

Los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la disciplina urbanística¹

Jesús María Chamorro González
*Magistrado especialista de lo
contencioso-administrativo*

1. Introducción.
2. Normativa aplicable.
3. Principio de legalidad.
4. Autoría. Principio de personalidad.
- 4.1. La responsabilidad solidaria.
5. Principio de culpabilidad.
6. Sanciones urbanísticas y principio de proporcionalidad.
7. Algunas cuestiones procedimentales.
8. Las infracciones penales en materia de ordenación del territorio.

1. Introducción

El planteamiento sobre el que descansan las reflexiones que siguen es el análisis de los principios generales sobre los que descansa el ejercicio de la potestad disciplinaria en materia urbanística por parte de las administraciones públicas. Estamos ante una manifestación de las potestades públicas donde se unen dos aspectos distintos, pero a la vez de similar trascendencia, a saber, la potestad de reprimir conductas típicas impo-

1. Texto escrito de la intervención realizada en el Curso de Urbanismo celebrado en Granada los pasados días 18, 19 y 20 de octubre de 2006, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local y el Consejo General del Poder Judicial.

niendo sanciones y el restablecimiento de la realidad física alterada con el uso del suelo contrario a derecho, que hace que cobre especial importancia la función de demoler lo indebidamente construido o de poner fin a ese uso ilegal, reponiendo las cosas al momento inmediatamente anterior a la comisión de la infracción administrativa. Por tanto, en materia de disciplina urbanística la comisión de un ilícito administrativo conllevará normalmente aparejada la alteración de la realidad física, y en consecuencia, junto con la obligación de reprimir aquella actuación imponiendo una sanción, estará la de restaurar. Analizaremos algunas de las conexiones que en este ámbito se pueden producir con los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora, atendiendo lógicamente con carácter principal a la actividad administrativa encaminada a la imposición de sanciones, que fundamentalmente consistirán en el pago de una cantidad cierta en dinero, es decir, la imposición de una multa.

En las páginas que siguen trataremos de analizar los pilares sobre los que descansa el *ius puniendi* de las administraciones públicas en un ámbito de su acción sectorial, el urbanístico, teniendo en cuenta no sólo la importante trascendencia que el mismo tiene en la vida económica y social de nuestro entorno, sino en el importante número de actuaciones administrativas que se realizan en el mismo.

Sin embargo, antes de entrar en cuestiones propiamente de fondo, entendemos necesario realizar algunas consideraciones previas. Ciertamente, el monopolio en la determinación de las conductas reprimibles y la efectiva represión de las mismas corresponde al Estado, y en concreto a los jueces y tribunales, todo ello en aras de la tutela del interés general. No obstante lo lógico y razonable de la afirmación anterior, también es cierto que desde tiempos muy pasados el poder ejecutivo ejerce potestades sancionadoras, absolutamente justificadas y razonadas en la necesidad de dotar de eficacia a la actividad de los poderes públicos.

Esta situación se hace más llamativa tras la consolidación del modelo de Estado moderno fundado en la separación de poderes y en el que los integrantes del Poder Judicial monopolizan el ejercicio de facultades represoras. Así se manifiesta con claridad, por ejemplo, en los artículos 242 y siguientes de la Constitución de 1812. Sin embargo, la realidad y la necesidad de la eficacia práctica de aquella actividad de los poderes públicos se imponen, y con una evolución en la que no viene al caso que nos detengamos, el resultado final es que la propia Constitución española de 1978 reconoce implícitamente esta potestad sancionadora de las administraciones

públicas, cuando en el artículo 25 se refiere a la infracciones administrativas. Semejante conclusión cabe extraer de lo dispuesto en los artículos 25.3 y 45.3 también de la Constitución. Precisamente este último mandato constitucional prevé la posibilidad de que la tutela del medio ambiente se lleve a cabo no sólo a través de normas penales sino específicamente administrativas, y en concreto imponiendo sanciones, materia esta, la medioambiental, directamente emparentada con el urbanismo. Sería este lugar adecuado para recordar cómo el artículo 47 de la Constitución también señala que la normativa sectorial urbanística debe buscar la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La titularidad de esta potestad incluye diversas facultades, a saber, la determinación de las infracciones y sanciones, la facultad de su imposición y además su ejecución.

Esta necesidad da por cierta, y por supuesto por real, esa potestad sancionadora en las administraciones públicas, por lo que la relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionador, y concretamente los principios que presiden el ejercicio de ese *ius puniendi* en todas sus manifestaciones, se presenta como una cuestión de capital importancia. Desde sus primeras sentencias –citemos la 18/1981, de 8 de junio, o la más reciente 172/2005, de 20 de junio– el Tribunal Constitucional ha señalado que los principios del Derecho Penal son aplicables, con matices, al Derecho Administrativo Sancionador. En similar posición se ha mantenido el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, por todas, en su sentencia de 8 de junio de 1976. Precisamente de algunos de estos principios nos ocuparemos en las líneas que se siguen. Ciertamente, esa necesidad de apreciación de matices en la aplicación de esos principios es la clave del sistema y justamente la que más literatura jurídica ha ocasionado, siempre desde la perspectiva de que uno de los caracteres identificativos del Derecho Administrativo es precisamente la tensión entre las garantías de los administrados y la eficacia de la actuación administrativa.

2. Normativa aplicable

Vamos a referirnos a continuación a las normas jurídicas que han de ser tenidas en cuenta en relación con los problemas que nos ocupan. En este sentido, no cabe duda de que la legislación estatal tiene un especial protagonismo en esta cuestión al ser el procedimiento sancionador una competencia exclusiva del Estado, tal como establece el artículo 149.1.18 de la

Constitución y, en consecuencia, una regulación plena, aplicable a todas las administraciones públicas, sin perjuicio de los procedimientos específicos que *ratione materiae* puedan establecer las comunidades autónomas, sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1993. De esta manera el Derecho estatal y fundamentalmente la Ley 30/1992 del PAC y RJAP en sus artículos 127 a 138, así como el Real decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, serán normas a tener muy presentes en esa materia. No debemos, por supuesto, dejar a un lado los principios constitucionales del Derecho Sancionador que regulan importantes aspectos, tanto materiales como formales, del ejercicio del *ius puniendi*.

De vuelta ya en el concreto campo del Derecho Urbanístico, el ámbito normativo de esta materia no se presenta de forma unitaria, antes al contrario, existe una evidente dispersión en las distintas normas positivas que se ocupan de ella. En efecto, la norma estatal vigente, la Ley del suelo de 1976, contiene normas al respecto en los artículos 225 a 232 en relación con las infracciones y sanciones, además del todavía vigente 274 del Texto refundido de 1992, y 51 a 94 del Reglamento de disciplina urbanística; y en relación con el restablecimiento de la legalidad urbanística los artículos 184 a 188 del Texto refundido de 1976 y 255.2 del Texto refundido de 1992, así como los artículos 29 a 50 del Reglamento de disciplina urbanística. A partir de ahí la competencia de las comunidades autónomas en esta materia es absolutamente indiscutible en aras del título competencial que ofrece el artículo 148.1.3. Buena prueba de ello es que no son pocas las comunidades autónomas que desde hace mucho tiempo cuentan con sus propias leyes de disciplina urbanística, mucho antes de que se produjera la sentencia 61/1997 y se diera un importante golpe de timón en el ámbito competencial del urbanismo y de la ordenación del territorio. En todo caso, lo anterior nos sirve para concluir la necesidad de no perder de vista la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de la legislación estatal en la materia, con independencia de la necesaria interpretación que los órganos judiciales territoriales hagan de la normativa autonómica.

