

EL RANGO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL QUIEN INSTRUYE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO LO RESUELVE

(Revista General de Derecho Administrativo, 10, 2005, www.iustel.com)

Por

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Cardenal Herrera CEU

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA Y SU RELEVANCIA PRÁCTICA.- II. EL PRINCIPIO “QUIEN INSTRUYE NO PUEDE JUZGAR” EN EL PROCESO PENAL.- III. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA SEPARACIÓN ENTRE LA INSTRUCCIÓN Y LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CARECE DE RANGO CONSTITUCIONAL: 1. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 74/2004, de 22 de abril.* 2. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2005, de 4 de julio.*- IV. CRÍTICA DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: 1. *Una jurisprudencia que tergiversa y contradice declaraciones anteriores.* 2. *Una motivación manifiestamente insuficiente.* 3. *Una doctrina que contraviene el principio de la extensión de las garantías procesales penales al procedimiento administrativo sancionador.*- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA Y SU RELEVANCIA PRÁCTICA

Como dice el propio Tribunal Constitucional, “constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho” aquella que declara que las garantías procesales consagradas en el artículo 24.2 de la norma suprema son aplicables también al procedimiento administrativo sancionador, si bien sólo en principio y con algunas modulaciones ¹: únicamente “en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza” ²; sólo “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base” del artículo 24.2 citado, y la seguridad jurídica; “no se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias [existentes entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo], sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional” ³.

¹ STC 120/1996 (FJ 5).

² Vid., entre otras muchas, las SSTC 22/1990 (FJ 4), 197/1995 (FJ 7) y 14/1999 (FJ 3).

³ Vid., entre otras muchas, la STC 18/1981 (FJ 2).

Así, el Tribunal ha declarado trasladables a este procedimiento administrativo: el derecho a la defensa; el derecho a la asistencia letrada, con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración; la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; el derecho a no ser sancionado mediante una resolución carente de motivación, y el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados a la defensa, del que se deriva la prohibición de denegar inmotivadamente medios de prueba ⁴.

Otras garantías previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, por el contrario, no serían extensibles al procedimiento administrativo sancionador. Dicho más exactamente, dichas garantías carecerían en este procedimiento de rango constitucional; el legislador tendría libertad para prescribirlas o suprimirlas en este ámbito. Sería el caso, por ejemplo, del derecho al “funcionario predeterminado por la ley” ⁵. Y sería el caso también de la separación entre las fases de instrucción y de resolución del procedimiento, según han declarado un par de recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, a cuyo análisis crítico dedicamos el presente trabajo.

El hecho de que el artículo 134.2 de la Ley 30/1992 disponga que “los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos” ⁶ no hace el irrelevante el problema de si esta garantía viene reconocida ya por el artículo 24.2 de la Constitución, ni mucho menos. En primer lugar, porque la propia Ley 30/1992 excluye la aplicación de aquel precepto a “los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual” ⁷. En

⁴ STC 7/1998 (FJ 5), que cita abundantes SSTC en este sentido.

⁵ ATC 170/1987.

⁶ Sobre el régimen jurídico de esta y otras causas de abstención en el procedimiento administrativo, vid. nuestro trabajo “La abstención en el procedimiento administrativo”, en *Nuevas perspectivas del régimen local. Libro Homenaje al Profesor José M.ª Boquera Oliver*, coords. Baño León y Climent Barberá, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 409 y ss.

⁷ Vid. el art. 127.3 y la disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1992, así como la disposición adicional 3.ª de la Ley 22/1983, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, que declara supletoriamente

segundo lugar, porque no está del todo clara la aplicabilidad de dicho precepto legal a los procedimientos sancionadores en materia tributaria y de infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, en los que la mentada Ley sólo rige supletoriamente ⁸. En tercer lugar, porque de la existencia de un derecho fundamental a un procedimiento administrativo en el que se respeta esa separación entre las fases de instrucción y resolución se derivan consecuencias jurídicas de primera importancia, tales como: la posibilidad de obtener la tutela de este derecho a través del procedimiento sumario y preferente previsto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ⁹, así como a través del proceso de amparo ¹⁰; la posibilidad de recurrir siempre en apelación contra las Sentencias dictadas por los órganos unipersonales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en esta materia ¹¹; y la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que vulneren este derecho, lo que, a su vez, conlleva la posibilidad de revisarlos y declarar su invalidez en cualquier momento, de oficio o a solicitud del interesado ¹².

