y de la gravedad de los hechos y bienes en juego.

Y en la medida en que se está hablando de tomas de decisiones públicas, de una utilización de una parte del aparato represivo del Estado para llevar a cabo unas determinadas políticas, es esencial que todo ello se pueda objetivar a través de la transparencia, la publicidad, la responsabilidad y el control efectivo a posteriori no limitado a la intervención eventual de los tribunales.

En la medida en que tales límites conllevan la consideración de todas las circunstancias que rodean el ejercicio de la potestad sancionadora en cada caso, concentrados en la fórmula genérica que hemos denominado *entorno institucional*, ello permite, entre otros datos, confirmar la hipótesis, planteada en el inicio de esta tesis, de que la respuesta a la pregunta de la existencia de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora no puede venir dada por dogmas o presupuestos asumidos, sino que debe atender a las circunstancias concretas de su desarrollo.

Y precisamente también en la medida en que resulta decisivo el entorno institucional, que por definición viene dado por una multiplicidad de circunstancias combinadas entre sí, ello nos permite concluir en que nuestra propuesta no se sitúa en un plano exclusivo *de lege ferenda*. Si bien es cierto que parece aconsejable que las normas, y muy especialmente el legislador, por su posición constitucional, expliciten en mayor medida, los principios y reglas que inspiran y traducen los fundamentos y los límites de esta posibilidad de decisión de las Administraciones Públicas, en una medida importante, aunque variable dada la heterogeneidad de supuestos, su construcción es posible a través de una operación interpretativa del ordenamiento jurídico. Operación a la que está permanentemente convocada la doctrina y a la que esperamos haber aportado una perspectiva de utilidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- Agirreazkuenaga, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990.
- Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- Aguado i Cudolà, Vicenç, *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.
- Aguado Renedo, César, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001,
- Aguallo Avilés, Ángel: *El contribuyente frente a los planes de inspección*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- Aguilera Morales, Encarnación, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, (traducción de Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997.
- Alonso Colomer, Francisco: "El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación", *DA*, nº 141, 1971
- Alonso García, Enrique, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *RAP*, nº 100-102, 1983
- Alonso Mas, M^a José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 1998.
- Amenós Álamo, Juan, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999
- Amoedo Souto, Carlos Alberto *Poder policial y Derecho Administrativo*, Universidade da Coruña, Servicio de publicacións, A Coruña, 2000.
- Amoedo Souto, Carlos Alberto, "A lóxica disciplinar do "mundo feliz": modernización privatizadora do poder policial no estado (neo) liberal", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2/1998.
- Amoedo Souto, Carlos Alberto, "Luces y sombras del control jurisdiccional de la potestad sancionadora en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa: ¿Garantía o "performance" de la Administración de justicia (y de la sancionadora)?", *RVAP*, nº 58, 2000.
- Amoedo Souto, Carlos Alberto: "Los "atajos" de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico ante el Tribunal Supremo. La Sentencia de 19 de diciembre de 2000 (Sala 3^a, ponente: D. Francisco González Navarro, Ref. Aranzadi 485/40) y su

doctrina legal sobre el artículo 13.2 del Real Decreto 320/1994, de procedimiento sancionador en materia de tráfico", texto mecanografiado, A Coruña, 2001.