3. Principio de legalidad

Sobradamente conocido es que sólo la ley es el instrumento legal hábil para tipificar infracciones y fijar su sanción. Únicamente el poder legislativo, como representante de la soberanía nacional, puede determinar qué con-

ductas se pueden considerar constitutivas de una infracción administrativa reprimible a través de una sanción. La Constitución, en su artículo 25.1, no deja lugar a dudas en orden a señalar la necesidad de que para la imposición de una sanción es preciso que la legislación vigente prevea la existencia de una infracción administrativa. Esta declaración se realiza en el seno de un precepto de carácter general, en el sentido de que se refiere al conjunto del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, cuando reza literalmente: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.” Aunque la dicción del precepto no es todo lo clara que sería deseable, no deja lugar a dudas en torno a la evidente instauración de un principio de reserva de ley formal en materia de infracciones y sanciones administrativas. Por si acaso las hubiere, éstas ya quedan absolutamente despejadas por el interprete constitucional, que ya desde su sentencia 42/1987, de 7 de abril,² dejó claro que este precepto instauraba en materia sancionadora administrativa un derecho fundamental a que el rango de las normas tipificadoras de las conductas y reguladoras de las sanciones ha de ser una ley, ya que no de otra manera podía interpretarse el término “legislación vigente”. El propio Tribunal Constitucional indica que el precepto habilitaba en el campo de la acción administrativa el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*. Será por tanto necesario que una norma con rango de ley –*lex scripta*– prevea con carácter previo a la comisión del hecho típico –*lex praevia*– el hecho que se reputa típico describiendo la conducta y la sanción prevista –*lex certa*.

Sin embargo lo anterior, ciertamente que en algunas ocasiones será precisa una colaboración de las normas de rango reglamentario en la tipificación de infracciones y sanciones administrativas. De otra manera se haría imposible una intervención administrativa eficaz en el ejercicio de este *ius puniendo* por parte de las administraciones públicas. Esta colaboración ha sido expresamente reconocida por nuestra legislación ordinaria y baste para ello citar el artículo 129.3³ de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP,

2. Y así ha sido reiterado en otras muchas, como las recientes 218/2005, de 14 de octubre, 210/2005, de 18 de agosto, o 188/2005, de 7 de julio.

3. “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.”

cuando señala que el reglamento podrá completar y especificar el régimen sancionador establecido por una ley. Así lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en varias sentencias, por todas las de 16 de noviembre 2001⁴ y la 11 de febrero de 2004.

Se ha planteado si cabe la posibilidad de que una administración pública desarrolle las previsiones de una ley sancionadora, estableciendo a tra-

4. En esta sentencia, se dice en el fundamento de derecho cuarto que:

“Con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de cobertura y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, su naturaleza y los límites de las sanciones a imponer, como reconoció la jurisprudencia constitucional en precedentes sentencias (núms. 77/1983, 83/1984 y 3/1988), pudiéndose concretar algunos criterios de dicho Tribunal, en los siguientes puntos:

“a) La sentencia 101/1988, de 8 de junio (RTC 1988/101), señala que ‘esta clara exigencia de cobertura legal no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, mas ello siempre que en aquéllas 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. Lo que en todo caso prohíbe el artículo 25.1 de la Constitución es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 83/1984, de 24 de julio), lo que supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987/42]). Pero, en todo caso, la prohibición no hay que entenderla de un modo tan absoluto que impida admitir *la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora* (STC 3/1988, de 21 de enero)’. ”

“b) La sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, nos dice, que ‘esta exigencia de *lex certa* afecta, por un lado, a la tipificación de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas’.

“c) En fin, el Tribunal Constitucional ha declarado la ilegitimidad de las cláusulas sancionadoras residuales, por las que se castiga genéricamente la infracción de los deberes contemplados en una norma, en cuanto remitan su concreción no a normas con rango de ley sino a reglamentos. Así, la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, enjuició la constitucionalidad del apartado j) del artículo 26 de la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), en el que se establecía una regla de carácter residual por la que se calificaban como infracciones leves cualesquiera incumplimientos de obligaciones o vulneración de prohibiciones establecidas ya en la propia Ley orgánica o en leyes especiales y—éste era el inciso tachado de inconstitucional— ‘en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas’, remisión a reglamento que—dijo— ‘ha de ser considerada inconstitucional, pues en modo alguno puede la ley habilitar o remitir al reglamento para la configuración *ex novo* de obligaciones o prohibiciones cuya contravención dé origen a una infracción sancionable. Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es conciliable con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución’.”

vés de una norma de rango reglamentario tipos infractores y sanciones. Al respecto, la jurisprudencia se ha posicionado en el sentido de habilitar esa posibilidad de desarrollo por vía reglamentaria sin necesidad de que exista en la ley una cláusula habilitadora, haciendo, por contra, uso de su propia potestad reglamentaria, si bien no se trataría de un ejercicio independiente de su potestad reglamentaria, sino de un desarrollo de las previsiones de la ley que podrá especificar y concretar. Así, se pueden citar las sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1996 y de 17 de junio de 1999.

Es evidente que la jurisprudencia trata de conciliar la eficacia de la actuación administrativa en esta materia con el cumplimiento de las reglas de juego que fija el Estado de derecho. Se busca así facilitar la labor de la Administración para que moviéndose dentro de las pautas de la ley adapte las previsiones de ésta a las necesidades de la tutela del interés general. Se ha llegado incluso a dar por conforme a Derecho una cobertura legal en normas distintas a la invocada o incluso de entrada en vigor posterior al propio reglamento, siempre y cuando la aplicación en el tiempo de la norma de rango a los hechos sancionados fuera la correspondiente al *tempus regis actum*. Auto del Tribunal Constitucional de 19 de mayo de 2003.

Siempre será posible la actualización de las cuantías de las sanciones de multa por vía reglamentaria cuando la norma de rango de ley autorice esa actualización a la Administración competente, lo que suele ser habitual con referencia al IPC. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sus sentencias 45/1994, de 15 de febrero, o de 26 de junio de 1995.

La más reciente jurisprudencia constitucional –sentencias 132/2001, de 8 de junio, 16/2004, de 23 de febrero, y 25/2004, del día 26 del mismo mes– señala que la ley debe fijar necesariamente los criterios mínimos de anti-juridicidad, siendo posible que su plasmación en tipos de infracción se realice a través de normas municipales. La ley no tipificará sino que lo podrán hacer las ordenanzas municipales según los criterios de orientación que contengan las leyes. No definirán tipos sino criterios que condicionen y orienten la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Similares conclusiones se contienen en relación con las sanciones, toda vez que la ley ha de establecer qué clase de sanciones se pueden imponer, de forma tal que será la ordenanza la que establezca cuál es posible para cada tipo. El legislador, de hecho, ha plasmado en esta corriente jurisprudencia en la Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que introduce en la

Ley 7/1985 un nuevo título XI, que precisamente lleva por rúbrica la tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias.

Esta necesidad de *lex scripta, certa y praevia*, se traslada al ámbito del Derecho Urbanístico con algunas connotaciones propias que es necesario analizar. Así, la posibilidad de que sea el planeamiento la norma que fije el contenido de la eventual infracción administrativa se presenta en el urbanismo con un protagonismo especial. Ciertamente, será la correspondiente Ley de disciplina urbanística la que señale la infracción, pero será casi siempre con referencia al planeamiento. De esta forma, la ley podrá prever que será infracción urbanística grave no respetar la alineaciones, volumetría o alturas, pero será el Plan General o el Plan Parcial el que diga la volumetría, alineación o altura concreta de cada cuadrícula del territorio y por tanto la infracción lo será en relación con esas previsiones del planeamiento. Es, pues, evidente la colaboración del reglamento, naturaleza indiscutible del planeamiento, en la fijación de los tipos infractores. El principio de legalidad se manifiesta de forma clara en la jurisprudencia, y así la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de febrero de 2001 señala que:

“Ya se ha dejado citada doctrina que expresamente rechaza que queda cumplido el principio de legalidad formal, con la genérica potestad reglamentaria prevista en el artículo 4 de la Ley de bases de régimen local (Ley 7/1985), ni en la genérica potestad sancionadora prevista en el artículo 21.a) de la misma Ley, pues en tal sentido expreso se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, ya citadas, de 10 de febrero de 1997 y 6 de febrero de 1995, así como la de este mismo Tribunal Superior de Justicia, de 29 de abril de 1999.