Tampoco debe pasarse por alto la relevancia hermenéutica de la cuestión. Los derechos fundamentales ocupan una posición central dentro de nuestro ordenamiento

aplicable a estos procedimientos lo establecido en los Títulos Preliminar, I, II, III, IV, V, VII, VIII y X de la Ley 30/1992, pero no en el Título IX, que es donde se encuentra el referido art. 134.2.

⁸ Vid. las disposiciones adicionales 5.^a y 7.^a de la Ley 30/1992. Salvo error nuestro, ni en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ni en el Reglamento general del régimen sancionador tributario (RD 2063/2004, de 15 de octubre), ni en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000, de 4 de agosto), ni en el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones de Orden Social y para lo expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (RD 928/1998, de 14 de mayo), se alude explícitamente a la separación subjetiva entre la instrucción y la resolución del procedimiento. Es más, el art. 18.1 de este último Reglamento establece que “la ordenación de la tramitación del expediente sancionador corresponderá al órgano que disponga de competencia para su resolución...”. A favor de la aplicabilidad del art. 134.2 de la Ley 30/1992 a los procedimientos tributarios, implícitamente, vid. la STSJ del País Vasco de 3 de noviembre de 2003 (rec. cont-adm. 1569/2000) y la STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2005 (rec. cont-adm. 714/2001).

⁹ Vid. los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

¹⁰ Vid. los arts. 41 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹¹ Vid. el art. 81.2.b) de la Ley 29/1998.

¹² Vid. los arts. 62.1.b) y 102.1 de la Ley 3/1992.

jurídico, como ya indica la Constitución al regularlos en su Título Primero y establecer explícitamente que los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1). Ese carácter literalmente fundamental les ha de hacer “presidir por fuerza el proceso de interpretación constitucional”¹³, de modo que, en las ponderaciones que efectúen para determinar el alcance de los derechos fundamentales, los Tribunales deberán atribuir a la necesidad de protegerlos un peso *prima facie* superior al de otras necesidades. Y lo mismo deberán hacer cuando interpreten el alcance de cualquier norma que afecte de alguna manera a los valores protegidos por estos derechos, que despliegan así una “eficacia irradiante” sobre todo el ordenamiento jurídico¹⁴.

II. EL PRINCIPIO “QUIEN INSTRUYE NO PUEDE JUZGAR” EN EL PROCESO PENAL

Este principio se consagra explícitamente en nuestro Derecho por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, al establecer como causa de abstención y recusación “el haber sido instructor de la causa” (art. 54.12). La Exposición de Motivos de la Ley ilustra muy bien el sentido de la regla, al señalar que pretende resolver uno de los principales defectos del procedimiento penal hasta entonces vigente, consistente en que “el Juez que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción”¹⁵. Para remediar este vicio, se establece una nítida separación entre la fase de sumario, “formado... por un funcionario independiente del Tribunal que ha de sentenciar”¹⁶, cuyas investigaciones “no serán sino una simple preparación del juicio”¹⁷, y la fase del juicio oral, que es “donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser

¹³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, t. II, p. 56.

¹⁴ La expresión entrecomillada, que utilizan las SSTC 107/1988 (FJ 2), 121/1989 (FJ 2), 85/1992 (FJ 4), 219 /1992 (FJ 2) y 15/1993 (FJ 1), ha sido tomada a préstamo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Ausstrahlungswirkung*). Vid., entre otras muchas, sus Resoluciones de 15 de enero de 1958 (BverfGE 7, 198, 207) y 5 de marzo de 1974 (BverfGE 36, 321, 331).

¹⁵ Apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁶ *Ibidem*, apartado XXV.

¹⁷ *Ibidem*, apartado XIX.

reproducida en el juicio”¹⁸, donde el Tribunal ha de ceñirse a “fallar como Juez imparcial... sin el aguijón del amor propio excitado en el Juez instructor por las estratagemas que en ocasiones emplean el acusado y el acusador privado para burlar sus investigaciones y, aun sin esto, por las mismas dificultades inherentes de ordinario a la instrucción”¹⁹. Se trata, en definitiva, de evitar que la objetividad -o, como a veces se dice, la “imparcialidad objetiva”- del juzgador se vea menoscabada por los prejuicios que casi inevitablemente engendra la actividad instructora.