- Andersen, Robert, "Le pouvoir de sanction administrative du CSA", en Jongen (dir.), *Le nouveau Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, Bruylant, Bruselas, 1998.
- Angibaud, Brigitte, *Le Parquet*, PUF, París, 1999.
- Arbós, Xavier, "Le droit non étatique dans la régulation sociale", en Miaille, Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'Études et de Recherches sur la Théorie de l'État, 1 et 2 octobre 1992, Université de Montpellier I*, L'Harmattan, París, 1995.
- Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- Arrieta Martínez de Pisón, Juan, *Las actas de la inspección de los tributos*, Civitas, Madrid, 1994,
- Atienza, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *REDA*, nº 85, 1995
- Auby, J.-M., "Les sanctions administratives en matière de circulation automobile", *Recueil Dalloz*, 1952.
- Autin, Jean-Louis, "Autorités administratives indépendantes", *Éditions du Juris-Classeur*, 5, 1997.
- Autin, Jean-Louis, "La réforme de la Commission des opérations de bourse. La consécration d'une instance régulatrice", *La Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 3-1989.
- Autin, Jean-Louis, "Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative", en Conseil d'État, *Rapport public 2001*, La documentation française, París, 2001.
- Autorité de Régulation des Télécommunications, *Rapport public d'activité. L'année 1998*, París,
- Bacigalupo, Enrique, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Colex, Madrid, 1991.
- Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Ballart, Xavier y Ramió, Carles, *Ciencia de la Administración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000,
- Baño León, José María, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- Barcelona Llop, Javier, "Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana. Algunos aspectos problemáticos", en VVAA, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993
- Barcelona Llop, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995
- Barilari, André, *L'État de droit: réflexion sur les limites du juridisme*, LGDJ, París, 2000.
- Barnés Vázquez, Javier, "Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa", en VVAA, *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas y Junta de Andalucía, Madrid, 1996.
- Beaud, Olivier, "Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés", en Beaud, Olivier y Blanquer, Jean-Michel (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, París, 1999.
- Beladiez Rojo, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994
- Belloubet-Frier, Nicole y Timsit, Gérard, "L'Administration en chantiers", *Revue du Droit Public*, 2-1994.
- Bergalli, Roberto "La represión como política única", *El País* de 6 marzo 2001.
- Berzosa Francos, Victoria, "Principios del proceso", *Justicia*, 1992-III, p. 591.
- Betancor Rodríguez, Andrés, *El acto ejecutivo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- Betancor Rodríguez, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Blanquer, David, *Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998
- Blanquer, Jean-Michel, nota en *Revue du Droit Public*, 1995
- Blasco Pellicer, Ángel, *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998
- Bobbio, Norberto, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, París, 1998, con traducción de Michel Guéret, colaboración de Christophe Agostini y estudio preliminar de Riccardo Guastini-
- Bockel, Alain, "Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration", *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1978.

- Bolle, Stéphane, "L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique. Un régime "introuvable"", *RFDA*, 2/2001
- Brisson, Jean-François, "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6&1 de la Convention européenne des droits de l'homme. À propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation", *AJDA*, 20 novembre 1999.
- Bustillo Bolado, Roberto O. y Cuerno Llata, José Ramón, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- Butrón Baliña, Pedro M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Calvo Rojas, Eduardo, "Los tribunales de justicia y la inactividad de la Administración en materia sancionadora", *Jueces para la democracia*, 2/1991.
- Cano Campos, Tomás, *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, Civitas, Madrid, 1999
- Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999.
- Carbonnier, Jean, *Droit et passion du droit sous la Ve. République*, Flammarion, París, 1996.
- Carbonnier, Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, París, 9ª edición, 1998,
- Carnevali Rodríguez, Raúl, *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2001.
- Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo: *Derecho Administrativo Sancionador*, EDERSA, Madrid, 1995.
- Carval, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, París, 1995.
- Cassese, Sabino y Franchini, Claudio, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Il Mulino, Bolonia, 1996.
- Castillo Blanco, Federico A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 309.
- Castillo Blanco, Federico A., *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- Cerezo Mir, José, "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo",

Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales, 1975,.

- Cid Moliné, José, "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *RAP*, nº 140, 1996.
- Cid Moliné, José, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- Ciriano Vela, César David, *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- Cobreros Mendazona, Edorta, "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", *RVAP*, nº 41, 1995.
- Cohen-Tanugi, Laurent, *Le droit sans l'État*, PUF, París, 1992.
- Colliard y Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, París, 1988 ,
- Combe, Christine, "Le pouvoir de dispense du roi: la prérogative dans l'Angleterre des XIIIe-XVIIe siècles", *Droits*, nº 25, 1997.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", *Poder Judicial*, nº especial VI ("Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas"), 1989.
- Conratd, Jérôme, "Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'État", *Administration Publique*, 4/1999, p. 277.
- Conseil de la Concurrence, *Douzième rapport d'activité, année 1998*, París.
- Conseil d'État, *Rapport Public 2001*, La documentation française.
- Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité. Extrait du Rapport public 1996*, La documentation française, París, 1998
- Conseil d'État: *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, París, 1995.
- Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, *10^e Rapport d'activité 1998* París.
- Cordero García, J. Antonio, *La condonación en el ámbito tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1999
- Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2000
- Custos, Dominique, *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, París, 1999.