“Por otra parte, pretende la parte demandada (Ayuntamiento de Oviedo) sostener que la conducta por la que se sanciona a la mercantil recurrente puede subsumirse en los artículos 225 del Texto refundido de la Ley del suelo de 9 de abril de 1976, y en los artículos 77 y 78 del Reglamento de disciplina urbanística, por el hecho de que para la obra que realizó en vía pública, necesitó licencia y no cumplió con el condicionamiento de la misma, que era la terminación en dos días.

“Pero lo cierto es que debe rechazarse, primero, la aplicación del artículo 225 citado, ya que la conducta descrita no infringe ninguna ley, plan u ordenanza urbanística, prueba de ello es que trata la parte demandada de

considerar que la conducta específicamente está prevista como infracción en los artículos 77 y 78 del Reglamento de disciplina urbanística, que por ser preconstitucional es válida la tipificación de la infracción, pero no son dichos preceptos de aplicación al caso, y ello porque ni la conducta, ni la sanción impuesta pueden subsumirse en ninguno de dichos artículos, primero, porque en ellos se parte de una ejecución de obra no autorizada, y en el caso de autos se ejecutó con la correspondiente licencia, y en segundo lugar, porque la sanción se gradúa en la ordenanza por cada doce horas de retraso o fracción en la ejecución de las obras, sanción no prevista legalmente en ninguna norma con rango de ley.

“Quinto. En suma, con la citada Ordenanza municipal, y aprobada por el Pleno del Ayuntamiento con fecha 7 de julio de 1992 (por tanto, con posterioridad a la vigencia de nuestra Constitución), se infringe frontalmente lo dispuesto en su artículo 25 de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 129 de la vigente Ley 30/1992, que desarrolla en esta materia sancionadora los principios constitucionales, pues dicha Ley 30/1992 bebe directamente de la Carta Magna para establecer principios del procedimiento común, que han de ser observadas por todas las administraciones públicas en todo tipo de procedimientos; y decimos que infringe frontalmente tales artículos porque no ha sido capaz la parte demandada de citar un solo precepto con rango de ley que prevea como infracción el retardo en la ejecución de una obra efectuada con licencia, ni tampoco una sanción que consista en la suma de 15.000 pesetas por cada doce horas de retraso en la ejecución de la obra.”

En similar sentido podemos citar las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 26 de septiembre de 2003, y de la Sala de Madrid de 31 de octubre de 2003.

En el análisis de cómo incide el principio de legalidad en el Derecho Urbanístico habrá que estar a la normativa autonómica correspondiente para estudiar este tema con la profundidad necesaria, y ciertamente casi la totalidad de las legislaciones autonómicas poseen su propia norma de disciplina urbanística en donde se tipifican las acciones u omisiones que se consideran reprochables. En su defecto hemos de estar a las previsiones del Texto refundido de 1976 y del Reglamento de disciplina urbanística. En todo caso, sí que consideramos necesario señalar que en el urbanismo nada es nuevo y por tanto las legislaciones estatal y autonómicas parten de esquemas, si no iguales, similares y por tanto el catálogo de la infracciones es asimilable.

Los modelos utilizados pueden sintetizarse en dos. Se puede tipificar un determinado número de infracciones para más tarde fijar una cláusula abierta determinando que también constituirán infracciones urbanísticas las vulneraciones de las prescripciones contenidas en la legislación y el planeamiento urbanístico. La otra opción consiste en tipificar de forma detallada y en sistema de lista cerrada las infracciones urbanísticas en la norma de rango legal que regule la cuestión. En el primer grupo podríamos señalar las leyes de Andalucía, Extremadura, Cantabria, Castilla y León, Galicia, Murcia y Navarra. En el segundo grupo, Aragón y Castilla-La Mancha.

Existen casos como el de Madrid y Baleares donde la remisión legal lo es no sólo al planeamiento, sino también a las ordenanzas, planes, programas y otras normas.

Como ya hemos indicado, la remisión a las normas reglamentarias, como planes y ordenanzas, no vulnera el principio de legalidad siempre y cuando el tipo quede delimitado en sus aspectos generales dentro de la norma legal. Es evidente que el planeamiento dibuja sobre el plano lo que será la realidad urbanística, siendo, por tanto, posible una colaboración de ley y reglamento para determinar el tipo infractor. Como ya hemos señalado, si la norma legal tipifica, por ejemplo, como infracción el incumplimiento de las alturas o usos del suelo, habrá de completarse esta previsión con la del planeamiento para fijar la altura o el uso permitido.

Por lo que se refiere a la clasificación de las infracciones urbanísticas, la legislación estatal las clasifica en graves y leves, y así se contempla en los artículos 226 del Texto refundido de 1976 y en el 54 del Reglamento de disciplina urbanística. Este modelo de clasificación no es acorde con el contenido en la legislación básica, artículo 129 de la Ley 30/1992 del PAC y RJAP. Las legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas, por el contrario, sí que acuden a esa clasificación tripartita, como regla general, salvo algún caso aislado como el de la Comunidad de Madrid.

El modelo de la legislación estatal es señalar las infracciones graves para añadir a continuación que el resto serán calificadas como leves. Fundamentalmente se consideran graves los incumplimientos de la normativa aplicable en materia de parcelaciones, usos del suelo, alturas, volumetría, así como las parcelaciones en suelo no urbanizable. Llama la atención la cláusula final que contiene el artículo 54.3 del Reglamento de disciplina urbanística, en la medida que considera que las anteriores conductas, también descritas en este precepto, no serán consideradas infracciones graves si el daño o perjuicio causado lo es de escasa entidad. Los

artículos 66 y siguientes de la norma reglamentaria ya varias veces citada tipifican de forma concreta y determinada infracciones urbanísticas, la mayoría de ellas de carácter grave. A decir de García de Enterría y Parejo Alfonso, sólo las recogidas en los artículos 86 a 90 podrían tener la consideración de leves, excepto las anteriores cuando el daño sea de escasa entidad, tal como ya habíamos apuntado.

Las legislaciones autonómicas, como también adelantamos más atrás, siguen mayoritariamente un criterio de clasificación tripartito distinguiendo entre infracciones muy graves, graves y leves. En algunas legislaciones como la catalana se amplía notablemente el número de infracciones muy graves incluyendo, por ejemplo, la tala o derribo de árboles que supongan la desaparición de espacios boscosos o de arboledas protegidas por el planeamiento. Sin embargo, la tónica general es la de incluir en este grupo las infracciones que tutelan el dominio público y los espacios libres, así como los bienes catalogados. Entre las graves se sitúan las recogidas como tales en el Reglamento de disciplina urbanística, incluyéndose en algunas, como en Cantabria, la comisión de dos infracciones leves en un año.

Consideramos destacable la regulación contenida en la Ley 2/2000, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, donde la calificación de la infracción por vulneración de los parámetros de altura, volumetría, etc., en cualquier clase de suelo dependen del porcentaje de incumplimiento.

En algunas legislaciones autonómicas se supedita la calificación de la infracción urbanística como grave o leve en función de la posible legalización de lo ilegalmente construido, si este es el caso, artículo 248.4 de la Ley asturiana. Eso obliga a que el procedimiento administrativo encaminado al restablecimiento de la legalidad urbanística, en el cual se determina la posibilidad o imposibilidad de la legalización, termine con carácter previo al procedimiento estrictamente sancionador.

Directamente conectado con el principio de legalidad está el de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. En este sentido, este principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, que se contiene en el aforismo de *lex previa*, también se recoge en la Constitución en los artículos 9.3 y 25.1. La Ley 30/1992, del PAC y RJAP, lo incorpora en el artículo 128.⁵ y el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real decreto 1398/1992, de 4 de agosto, en su artículo 4.

5. "1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa."

Su ubicación en el artículo 25 le otorga la cualidad de derecho fundamental y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 95/1992, de 11 de junio.

La cuestión de si la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable es o no un derecho fundamental ha sido respondido de forma negativa por el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/2000, de 10 de abril. En esta sentencia ha discrepado de la solución mayoritaria el magistrado Rafael de Mendizábal, a través de un voto particular.

Lo cierto es que la norma más favorable ha de ser aplicada de forma íntegra, como señala la sentencia del alto tribunal 131/1986, de 29 de octubre. A esta cuestión será de aplicación la previsión de los artículos 7 y 22 del Código penal.

El principio de irretroactividad también tiene una especial trascendencia en el ámbito urbanístico. Los problemas en el campo del Derecho Sancionador Urbanístico se presentan cuando se impone una sanción porque una conducta resulta típica al derivarse el hecho imputado de la calificación del suelo en un momento determinado, cuando es así que esa calificación cambia en el tiempo. Así, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998, se impone una sanción urbanística porque se había dado un uso urbanístico a una parcela ubicada en suelo calificado como no urbanizable, situación esta dada durante la tramitación del procedimiento administrativo y en el momento de dictarse la resolución sancionadora. Con posterioridad, se procedió a una modificación del planeamiento y aquel suelo pasó a tener la calificación de urbanizable programado de uso predominante industrial. El alto tribunal entiende que aunque la obra era legalizable en el momento de dictarse la sentencia, la sanción se consumó con la norma del planeamiento que impedía el uso que dio lugar a la sanción.⁶ A similares conclusiones llega la sentencia también del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, que indica que en los casos de modificación del planea-

6. Dice el alto tribunal en su fundamento jurídico sexto que:

“Como quiera que en la fecha de la tramitación del expediente o imposición de la sanción, tal edificación, como ya hemos expuesto, era ilegalizable, era procedente, conforme al precepto acabado de citar, incardinar la actividad edificatoria sin licencia en el precepto del artículo 76 del propio Reglamento de disciplina urbanística, donde se tipifica la realización de una obra en contra del uso que corresponda, sancionándose con la multa del diez al veinte por ciento del valor de la obra proyectada, todo lo cual conduce a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia apelada, declarando la conformidad a Derecho de la resolución administrativa impugnada.”

miento que hagan legalizable lo que al amparo del planeamiento modificado, no estamos ante una norma más favorable, lo que sólo acontecería en el caso de normas estrictamente sancionadoras que despenalizaran una conducta o la sancionaran de forma más leve.⁷ En estos casos, la norma sancionadora permanece intacta, y la modificación afecta a una norma que asume una situación de hecho que puede afectar a la demolición de la construcción pero no a la reprochabilidad de lo realizado de forma contraria a una norma jurídica que sigue manteniendo plena vigencia. Similares consideraciones podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1983.

Es interesante la sentencia de 26 de septiembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, que aplica retroactivamente una ley que hace desaparecer la necesidad de licencia urbanística en los casos de obras patrocinadas por AENA, dejando sin efecto el requisito de efectividad. Es evidente que aquí es una norma con rango de ley la que es objeto de aplicación retroactiva.

4. Autoría. Principio de personalidad

Nos referiremos a continuación al importante problema que se plantea en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas.

El clásico principio del Derecho Penal, de que sólo las personas físicas pueden delinquir –*societas delinquere non potest*–, en aplicación del principio de culpabilidad y de personalidad, no rige en el Derecho Adminis-

7. Allí se dice en el fundamento jurídico cuarto que:

“1.ª) En el presente caso no nos hallamos ante la aplicación retroactiva de una norma más favorable, cosa que ocurre propiamente cuando esa norma posterior viene a despenalizar o a penalizar menos una determinada conducta; aquí la norma urbanística tipifica como infracción el edificar sin licencia en suelo no urbanizable (además, de interés turístico) tanto en el momento en que la infracción se cometió como en el momento posterior. No puede hablarse propiamente de norma posterior más favorable. 2.ª) Además, la norma posterior (a saber, modificación del Plan) que viene a legalizar lo construido no es una norma abstracta más favorable que daba ser aplicada retroactivamente, sino una norma que asume una situación de hecho (a saber, los veintitrés bungalows, el grupo de apartamentos de nueve viviendas, una piscina y un vallado, construido todo ello sin licencia), y, a fin de impedir su demolición, las acomoda a la norma y las hace legalizables; no se trata de una norma más favorable en el sentido del artículo 24 del Código penal, sino una norma cuyo único designio es impedir la demolición. Carecería, por ello, de sentido que, además de obligar con su actuación al planificador a modificar el Plan para impedir la demolición de las edificaciones e instalaciones, tal modificación resultara beneficiosa para el constructor. 3.ª) No hay, por lo tanto, infracción de los artículos 9.3 de la Constitución española y 24 del Código penal.”

trativo, donde, tras las dudas surgidas tras la promulgación de la Constitución, el Tribunal Constitucional avaló esta posibilidad con su jurisprudencia. Así, en su sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, afirma que aun carentes de capacidad volitiva sí que por el contrario pueden infringir las normas. La positivación de esta situación la encontramos en el ya citado artículo 130.1 de la Ley 30/1992.

Es evidente que las personas jurídicas actúan en la realidad a través de personas físicas, por lo que la cuestión habrá de centrarse en torno a cuándo es posible la traslación de responsabilidad de éstas a aquéllas. Así, por ejemplo, parece claro que en los supuestos de comisión de infracciones por los representantes legales de una persona jurídica no habrá impedimento en aquella traslación, ya que a ellas se imputa, en lo bueno y en lo malo, la gestión de sus representantes. Es precisamente a través de estos representantes legales como se exterioriza la voluntad de la persona jurídica.

En el caso de personas dependientes de la persona jurídica, tales como empleados o representantes voluntarios, la cuestión es distinta. Ciertamente, no existe una actuación necesaria por parte de estas personas físicas, pero si la trasgresión de la norma se realiza por éstas en tanto en cuanto actúan por cuenta de aquélla, no cabe duda que si la obligación le incumbía a la persona jurídica existe un incumplimiento tipificado que debe ser sancionado. La obligación incumbe a la persona jurídica que no le atendió debidamente a través de una persona física de ella dependiente y por cuya cuenta actuaba.

En relación con las personas jurídicas, el artículo 58 del Reglamento de disciplina urbanística señala que aquéllas serán sancionadas por las infracciones cometidas por sus órganos y agentes, asumiendo el coste de las medidas de reparación del orden urbanístico alterado.

La normativa estatal establece algunas pautas sobre quiénes pueden considerarse autores de infracciones urbanísticas, y así el artículo 228 del Texto refundido de 1976 señala a los autores materiales de la conducta típica diferenciando entre los actos ilícitos realizados sin licencia de aquellos que se ejecuten al amparo de una licencia que suponga una infracción urbanística manifiesta. En el primer caso, se refiere como autores a los promotores, contratistas y técnicos directores de las obras, para añadir a éstos, cuando se trata de infracciones amparadas *prima facie* por una licencia, al facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto y a los miembros de las corporaciones locales que hubiesen votado a favor del otorgamiento de aquella licencia ilegal en contra o sin el informe técnico

previo favorable, o constando la advertencia de ilegalidad en razón de la existencia de una infracción urbanística grave y manifiesta. Las infracciones de estos responsables se consideran autónomas e independientes y, por tanto, son susceptibles de sanciones distintas. Precisamente, la imputación se fundamenta en la colaboración que en cada uno de los supuestos presta cada persona a la consumación de un ilícito administrativo.

El panorama se amplía y perfila mucho más nítidamente en las legislaciones autonómicas, ya que el abanico de posibilidades es mucho mayor.

Así, por ejemplo, en las legislaciones castellano-manchega, canaria, murciana y madrileña se incorpora un concepto de qué es promotor. En la primera de las citadas, se incluye en el mismo al propietario del terreno cuando ha tenido conocimiento de las obras infractoras y presumiendo que lo ha tenido si ha cedido el uso del fundo al responsable de la infracción. En la legislación asturiana, existe un apartado específico para la responsabilidad de autoridades y empleados públicos incluyendo a los que las hayan tolerado o no hayan ejercido las facultades de inspección, legalización, reparación y sanción de las infracciones urbanísticas. La Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, se refiere a los fedatarios y funcionarios públicos que no hubiesen advertido de la omisión del preceptivo informe técnico.