- Chevallier, Jacques, *L'État de droit*, Montchrestien, París, 1999.
- Chevallier, Jacques, "De la CNCL au Conseil supérieur de l'audiovisuel", *AJDA*, 20 febrero 1989,
- Chevallier, Jacques, "La nouvelle réforme des télécommunications: ruptures et continuités", *RFDA*, nº 5-1996
- Chevallier, Jacques, "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique", *Revue du Droit Public*, 3/1998.,
- Chevallier, Jacques, *Science administrative*, PUF, París, 1994.
- Chevallier, Jacques: "De quelques usages du concept de régulation", en Miaille, Michel (dir.): *La régulation...*, op. cit., pp. 87-90.
- Chevallier, Jacques: "Régulation et polycentrisme dans l'administration française", *Revue administrative*, nº 301, 1998
- Chevallier, Jacques: *L'État*, Dalloz, París, 1999
- Chinchilla Marín, Carmen, "El nuevo régimen disciplinario de los alumnos no universitarios", *REDA*, nº 64, 1989.
- Chinchilla Marín, Carmen, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 2ª edición, 1999.
- Dahrendorf, Ralf, *Ley y orden* (traducción de Luis María Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1994.
- Dannecker, Gerhard, *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo* (traducción de Carmen Bascón Granados), Marcial Pons, Madrid, 2001
- De Corail, Jean-Louis, "Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression", *Mélanges René Chapus. Droit Administratif*, Montchrestien, París, 1992.
- De la Cruz Ferrer, Juan, "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", *RAP*, nº 116, 1988
- De la Cuétara, Juan Miguel, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.
- De la Morena y De la Morena, Luis, "¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el "ius puniendi" de los tribunales?", *La Ley*, nº 2199, 1989.
- De la Oliva Santos, A.; Aragonese Martínez, S.; Hinojosa Segovia, R.; Muerza Esparza, J.; Tomé García, J.A., *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993.
- De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y*

administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem", Bosch, Barcelona, 1998.

- De Munck, Jean y Lenoble, Jacques, "Droit négocié et procéduralisation", en Gérard, Philippe; Ost, François; Van de Kerchove, Michel (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1996.
- De Palma del Teso, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996
- De Palma del Teso, Ángeles, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Decoopman, Nicole, "Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes", en VVAA, *Le droit administratif en mutation*, PUF, París, 1993
- Decoopman, Nicole, "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", *La Semaine Juridique*, 1987-I.
- Decoopman, Nicole: "À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation", en: Clam, Jean y Martin, Gilles (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, París, 1998.
- Degoffe, Michel, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, París, 1996.
- Degoy, Dominique, *Les sanctions de la liberté de communication audiovisuelle. Contribution à l'étude de la répression administrative*, tesis doctoral, Toulouse, 1993
- Del Rey Guanter, Salvador, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- Delgado Piqueras, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- Delmas-Marty, Mireille "Le paradoxe pénal", en Mireille Delmas-Marty y Claude Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Éd. du Seuil, París, 1996.
- Delmas-Marty, Mireille y Teitgen-Colly, Catherine, *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, París, 1992.
- Delmas-Marty, Mireille, *Le flou du droit*, PUF, París, 1986.
- Delmas-Marty, Mireille, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, París, 1992.
- Delpérée, Francis, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*,

- LGDJ, París, 1969.
- Delvolvé, Pierre, "Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?", en VVAA, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, LGDJ, París, 1988.
 - Dellis, Georges, *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du Droit Pénal sur le Droit administratif répressif*, LGDJ, París, 1997.
 - Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*, Tecnos, Madrid, 1997,
 - Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
 - Di Qual, Lino, *La compétence liée*, LGDJ, París, 1964.
 - Díaz, Elías, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998,
 - Díez Ripollés, José Luis, "Exigencias sociales y política criminal", *Claves de Razón Práctica*, nº 85, 1998.
 - Díez Sánchez, Juan José, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.
 - Díez-Picazo, Luis María, "Il problema della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/1995.
 - Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000,
 - Díez-Picazo, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 2000.
 - Díez-Picazo, Luis-María, "Derecho comunitario y medidas sancionadoras", *REDA*, nº 78, 1993
 - Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 1989.
 - Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
 - Domínguez Vila, Antonio, *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - Dorado Montero, Pedro, "Derecho Penal", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1985.
 - Douvreur, Olivier, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, LGDJ, París, 2000

- Dubisson, Michel: *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, París, 1957.
- Ducouloux-Favard, "note", en *Petites Affiches* nº 206 de 15/10/99.
- Entrena Cuesta, Rafael, "El servicio de taxis", *RAP*, nº 27, 1958.
- Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo I*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Estévez Araujo, José A., "La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990.
- Fanlo Loras, Antonio: "Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción", en Leguina Villa y Sánchez Morón, dir., *La nueva LRJPAC*, Tecnos, Madrid, 1993
- Faure, Bertrand: "La crise du pouvoir réglementaire: entre ordre juridique et pluralisme institutionnel", *AJDA*, 20 julio/20 agosto 1998.
- Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, 1997.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, "Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva", en *Libro homenaje al profesor J.L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994
- Fernando Pablo, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), Trotta, Madrid, 1995.
- Flores Prada, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- Font i Llovet, Tomàs, "La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños", *RAP*, nº 123, 1990
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, 12ª edición, (traducción de Aurelio Garzón del Camino), Siglo Veintiuno, Madrid, 2000.
- Fuertes López, Mercedes, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

- Gallego Anabitarte, Alfredo, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho", *RAP*, nº 34, 1961
- Gallego Anabitarte, Alfredo, prólogo a la obra de Antonio Mozo Seoane, *La discrecionalidad de la Administración...*, op. cit.
- Gallego Anabitarte, Alfredo; Menéndez Rexach, Ángel y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo 2. Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001
- ⊗ ▪ Galligan, Denis J., *La discrezionalità amministrativa* (traducción de Francesca Innamorati), Giuffrè, Milán, 1999, pp. 34-37.
- Garberí Llobregat, José, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 499.
- Garberí Llobregat, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989.
- García Arán, Mercedes : "¿Problema de medios o de fines?", *El País*, 14 enero 2001.
- García Berro, Florián: *Los procedimientos tributarios y la Ley 30/1992 desde la nueva perspectiva de la Ley 1/1998, de derechos y garantías de los contribuyentes*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997.
- García de Enterría, Eduardo, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional", *REDA*, nº 29, 1981.
- García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996.
- García de Enterría, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1998 (reproduciendo la edición de 1974, que a su vez reproducía sustancialmente el original de 1955).
- García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983
- García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 24-49, publicado por primera vez en en número 38 de la *RAP*, en 1962.

- García de Enterría, Eduardo; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1999
- García i Fontanet, Àngel, "¿Qué hacer con la justicia?", *La Vanguardia*, 11 setiembre 2000.
- García Macho, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992
- García Pullés, Fernando R., "La potestad sancionatoria de la Administración Pública", *Actualidad en el Derecho Público*, 8, 1998.
- García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1985.
- García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1991.
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo I*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Gassin, Raymond, nota, *Recueil Dalloz* 1998, p. 445.
- Gaudemet, Yves, "Les actions administratives informelles", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1994, n° 2,
- Gavaldà, Christian, "Les sanctions applicables par le Conseil supérieur de l'audiovisuel", *Les Petites Affiches*, 17 gener 1990.
- Genevois, Bruno, "Le Conseil Constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (à propos de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989)", *RFDA*, 2-1989.
- Genevois, Bruno, "Le Conseil Constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB (à propos de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989)", *RFDA*, 4-1989.
- Gentot, Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, París, 1994.
- Gherardi, Éric, "Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales", *RFDA*, 5/1999.
- Gimeno Feliú, José María: "La necesidad de particularización en la valoración de méritos en aplicación de baremo", *REDA*, n° 63, 1989
- Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal. Proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- Gómez Cabrera, Cecilio, *La discrecionalidad de la Administración tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1998

- Gómez Colomer, Juan-Luis, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996
- Gómez Iniesta, Diego José, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Gómez Puente, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997
- González Biedma, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999
- González Pérez, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.
- Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Guédon, Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, París, 1991.
- Gui Mori, Tomás, "La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación del de tutela efectiva. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 118/1987 de 8 de julio, 180/1987 de 12 de noviembre y 39/1988 de 9 de marzo", *La Ley*, 2063, 1988.
- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, "El control judicial de la Administración", comentario al art. 106.1 CE, en Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1998
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998.
- Hart, H.L.A., *Le concept de droit* (traducción francesa de Michel van de Kerchove), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1976.
- Huergo Lora, Alejandro, "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", *RAP*, nº 137, 1995.
- ¹Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998.
- Igartua Salaverría, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998
- Jordano Fraga, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.
- Juan Lozano, Ana M^a: *La inspección de Hacienda ante la Constitución*, IEF- Marcial Pons, Madrid, 1993,
- Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, traducida por Charles Eisenmann, Bruylant-LGDJ, París, 1999