4.1. La responsabilidad solidaria

Merece la pena que nos detengamos en el problema de la responsabilidad solidaria, en primer lugar y con carácter general referido al campo del Derecho Administrativo Sancionador. Aunque en los primeros tiempos de vigencia del actual texto constitucional de 1978 existieron dudas sobre su viabilidad, ésta ha quedado despejada, no sin ciertas condiciones, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto es así al punto de que el propio artículo 130.3^º de la Ley 30/1992 le ha dado carta de naturaleza. La responsabilidad solidaria podrá ser exigida cuando las obligaciones incumplidas les correspondan a varias personas conjuntamente, siendo

8. "3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

"Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores."

ésta exigible indistintamente a cualquiera de los obligados. Sólo en este supuesto de la obligación indistinta a todos los imputados con la imposibilidad de su delimitación de forma individual será exigible de manera solidaria. Así lo ha defendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en varias sentencias, quizás la más conocida la 76/1990, referida al artículo 38 de la Ley general tributaria de 1963. En la misma línea cabe citar la sentencia 146/1994, de 12 de mayo.

La exigencia efectiva de la responsabilidad a uno de los imputados solidariamente no impide al que haya hecho frente a esa sanción repetir contra los demás obligados, tal como recoge, por ejemplo, el artículo 70.2 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.

En el ámbito urbanístico, la solidaridad exige que la infracción se haya cometido por dos personas de forma conjunta, es decir, que sea uno solo el hecho imputado. Así acontecerá cuando las empresas promotoras o constructoras sean dos y no se pueda individualizar sus responsabilidades. No lo será si el hecho imputado es distinto. Así, por ejemplo, al director de la obra se le podrá reprochar la negligencia en la dirección de las obras y a la constructora, la efectiva realización de las mismas.

5. Principio de culpabilidad

Es especialmente importante el principio de culpabilidad, recogido en el artículo 130 de la Ley básica 30/1992, del PAC y RJAP, y que señala que al menos debe ser reprochable el ilícito administrativo a título de culpa o dolo, sin que en ningún caso se pueda imputar responsabilidad de carácter objetivo en materia sancionadora, y baste recordar a estos efectos la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 79/1990 o la 246/1991.

La doctrina penalista más autorizada se refiere a la culpabilidad como aquel reproche que cabe realizar a quien pudiendo actuar de una determinada manera no lo hizo realizando una acción típica y antijurídica.

La exigencia de culpabilidad y, por tanto, reprochabilidad al autor de una infracción administrativa es una cuestión no discutida hoy en día en el ámbito de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo no duda en este sentido, y son ejemplo claro de este sentir las sentencias de 10 de diciembre de 2001, 3 de noviembre de 2003, 22 de noviembre de 2004 o 7 de diciembre del mismo año. En todo caso se presenta como sentencia fundamental en este ámbito la ya citada 76/1990, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la Ley 10/1985, de 26 de abril, de reforma de la Ley general tributaria, en los

aspectos relativos a las infracciones y sanciones tributarias, donde el alto tribunal no vacila a la hora de fijar el elemento culpabilístico como elemento indispensable para la comisión y sanción de una infracción.

El reproche culpabilístico a título de dolo o culpa supone la erradicación de cualquier atisbo de responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones está ausente la intencionalidad, ubicándonos en el ámbito de la culpa como negligencia en la acción u omisión típica y antijurídica.

La voluntariedad se predica de esa acción u omisión y no del resultado causado, si bien el nexo entre la voluntariedad y el resultado será exigible si para la concurrencia de esa infracción es también necesario ese resultado. Esto es muy habitual en el ámbito urbanístico, así por ejemplo en las infracciones que exigen la causación de un daño, por ejemplo una obra contraria a la legislación urbanística aplicable.

La Ley 30/1992 no se escapa a esta dinámica y fija este elemento integrador de las infracciones administrativas en su artículo 130.1,⁹ si bien ciertamente la dicción no es todo lo contundente que sería deseable, pero que también con certeza incluye el reproche por dolo y por culpa. Recordemos que la expresión literal es aun a título de simple inobservancia.

En cuanto a la exclusión de la responsabilidad, es necesario que realicemos algunas distinciones.

Por lo pronto, la responsabilidad se puede extinguir, una vez consumada la infracción, cuando concurre alguna circunstancia sobrevenida: muerte del presunto autor, despenalización, prescripción de la infracción, etc. Las causas de exclusión de la responsabilidad pueden a su vez subdividirse en varios supuestos.

a) Las causas de justificación por exclusión de la antijuridicidad como acontece con el estado de necesidad o la legítima defensa que suponen una ausencia del ilícito por concurrencia de un bien jurídico de carácter superior que es necesario preservar. En el urbanismo no es fácil que se den, toda vez que partimos de la premisa de que se vulnera un mandato legal que tutela intereses generales y no los intereses legítimos de particulares, aunque podríamos situarnos en un conflicto entre intereses públicos, tal como acontecería con la construcción ilegal de un muro o defensa en caso de una inundación.

9. "1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia."

b) La inimputabilidad por ausencia de la capacidad de querer y poder.
c) Ruptura del nexo causal entre el sujeto y la acción por caso fortuito o fuerza mayor.¹⁰

d) Las que excluyen la culpabilidad por ruptura del nexo psicológico entre el sujeto y la acción, fundamentalmente el error de tipo o de prohibición.¹¹

El principio de culpabilidad tiene importantes consecuencias cuando nos referimos a la obligación de restaurar. En efecto, se pueden dar supuestos en los que el responsable de la infracción administrativa no coincida con el responsable de la restauración de la legalidad urbanística. La existencia de un ilícito urbanístico lleva aparejada, como hemos dicho, dos tipos de consecuencias, que no necesariamente van a ser impuestas a la misma persona, ya que el principio de personalidad de la pena, impuesto constitucionalmente y también recogido en la propia Ley 30/1992, del PAC y RJAP, que es la norma básica y de mínimos en materia sancionadora, implica la necesidad de que la sanción haya de imponerse a quien aparece como autor demostrado del hecho ilícito, en tanto en cuanto que la obligación de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida puede ser exigida a quien ostente una posición de dominio sobre la cosa afectada. Así, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1994, no puede ser declarado responsable de una infracción quien devino propietario del inmueble después de su consumación, lo que no impide que deba soportar la obligación de demolición en su día acordada por la Administración actuante. En idéntico sentido, se pueden citar las sentencias también del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1991, 8 de noviembre de 1994¹² y 30 de junio de 2000. Es también ilustrativa la sentencia de 14 de septiembre de 1999 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.¹³

10. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998.

11. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004, 27 de abril y 4 de julio de 1998.

12. En esta sentencia se dice literalmente que “es de toda evidencia que la atribución de responsabilidad personal en la infracción no puede recaer en modo alguno en la entidad Pisos e Inversiones SA, ya que como ha dicho el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (STS de 20 de junio de 1990 y STC de 21 de enero de 1987), son de plena aplicabilidad los principios penales en el campo de la potestad sancionadora de la Administración y ello no sólo en los aspectos jurídicos materiales sino también en los procedimentales; por el principio de individualización en la aplicación de la pena, en este caso de la sanción, no puede recaer, repetimos, en la entidad ahora apelante sanción alguna. Pero sí la obligación de demolición impuesta por la Administración municipal al amparo del artículo 88 de la Ley del suelo, Texto refundido.”

13. Se dice allí que “en la resolución recurrida se expresa que se sanciona al recurrente, por el hecho de haber efectuado un cambio del uso de un local de cuadra a vivienda, y de lo actuado se deduce, como ya se advirtió, que dicho cambio de uso no la realizó el adquirente de la vivienda, sino

6. Sanciones urbanísticas y principio de proporcionalidad

La sanción clave en materia urbanística es la multa, multa que con carácter general, y según establece el artículo 231 del Texto refundido de 1976 y 272 del Texto de 1992, en ningún caso puede conllevar un beneficio económico para el infractor, de tal manera que la sanción, normalmente, seguirá la imposición de una multa gradual en relación con la aplicación de los porcentajes sobre el valor de los terrenos o a obras proyectadas. Es importante destacar esta circunstancia, de que en ningún caso puede existir un beneficio económico para el infractor por razón de que la sanción de multa a imponer sea de menor entidad que el beneficio obtenido, lo que está proscrito por el precepto de carácter contenido en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP. Es el propio principio de proporcionalidad el que justifica esta regla del comiso o del beneficio económico, tal como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 1 de octubre de 1986 y 29 de noviembre de 1993. La fijación de la cuantía de la multa, mediante la aplicación del porcentaje reglamentario a la magnitud básica que corresponda, podrá ser elevada para neutralizar los posibles beneficios comprobados, siempre sustrayéndose el coste de las medidas de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado, ya que se trata de aspectos no directamente imputables al autor.

En todo caso, la imposición de la sanción de multa exigirá que el presunto infractor tenga conocimiento de la valoración sobre la que se aplican los correspondientes porcentajes, para facilitar su derecho de defensa. Así lo señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 2001.¹⁴ Es destacable la doctrina jurisprudencial que se contiene en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 10 de diciembre de 1999, en relación con la certeza del método de valoración. Se dice allí que:

“Por último, hemos de analizar si la sanción impuesta de 30.000.000 de pesetas se ajusta al principio de proporcionalidad. Ha de señalarse que la cuantía de la sanción se determina para absorber el supuesto beneficio económico a obtener por el recurrente. El beneficio económico puede

su vendedor, por lo que ya por este motivo, y en base al principio de personalidad de las penas, la sanción habría de ser anulada”.

14. Se señala en el fundamento jurídico cuarto que “No hay, por lo tanto, justificación alguna de la valoración que se ha tenido en cuenta pues ni se cita la cantidad y clase de unidades de obra ni el precio de cada una, originando así una indefensión al interesado, que se encuentra en la imposibilidad de discutir un elemento clave de la sanción”.

actuar en materia sancionadora, como límite ampliatorio de la cuantía de la sanción, para evitar que la infracción urbanística beneficie al infractor. Así lo establece el artículo 46 de la Ley de Madrid 4/1984, de 10 de febrero, sobre medidas de disciplina urbanística, cuando señala que en ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor. Cuando la suma de la multa impuesta y del coste de las actuaciones de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado arroja una cifra inferior a dicho beneficio, se incrementará la cuantía de la multa hasta alcanzar el montante del mismo. En estos casos la cuantía del beneficio ha de estar determinada. La misma normativa es la prevista por el artículo 62 del Reglamento de disciplina urbanística. Ahora bien, esta extensión puede realizarse cuando exista un efectivo beneficio económico y en el caso presente la propia resolución sancionatoria provoca que no exista tal beneficio económico para el recurrente, pues además de la sanción se acuerda la demolición de lo abusivamente construido. En cierta medida de restauración del orden urbanístico infringido, resulta incompatible con la extensión de la sanción como consecuencia del beneficio económico, pues éste acaba cuando se produce la demolición. Sólo serían compatibles ambas medidas si el beneficio económico tuviera como parámetro no el valor de mercado de lo construido a efectos de una posible enajenación, sino el valor de uso de lo construido desde la conclusión de las obras y su utilización efectiva hasta el momento de su demolición. Esto es, no puede tomarse como cuantía del beneficio económico el 'valor en venta' sino el valor en alquiler."

7. Algunas cuestiones procedimentales

Vamos a detenernos a continuación en algunos aspectos y problemas de carácter netamente procedimental que se pueden plantear en el ámbito de la disciplina urbanística, siempre teniendo en cuenta que el procedimiento sancionador también responde a unos principios básicos que es necesario considerar como garantía de sus derechos. Así lo establece el artículo 134 de la Ley 30/1992.

La existencia de un ilícito urbanístico lleva aparejado, como hemos dicho, dos tipos de consecuencias, tal como ya hemos reiterado. Esa restitución de las cosas tiene un especial protagonismo en el campo de la acción administrativa urbanística, donde el interés general queda afectado de forma importante a través de una modificación de la realidad física que

debe realizarse en la forma legalmente prevista. En palabras del propio Tribunal Supremo, “la observancia de la ordenación urbanística es ajena al derecho sancionador que se invoca; la demolición acordada no constituye una sanción propiamente dicha, sino el mecanismo adecuado para restaurar la legalidad vulnerada. La demolición es compatible y distinta de la imposición de sanciones a los responsables”, sentencia de 30 de junio de 2000. “Se trata de dos mecanismos de protección distintos conectados y compatibles entre sí”, sentencia del alto tribunal de 28 de abril de 2000. Ello da lugar a dos actuaciones administrativas independientes entre sí –Tribunal Supremo, 15 de febrero de 1996–, aunque nada impide la acumulación de ambos procedimientos y su tramitación conjunta, como ordinariamente se observa en la práctica –Tribunal Supremo, sentencia de 20 de junio de 2001.

Como ya hemos apuntado más atrás, la determinación concreta del tipo infractor a aplicar, en concreto su calificación como infracción grave o no, va a depender en muchas ocasiones de la posibilidad de legalización que tengan las obras que dan lugar a la infracción. De esta manera, podrá existir una importante interrelación entre los procedimientos administrativos a los que van a dar lugar la comisión de una infracción urbanística. Parece que no podrá dictarse una resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, en tanto en cuanto no se dicte resolución en el de restablecimiento al respecto. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de diciembre de 1996, señaló que los requerimientos de la Administración para la legalización no interrumpen la prescripción. Alguna legislación autonómica, como el artículo 255 de la Ley asturiana, señala como *dies a quo* para el computo del plazo de prescripción de la infracción el de la causación de estado de la resolución que pone fin al procedimiento de legalización, lo que parece suponer una clara diferenciación entre ambos procedimientos, pero a su vez disciplina algunas cuestiones en torno a su interrelación.

Enlazando con este importante problema de la prescripción de las sanciones y de las infracciones, es fundamental la previsión de la norma básica, artículo 132 de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP, que señala que el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Se interrumpirá la prescripción por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la

resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

El *dies a quo* será el de la comisión de la infracción o cuando aparezcan signos externos que la evidencien. Si la infracción es permanente o continuada, la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad –artículos 230 del Texto refundido de 1976 y 263 del Texto de 1992–. Este plazo genérico de cuatro años se amplía a cinco en algunas normativas autonómicas, como es el caso de la Ley de 4 de junio de 1998, de Castilla-La Mancha, y el 10 de la Ley aragonesa de 25 de marzo de 1999.

Estos plazos de prescripción que aplican a la comisión de infracciones plantean problemas cuando nos referimos a infracciones de carácter continuado que se centran fundamentalmente no en la realización de obras o instalaciones, sino en el uso continuado de una obra ya ejecutada ilegalmente. Sin duda nos encontramos ante una cuestión de carácter netamente casuístico y que por tanto precisará del análisis de la concreta situación enjuiciada.

En esta materia, y en concreto en relación con el alcance de la prescripción de las infracciones urbanísticas, es interesante el supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000,¹⁵ en

15. Dice la sentencia que:

“Primero. Don Eladio F. V. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de junio de 1994, que anuló el acuerdo del Ayuntamiento de Orense por el que se concedía licencia de primera ocupación a dos viviendas bajo cubierta construidas en el edificio sito en la plaza de la Trinidad núm. 7. Dichas construcciones se ejecutaron sin licencia de obras y en contradicción con las prescripciones del planeamiento aplicables, pero el Ayuntamiento concedió la licencia solicitada al comprobar que había transcurrido desde la terminación de las obras el plazo de cuatro años establecido en el artículo 9 del Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre. La sentencia recurrida acepta este hecho, pero rechaza que ello pueda ser causa suficiente para el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, por entender que dicha licencia tiene por finalidad comprobar que lo construido se ajusta a lo autorizado en la de obras y no aceptar que el infractor de la legalidad urbanística favorecido por la prescripción de la infracción urbanística cometida pudiera ‘extender sus derechos más allá que a mantener lo ilegalmente construido, y menos a un derecho de ocupación y a un uso urbanístico no permitido’.