- Kouévi, Amavi, "L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie", *AJDA*, 20 mayo 2000.
- Kuhn, T.S.: , *La structure des révolutions scientifiques*, traducida por Laure Meyer, sobre la base de la nueva edición aumentada de 1970, Flammarion, 1983.
- Lafuente Benaches, Mercedes, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- Lafuente Benaches, Mercedes, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*, Tecnos, Madrid, 1992
- Lanzarote Martínez, Pablo A., "La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva", *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 3, 1996.
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- Leben, Charles, "Impératif juridique, dérogation et dispense. Quelques observations", *Droits*, nº 25, 1997
- Lefebvre, José, "La dépenalización, facteur d'ordre ou source de désordre?", en *VVAA, Désordre(s)*, PUF, París, 1997
- Lefebvre, José, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, tesis, Amiens, 1997.
- Lemesle, Laurent y Pansier, Frédéric-Jérôme, *Le procureur de la République*, PUF, París, 1998.
- Lochak, Danièle, "La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie?", en *VVAA, L'État de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, París, 1996
- Longobardi, Nino, "Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau Droit Administratif", *Petites Affiches*, 31 agosto 1999.
- López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- López Calera, Nicolás María, "Derecho y tolerancia", *Jueces para la democracia*, 2-3/1992.
- López González, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.
- Lorenzo, Susana, *Sanciones administrativas*, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 1996.
- Lozano Cutanda, Blanca, "Panorámica general de la potestad sancionadora de la

Administración en Europa: "despenalización" y garantía", *RAP*, nº 121, 1990

- Lozano Cutanda, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990
- Magide Herrero, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000.
- Malaret i Garcia, Elisenda, "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)", *REDA*, nº 76, 1992
- Malaret i Garcia, Elisenda, "Le droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire", en Marcou, Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, París, 1995.
- Malaret i Garcia, Elisenda, "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento", en Tornos i Mas, Joaquín (coord.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.
- Malaret i Garcia, Elisenda, comentario del art. 44 LJCA en VVAA, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, edición especial del nº 100 de la *REDA*, Civitas, Madrid, 1999
- Mallol, Francis: nota doctrinal sobre la sentencia de 10/7/95, *AJDA*, 20 noviembre 1995,
- Mamontoff, Catherine, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la CEDH et ses implications en matière de sanctions administratives", *RFDA*, 5-1999
- Marina Jalvo, Belén, "Non bis in idem y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre)", *REDA*. nº 108, 2000.
- Marina Jalvo, Belén, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- Martín Mateo, Ramón, "La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias", *RAP*, nº
- Martínez Ruiz, Jesús, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, "Multa administrativa", *Nueva Enciclopedia*

- Jurídica Seix*, Barcelona, 1978
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973
 - Martín-Retortillo, Lorenzo: *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984.
 - Mathias, Éric, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS Droit, París, 1999.
 - Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001
 - Menéndez Rexach, Ángel, "Procedimientos administrativos: finalización y ejecución", en Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (dir.), *La nueva LRJPAC*, Tecnos, Madrid, 1993.
 - Mény, Yves y Thoenig, Jean-Claude, *Las políticas públicas* (traducción de Salvador del Carril), Ariel, Barcelona, 1992.
 - Mestre Delgado, Juan Francisco, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en VVAA, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. III.
 - Ministerio de Medio Ambiente, *Presentación política sobre acuerdos voluntarios*.
 - Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1982,
 - Mira Ros, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998.
 - Moderne, Franck, "Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens", *RFDA*, 1-1997.
 - Moderne, Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du "jus puniendi" de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, París, 1993.
 - Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer, J.L.; Montón Redondo, A., *Derecho Jurisdiccional III Proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1993
 - Montilla Martos, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994.
 - Montoro Puerto, Miguel, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965.
 - Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín y Gimeno Sendra, Vicente,

Introducción al Derecho Procesal, Colex, Madrid, 1996, p. 233. Vid. también López López, Alberto Manuel, *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid, 2001.

- Moreno Fernández, Juan Ignacio, *La discrecionalidad en el Derecho tributario*, Lex Nova, Valladolid, 1998
- Moreno, Dominique, *Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme*, LGDJ, París, 1991.
- Mourgeon, Jacques, *La répression administrative*, LGDJ, París, 1967
- Mozo Seoane, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- Müller, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, (traducción de Olivier Jouanjan) PUF, París, 1996.
- Muñoz Conde, Francisco, "Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada, Comentarios a la LO 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el Código Penal", (apéndice a su *Derecho Penal, Parte especial*) Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- Muñoz Lorente, José, *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*, Ecoiuris, La Ley, Madrid, 2001.
- Muñoz Medina, Miguel María, *La potestad sancionadora de la Administración en materia de tráfico: infracciones y sanciones*, BOE, Madrid, 1993
- Navarro Cardoso, Fernando, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001
- Nieto García, Alejandro y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998.
- Nieto García, Alejandro, "La potestad sancionadora y los casos de especial sujeción en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", en *Estudios sobre la nueva LRJPAC. Seminario de Derecho Local (Curso 92-93)*, Ajuntament de Barcelona, 1993
- Nieto García, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997,
- Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid,

- 1994.
- Nieto García, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
 - Nieto García, Alejandro, prólogo al libro de Julio V. González García *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
 - Nieto García, Alejandro: *La "nueva" organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996
 - Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999.
 - Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 9ª edición, 1999.
 - Ost, François, "Considérations sur la validité des normes et systèmes juridiques", *Journal des Tribunaux*, 7 enero 1984.
 - Ost, François, "Le rôle du droit: de la vérité révélée à la réalité négociée", en Timsit, Gérard; Claisse, Alain y Belloubet-Frier, Nicole (dir.), *Les administrations qui changent. Innovations techniques ou nouvelles logiques?*, PUF, París, 1996
 - Ost, François, *Le temps du droit*, Éditions Odile Jacob, París, 1999.
 - Pagliari, Giorgio, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988.
 - Paliero, Carlo Enrico y Travi, Aldo, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milán, 1988.
 - Parada Vázquez, José Ramón, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *RAP*, nº 67, 1972.
 - Parada Vázquez, José Ramón, "Sanciones administrativas", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
 - Parada Vázquez, José Ramón, *Derecho Administrativo I Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
 - Paredes Castañón, José Manuel, "El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, setiembre-diciembre 1996.
 - Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993
 - Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, Madrid, 1995.

- Parejo Alfonso, Luciano; De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás; Moreno Molina, Ángel Manuel; Estella de Noriega, Antonio, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000
- Parejo Alfonso, Luciano; Jiménez-Blanco, Antonio; Ortega Álvarez, Luis, *Manual de Derecho Administrativo I*, Ariel, Barcelona, 1996
- Pauner Chulvi, Cristina, "El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica", *Poder Judicial*, nº 55, 1999.
- Pedrazzi, Cesare, "Le rôle sanctionnateur du Droit Pénal", en Gauthier, J. (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1985.
- Pellissier, Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, París, 1996.
- Pemán Gavín, Ignacio, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- Pepe, Carmine, *Illecito e sanzione amministrativa (tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa)*, CEDAM, Padova, 1990.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- Picard, Etienne, *La notion de police administrative*, LGDJ, París, 1984,
- Picó Lorenzo, Celsa, "Arbitrariedad, oportunidad y buena fe en las sanciones por contratación ilegal de trabajadores extranjeros", *RGD*, julio-agosto 1993.
- Plaza Ventura, Patricia, *Las sanciones comunitarias europeas: su aplicación a las empresas*, Edijus, Berriozar, 1999,
- Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- Potvin-Solis, Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, París, 1999
- Prieur, Cécile: "Justice, le temps de l'autocritique", *Le Monde* de 21 marzo 2001.
- Queralt, Joan J., "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril 1996.
- Quermonne, Jean-Louis: *L'appareil administratif de l'État*, Éditions du Seuil, París, 1991.