“Segundo. La parte recurrente opone, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, dos motivos de casación que, sin embargo, deben ser analizados conjuntamente, pues en ellos se examina desde distintas perspectivas, la situación de los edificios que erigidos en contra del planeamiento no pueden ser demolidos por haber transcurrido el plazo de cuatro años que el artículo 9 del Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre, establece para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

relación con la infracción de uso de una obra contraria al plan cuando el Ayuntamiento legaliza esa obra sin licencia y contra plan, al construirse dos viviendas con bajo cubierta, señalando que el transcurso de cuatro

“La sentencia de instancia argumenta que la construcción ilegal, transcurrido ese plazo de cuatro años no por ello se transforma en legal y no puede amparar la persistencia de usos contrarios al plan, y esta tesis, expuesta con esta generalidad es acertada. Esta sala ha declarado en sentencia de 22 de diciembre de 1998 que ‘el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del uso ilegal, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística’. El uso contrario al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso declara la sentencia de esta sala de 20 de enero de 1999 que, si según el artículo 21.1.d) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL) la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licencia de primera ocupación es el que el citado precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso.

“Ciertamente, el artículo 21.2 del RSCL comienza diciendo que en todo tipo de licencias a que ese precepto se refiere se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana, pero tratándose de licencia de primera ocupación esta sala ha declarado que es en la licencia de obras, que debe preceder a ella, donde la Administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras en la de primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, sin que pueda aprovechar la ocasión de pronunciarse sobre la licencia de primera ocupación para revisar la de obras (sentencias de 10 de marzo de 1999 y 14 de diciembre de 1998). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona.

“La consecuencia expuesta no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo en ella desde su construcción, y ni siquiera supone una traslación automática para aquella edificación del régimen establecido en el artículo 60.1 del Texto refundido de la Ley del suelo de 9 de abril de 1976, (TRLR) puesto que, como ha declarado esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1999, ‘lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación, en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero se diferencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 del TRLR en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo’, por lo que ‘el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 del TRLR, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando’, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata.”

años desde la finalización de la obra no puede amparar el uso ilegal, el cual no puede adquirirse por prescripción. La licencia de primera ocupación regulada en el artículo 21.1.d) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales tiene por objeto cumplir la adecuación del uso al asignado a la zona, y no el del cumplimiento de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso, además de que lo construido se ajuste a la licencia de obras concedida. Así las cosas, si las circunstancias urbanísticas no pueden reunirse en la licencia de primera ocupación, no se puede denegar ésta cuando pese a haberse erigido la edificación sin licencia y contra el plan, ha caducado el plazo para actuar las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística, y el uso se encuentra dentro de los autorizables en la zona. La obra no será legalizada, sino que tendrá la condición de edificación fuera de ordenación, con las consecuencias de ello derivadas, con el mantenimiento del uso desarrollado en la edificación. La conclusión final es que la obra no puede ser legalizada y, por tanto, no puede otorgarse licencia, pero el uso debe ser consentido y permitido.

También es interesante la sentencia del alto tribunal de 31 de enero de 2001, donde se dice que:

“Con arreglo a la normativa expuesta en éste y en el fundamento anterior, la sala ha de desestimar el motivo, puesto que en primer lugar, el *dies a quo* de iniciación del plazo de prescripción ha de fijarse, sí, en el momento en que hubiese debido incoarse el procedimiento sancionador, o desde la existencia de signos externos de las obras, pero ello ha de entenderse válido cuando, tras esos momentos, no se hubiese continuado con la actividad ilegal constitutiva de la infracción, pues en el caso de realización de obras sin licencia sigue persistiendo la infracción objeto del procedimiento sancionador hasta el momento en que se deje tal realización de obras, o se verifique la legalización de las mismas a través de la correspondiente licencia, lo que conduce al resultado de apreciarse la inexistencia de la prescripción aducida, tal como se indica en la sentencia recurrida.”

Interés en este aspecto se contiene en las actuaciones administrativas tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística infringida y a la posibilidad de actuación de la Administración en un plazo determinado. Encajaremos esta cuestión en este apartado, si bien dejando claro que nos encontramos ante un plazo de caducidad y no de prescripción, tal como señala el Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de abril de 1985 y 14 de marzo de 1995. Transcurridos cuatro años desde la finalización de las

obras, la Administración no podrá realizar actividad alguna en orden al restablecimiento de la legalidad urbanística. Debemos destacar en este sentido que el plazo de un año que inicialmente recogía el artículo 185 del Texto refundido de 1976 fue elevado a cuatro años por el Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre, asumido como tal plazo por la mayoría de las legislaciones autonómicas.

Una vez transcurrido el plazo de cuatro años, la Administración no podrá realizar actividad de restitución de la legalidad y la consecuencia no será, sin duda, la legalización de las obras, sino que las mismas quedarán fuera de ordenación –la sentencia de 21 de diciembre nos da un interesante concepto de edificación fuera de ordenación–, sin que pueda producirse ni su legalización, ni su demolición –sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1987, 8 de noviembre de 1990 y 6 de febrero de 1991–. Una obra realizada contra licencia o sin licencia no podrá ser demolida si transcurren cuatro años de inactividad municipal y no puede existir renuncia a la prescripción ganada si el recurrente solicita la legalización pasado ese plazo de cuatro años. Pudiera sostenerse que si la legalización se hace de forma voluntaria, existiría una implícita renuncia a lo obtenido por prescripción, pero sin duda consideramos que aun en el mejor de los casos, esta solicitud voluntaria de la legalización no supone renuncia alguna, ya que en la mayoría de las ocasiones la solicitud de licencia se realizará porque ha existido una actividad administrativa que le requería para hacerlo, y por tanto posibilidad de demolición de lo construido después de cuatro años. Podrá denegarse la legalización y la obra quedará fuera de ordenación, pero nunca podrá actuarse una potestad caducada por el transcurso del tiempo. En esta línea se mueve la jurisprudencia más moderna, sobre todo si la solicitud de legalización se realiza tras una actuación disciplinaria de la Administración competente. En este sentido, la Administración debe extremar sus facultades de policía administrativa para evitar la consolidación de obras ilegales, considerándose que el plazo de cuatro años es un plazo suficiente para desarrollar esta actividad.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad será el de la total finalización de las obras, y en los supuestos de usos que tienen una continuidad en el tiempo nos remitimos a lo anteriormente señalado con respecto a las infracciones continuadas.

Resta por último referirse a la conocida previsión del artículo 188 del Texto refundido de 1976, que declara la imprescriptibilidad de la infracción consistente en la realización de actos de edificación o uso del suelo

sin licencia sobre terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes o espacios libres, ya que se trata de una situación que el artículo 255 del Texto refundido de 1992, declarado vigente por la Ley 6/1998, califica como de nulidad de pleno derecho, siendo por tanto la acción imprescriptible al igual que lo es en todos los supuestos de nulidad de pleno derecho. En la misma dinámica se mueven las legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas –artículo 21 de la Ley 3/1987, de 8 de abril, del Principado de Asturias, reguladora de la disciplina urbanística, y artículo 85 de Ley 4/1984, de 10 de febrero, de la Comunidad de Madrid, de medidas de disciplina urbanística.

8. Las infracciones penales en materia de ordenación del territorio

La necesidad de reprimir y neutralizar con eficacia determinados comportamientos contrarios a la normativa urbanística ha llevado al legislador a incluir dentro de los instrumentos de su política criminal, y en concreto del Código penal, la tipificación como delito de ciertas conductas. La propia exposición de motivos del Código penal de 1995 se refiere a estos delitos contra la ordenación del territorio como una nueva forma de delincuencia que es necesario atajar.

No vamos a abordar en este trabajo un estudio de la regulación que se contiene en la normativa penal, pero sí que apuntaremos algunas cuestiones frontera con el Derecho Administrativo relativo a la disciplina urbanística, y más en concreto a sus aspectos procedimentales.

La preferencia de la tutela penal en relación con las eventuales actuaciones administrativas que sobre estos hechos puedan producirse no ofrece dudas y al respecto baste citar lo previsto en el artículo 274 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, en vigor a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998.