- Quintero Olivares, Gonzalo, "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio", en Picó Lorenzo, Celsa (dir.), *Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo Sancionador*, CGPJ, Madrid, 1997.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1989.
- Quintero Olivares, Gonzalo: "La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal", *RAP*, 126, 1991.
- Ramírez Gómez, Salvador, *El principio ne bis in idem en el ámbito tributario (Aspectos sustantivos y procedimentales)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Rebollo Puig, "La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", *RVAP*, nº 54, 1999.
- Rebollo Puig, Manuel, "El contenido de las sanciones", en *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario 2001, sobre infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador.
- Rebollo Puig, Manuel, "Interesados y denunciadores en el procedimiento administrativo sancionador", *PJ*, nº 29, 1993
- Rebollo Puig, Manuel, "Las sanciones administrativas en el Derecho francés", en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991.
- Rebollo Puig, Manuel, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, Madrid, 1989
- Requena López, Tomás, "¿El ocaso de la concepción del inculcado como único interesado en el procedimiento sancionador?", *RAAP*, nº 26, 1996.
- Richer, Laurent: "La proportionnalité des sanctions dans le droit de la concurrence", *Les Petites Affiches*, 8 julio 1991.
- Ripert, Georges, *Le déclin du droit*, LGDJ, París, 1949.
- Rivero Ortega, Ricardo, *El estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000
- Robert, Jacques-Henri, "Les aspects de droit pénal de la dispense", *Droits*, nº 25, 1997.
- Roca, María J., "¿Qué se entiende por tolerancia en el Derecho español? Análisis de la doctrina y la jurisprudencia", *RAP*, nº 152, 2000
- Rodríguez de Santiago, José M^a, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- Rodríguez García, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997
- Rodríguez Pontón, Francisco José: "Govern, política i Administració: elements de debat per a les "Administracions Independents"", *Autonomies, Revista Catalana de Dret Públic*, nº 24, 1999
- Rodríguez Pontón, Francisco José: "La potestat sancionadora en el Reglament d'obres, activitats i serveis", en Font i Llovet, Tomàs (coord.), *Dret Local. Ordenances, activitats i serveis públics*, Servei Publicacions UAB, Marcial Pons, Edicions UB, Barcelona, 1997.
- Rodríguez Pontón, Francisco José: "Participació ciutadana en l'elaboració dels reglaments i reserva de llei: algunes consideracions", *Autonomies*, nº 21, 1996
- Rodríguez Pontón, Francisco José: *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999
- Rodríguez Pontón, Francisco José: "Los directivos públicos: relaciones entre política y administración. Especial atención a la regulación de la LOFAGE", texto mecanografiado
- Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- Rosini, Emilio, *Le sanzioni amministrative. La giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milán, 1991.
- Rouyère, Aude, "La dispense en droit public: l'"un" et le "multiple"", *Droits*, nº 25, 1997.
- Rubio de Casas, María Gracia, "Contra la penalización", *El País*, 28 noviembre 1996.
- Rubio Llorente, Francisco, prólogo al libro de Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.
- Sáinz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1976.
- Sala Arquer, José Manuel, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000.
- Salvador Coderch, Pablo y Castiñeira Palou, M^a Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997
- Sánchez Morón, Miguel, "La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos", en Sánchez Morón, Miguel; Trayter Jiménez, Juan

- Manuel y Sánchez Blanco, Ángel, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, IVAP, Oñati, 1995.
- Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
 - Sánchez Morón, Miguel, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España-Espasa Calpe, Madrid, 1991
 - Sánchez Sáez, Antonio José, "Contexto y base de los sistemas de gestión voluntaria en la legislación española de envases, residuos de envases y residuos", *RAAP*, nº 38, 2000,
 - Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1999.
 - Santdiumenge i Farré, Josep, "Notes sobre l'acció de cessació i la privació temporal de l'ús de la vivenda o local previstes a l'article 7.2 de la Llei de propietat horitzontal", *RJCat*, 1/2000.
 - Sanz Gandasegui, Francisco: *La potestad sancionatoria de la Administración: La Constitución española y el Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1985.
 - Sanz Rubiales, Íñigo, "Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad", *RAP*, nº 148, 1999
 - Serrano, José Luis, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999.
 - Serverin, Lascoumes y Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Economica, París, 1987.
 - Siburg, Friedrich-Wilhelm (traducción de A. Nieto) sobre "La jurisdicción disciplinaria en la República Federal Alemana", *RAP*, nº 46, 1965.
 - Silva Sánchez, Jesús-María, "Eficiencia y Derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril 1996.
 - Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999
 - Sordi, Bernardo, "Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4/2000.
 - Soriano García, José Eugenio, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998