Las formas de inicio del proceso penal son sobradamente conocidas por todos, y fundamentalmente se concretan en la denuncia o querrela. La *noticia criminis* puede dar lugar a una directa actuación del órgano judicial, o a la previa intervención del Ministerio Fiscal. Esta última parece ser la preferencia de la Ley del suelo, que busca así que el Ministerio Público adopte una posición activa en la persecución de estos delitos. La obligación de denunciar los hechos compete a todos los ciudadanos –artículo 264 de la Ley de enjuiciamiento criminal–, y especialmente a las autoridades administrativas –artículo 262 también de la Ley de enjuiciamiento cri-

minal-, que una vez tengan conocimiento de los hechos eventualmente constitutivos de una infracción penal, con ocasión de los procedimientos administrativos que se sigan de ellos deberán actuar ante el Ministerio Fiscal. El tanto de culpa del que hicieren participe a éste no debe impedir la continuación del procedimiento administrativo por razón de otras infracciones conexas.

Una eventual actuación de las autoridades policiales podría dar lugar a una inmediata actuación judicial, aunque lo lógico es que sea la policía de disciplina urbanística la que ponga los hechos en conocimiento del órgano municipal competente en materia urbanística y éste a su vez derive el tanto de culpa. Desde luego siempre podría ser posible que la Administración autonómica, que en muchas legislaciones territoriales está facultada para actuar por subrogación en caso de inactividad municipal, pudiere poner por sí misma los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. El artículo 7 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aclara algunas cuestiones cuando señala que en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

No cabe duda que la aplicación de los tipos penales que recoge el Código penal en sus artículos 319 y siguientes¹⁶ pueden suponer, y de

16. Título XVI. De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente

Capítulo primero. De los delitos sobre la ordenación del territorio

Artículo 319

1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o

hecho así acontece en la mayoría de los casos, normas penales en blanco, cuyo contenido es necesario completar con remisión a otras normas, incluso ajenas al ámbito estrictamente penal. Ésta es una técnica avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo –sentencia de 20 de septiembre de 1990– y del propio Tribunal Constitucional –sentencia 127/1990, de 5 de julio–. Se exige para ello que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido, a lo que debemos añadir que la Ley además de fijar la pena, establezca el núcleo esencial de la prohibición. Esa remisión puede además conllevar el reenvío a norma de carácter reglamentario, excluyéndose en todo caso el carácter orgánico de la Ley –sentencia del Tribunal Constitucional 118/1992 o 120/1998.

Sin duda también, la existencia de resoluciones judiciales en el ámbito contencioso-administrativo, sobre la cuestión objeto de la instrucción penal, podría y debería ser tenida en cuenta.

Entendemos que la obligación, que derivada de la aplicación del artículo 319.3 del Código penal, pudiere ser impuesta, no está supeditada a más plazo de prescripción que el de la indemnización u obligación que impusiere la norma penal, y nunca de la derivada de la caducidad de la acción de restablecimiento que regulara la legislación urbanística aplicable.

En relación con el principio del *non bis in idem*, a través de la prohibición de *non bis in idem* se impide que unos mismos hechos puedan ser sancionados en más de una ocasión con el mismo fundamento. Por supuesto que este mandato va dirigido a quien deviene capacitado para ejercer el *ius puniendi*, de forma tal que ante la evidencia de que el legislador haya previsto distintas infracciones, incluso de distinta naturaleza,

administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Artículo 320

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

penal y administrativa, no pueda existir una doble sanción. Por supuesto que su aplicación, en lo que al Derecho Administrativo Sancionador se refiere, impide que un mismo hecho sea sancionado por la Administración y además por un órgano judicial, por dos administraciones distintas, o incluso en más de una ocasión por la misma Administración.

Desde un punto de vista procedimental, la existencia de un proceso administrativo o penal con resolución absolutoria no impide una posterior sanción penal o administrativa respectivamente. Incluso la propia Ley 30/1992 establece que los órganos administrativos quedaran vinculados por los hechos declarados probados en una resolución penal firme –artículo 137.3–.¹⁷ La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 avala con claridad esta posibilidad, que despeja también las dudas en torno a la posibilidad de que caducado un procedimiento sancionador pero no prescrito el derecho de la Administración a sancionar, nada impide la incoación de un nuevo procedimiento sancionador.

Esta misma sentencia afronta otras cuestiones y así, por ejemplo y en relación con la doble sanción, no considera que concurra cuando la segunda sanción impuesta conlleva una reducción o abono de la primeramente impuesta. Así acontece cuando la condena penal ulterior tiene en cuenta lo ya satisfecho en la anterior sanción administrativa, multa y período de retirada del permiso de conducir. Se aparta así de otros pronunciamientos como el de la sentencia 177/1999 para acercarse al concepto material de sanción.

Cuando el *non bis in idem* se refiere a la sanción impuesta, por un lado a una persona jurídica, y por otro a sus representantes legales, la doctrina jurisprudencial no es unánime. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 355/1991, de 25 de noviembre, entiende que no hay identidad subjetiva. Sin embargo, en otras ocasiones sí la ha considerado –sentencia 177/1999–. Existen supuestos en los que la propia norma establece la posibilidad de sancionar conjuntamente a la sociedad y a sus representantes, y así acontece con el artículo 10.3 de la Ley de defensa de la competencia, el 12 de la Ley de disciplina e intervención en entidades de crédito o el 95.1 de la Ley del mercado de valores.

La posibilidad de imposición de dos sanciones por la comisión de unos mismos hechos podría ser viable cuando existan dos normas distintas que lo tipifiquen, siempre y cuando se busque la tutela de dos bienes jurídi-

17. “2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustenten.”

cos protegidos distintos –sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 10 de diciembre–. Así, en materia de extranjería la sanción de expulsión por comisión de un delito doloso de pena superior a un año, prevista en el artículo 57.2 de la Ley de extranjería, no infringe el *non bis in idem* al tratarse de la tutela de dos bienes distintos, la política criminal y la de extranjería –Auto del Tribunal Constitucional 331/1997, de 3 de octubre.

Vamos a detenernos en algunas peculiaridades que plantean las relaciones entre la jurisdicción penal y la potestad administrativa sancionadora. La preferencia de la jurisdicción penal frente a la intervención administrativa en la represión de conductas ilícitas es un hecho comúnmente aceptado e incluso avalado por el propio Tribunal Constitucional –sentencia 77/1983, de 3 de octubre, y la ya citada 2/2003, de 16 de enero.¹⁸

Las consecuencias de la actuación penal serán sin duda la imposibilidad de la imposición de una sanción administrativa si ha recaído ya una condena penal. Si la resolución penal es absolutoria o de archivo, será viable la actuación administrativa. En este supuesto, existirá además una vinculación de los hechos declarados probados en su caso en vía penal, tal como señala el artículo 137.2 de la Ley 30/1992 o la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, ya citada.

18. Allí se señala que:

“El artículo 25 de la Constitución contiene dos límites a la potestad sancionadora de la Administración. Su párrafo tercero contiene un límite expreso que reside en la imposibilidad de que la Administración civil imponga ‘sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad’; y su párrafo primero contiene un límite implícito que afecta al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y consiste en que ésta sólo puede ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal, pues en estos casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal. Cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión.”

Añadiendo:

“Una segunda razón avala la afirmación de que de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* no deriva la anulación de la segunda sanción o del segundo procedimiento sancionador. Esta reside en que la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo (por todas STC 18/1981, de 8 de junio, fundamento 2; 7/1998, de 13 de enero, fundamento 5 y 14/1999, de 22 de febrero, fundamento 3).”

Si ha habido previamente una sanción administrativa, y ésta no es firme, deberá anularse por los órganos de control contencioso administrativo si existe resolución penal en ese momento –sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2003 o de 10 de febrero de 2004–. Si es firme la innovación, se produce con la ya citada sentencia 2/2003 del Tribunal Constitucional. Según esta sentencia, una previa resolución administrativa sancionadora no impedirá una ulterior resolución penal siempre y cuando pueda abonarse en la condena penal lo ya pagado o cumplido en la sanción administrativa.