- Souchon, Henri, *Admonester. Du pouvoir discrétionnaire des organes de police*, Éditions du CNRS, París, 1982.
- Stirn, Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, LGDJ, París, 1999.
- Suay Rincón, José, "El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma", *RAP*, nº 109, 1986.
- Suay Rincón, José: "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", *RAP*, nº 123, 1990
- Suay Rincón, José: *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- Subirats, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, MAP, Madrid, 1994.
- Subra de Bieusses, Pierre, nota en *AJDA*, 12/2000.
- Sudre, Frédéric y Picheral, Caroline, "Introduction", en VVAA, "Les garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires", *Cahiers de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme*, Université de Montpellier I, nº 8, 2001
- Sykiotou-Androulakis, Athanassia, *Le mouvement de dépenalisation en France et en Grèce. L'alternative administrative*, Sakkoulas/Bruylant, Atenas-Bruselas, 1997.
- Talineau: "Les tolérances administratives", *AJDA*, enero 1978.
- Teitgen-Colly, Catherine, "Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes", *Les Petites Affiches*, 17 enero 1990.
- Thouroude, Jean-Jacques, "Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites?", *Gazette du Palais*, 2º semestre 1981.
- Timsit, Gérard, "Compétence liée et principe de légalité", *Recueil Dalloz*, 1964.
- Timsit, Gérard, "Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation", *RFAP*, nº 78, 1996.
- Timsit, Gérard, *Archipel de la norme*, PUF, París, 1997.
- Timsit, Gérard, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, París, 1995.
- Timsit, Gérard, *Les noms de la loi*, PUF, París, 1991
- Timsit, Gérard, *Théorie de l'Administration*, Economica, París, 1986
- Tornos i Mas, Joaquín y Martí Aromir, Teresa, *La jurisprudència dels jutjats contenciosos administratius de Catalunya 1998-1999*, Edicions Universitat de Barcelona, 2000.

- Tornos i Mas, Joaquín, "Discrecionalidad e intervención administrativa económica", en VVAA, *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996
- Tornos i Mas, Joaquín, "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *REDA*, nº 7, 1975.
- Tornos i Mas, Joaquín, "Las sanciones en materia de disciplina de mercado", *REDA*, nº 13, 1977.
- Tornos i Mas, Joaquín: *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons y Consell de l'Audiovisual de Catalunya, Madrid, 1999
- Tramoni, Jean-Joseph, *Le contentieux administratif de la communication audiovisuelle*, LGDJ, París, 1998
- Travi, Aldo, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1983.
- Trayter Jiménez, Juan Manuel y Aguado i Cudolà, Vicenç, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- Troper, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, París, 1994.
- Van de Kerchove, Michel y Ost, François, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, París, 1992.
- Van de Kerchove, Michel y Ost, François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, París, 1988.
- Van de Kerchove, Michel, "Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public: aux confins de la légalité", *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, nº 1, 1986.
- Van de Kerchove, Michel, "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques", *Journal des Tribunaux*, 25 mayo 1985
- Van de Kerchove, Michel, "L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal", en Gérard, Philippe; Ost, François y Van de Kerchove, Michel (dir.) *Droit et intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1990.
- Verdú Mira, Antonio T., *El régimen jurídico de los ilícitos urbanísticos (legislación estatal y autonómica)*, Montecorvo, Madrid, 1993.
- Vervaele, J.A.E., "Poderes sancionadores de y en la Comunidad Europea. ¿Hacia un

sistema de sanciones administrativas europeas?", *RVAP*, nº 37, 1993

- Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho Administrativo especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999.
- Viver i Pi-Sunyer, Carles, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989.
- Volff, Jean, *Le ministère public*, PUF, París, 1998.
- VVAA, "L'obsession sécuritaire", *Le Monde diplomatique* de febrero de 2001,
- Weil, Prosper; Pouyaud, Dominique, *Le Droit Administratif*, PUF, París, 1997 (17ª edición).
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999 (traducción de Marina Gascón).
- Zanobini, Guido, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924.