Este principio legal, sin embargo, resultó excepcionado por algunas disposiciones legislativas posteriores que permitieron en determinados supuestos la acumulación de funciones instructoras y juzgadoras en una misma persona. Estas disposiciones acabaron provocando que el Tribunal Constitucional, en una larga serie de Sentencias iniciada con la 113/1987 y la 145/1998, declarara que el derecho fundamental que todos tienen a un “proceso con todas las garantías”, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, comprende, aunque no se cite expresamente, el derecho a un “juez imparcial”, imparcialidad que se quiebra cuando se confunden en una misma persona las funciones instructora y juzgadora, por cuanto el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material pueden hacer nacer en el ánimo del Juez instructor, a pesar de sus mejores deseos, prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado que influyan a la hora de sentenciar²⁰. El Tribunal Constitucional se apoya

¹⁸ *Ibidem*, apartado XX.

¹⁹ *Ibidem*, apartado XXV.

²⁰ Vid., entre otras, las SSTC 164/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990, 98/1990, 186/1990, 138/1991, 151/1991, 238/1991, 113/1992, 170/1993, 320/1993, 372/1993, 384/1993, 98/1997, 132/1997, 142/1997, 100/1998, 310/2000, 14/2001, 87/2001, 79/2002 y 38/2003. Sobre el tema, vid., entre otros, Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, EDERSA, 1999, Madrid; Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002; Candela GALÁN GONZÁLEZ, *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Joaquín GONZÁLEZ CASSO, *Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)*, Dykinson, Madrid, 2004, *in toto*; Juan MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Joan PICO I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998; Ricardo, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La contaminación procesal. El derecho al juez imparcial. Causas de abstención y recusación*, Comares, Granada, 2000.

explícitamente en la doctrina que sobre el particular ya había sentado anteriormente el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, y que luego ha seguido reiterando en numerosas ocasiones ²¹.

Interesa resaltar que, de acuerdo con esta jurisprudencia, no todo acto de instrucción compromete la imparcialidad del juzgador, “sino tan sólo aquellos que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para conocer del juicio oral”; “es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar” ²².

III. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA SEPARACIÓN ENTRE LA INSTRUCCIÓN Y LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CARECE DE RANGO CONSTITUCIONAL

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 74/2004, de 22 de abril

El caso era que el recurrente en amparo, un guardia civil, había sido sancionado por el Teniente Jefe interino de su Compañía por haber cometido una “falta de respeto a los superiores y, en especial, [por haber dado] razones descompuestas y réplicas desatentas a los mismos”, pues, al ser informado por el propio Teniente de la apertura de otro procedimiento por unas supuestas réplicas desatentas ocurridas el día anterior, contestó que si daba cuenta de ese incidente anterior también él daría parte del Teniente por haberle ordenado comparecer a su presencia estando de baja para el servicio.

²¹ La STC 145/1988 cita las SSTEDH de 1 de octubre de 1982 (*Piersack c. Bélgica*, 8692/79) y 26 de octubre de 1984 (*De Cubber c. Bélgica*, 9186/80). Con posterioridad, vid., entre otras, las SSTEDH de 24 de mayo de 1989 (*Hauschildt c. Dinamarca*, 10486/83), 16 de diciembre de 1992 (*Sainte-Marie c. Francia*, 12981/87), 24 de febrero de 1993 (*Fey c. Austria*, 14396/88), 26 de febrero de 1993 (*Padovani c. Italia*, 13396/87), 24 de agosto de 1993 (*Nortier c. Países Bajos*, 13924/88), 22 de abril de 1994 (*Saraiva de Carvalho c. Portugal*, 15651/89), 22 de febrero de 1996 (*Bulut c. Austria*, 17358/90), que estiman que no hubo violación del derecho a un proceso justo (art. 6.1 CEDH), y las SSTEDH de 25 de febrero de 1992 (*Pfeifer y Plankl c. Austria*, 10802/84), 28 de octubre de 1998 (*Castillo Algar c. España*, 28194/95) y 25 de julio de 2002 (*Perote Pellón c. España*, 45238/99), que declaran la violación del referido derecho.

²² SSTC 136/1992 (FJ 2) y 142/1997 (FJ 3).

En el curso del procedimiento disciplinario, el actor solicitó ser asistido por letrado en el trámite de audiencia, solicitud que le fue denegada. También recusó al Teniente, aduciendo que estaba incurso en la causa prevista en el artículo 53.3 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, consistente en “estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta”, a lo que se añadía el hecho de que aquél había instruido y resuelto el procedimiento disciplinario. Pero la Administración consideró que la presentación de la denuncia al Director de la Guardia Civil, después de serle anunciada al recurrente la apertura del procedimiento y cuatro días antes de recaer la resolución sancionadora aparecía como una argucia, sin que se apreciara indicio alguno que pudiera llevar a pensar que el referido oficial se había conducido por motivos espurios. Además, se sostenía que el régimen de abstención y recusación previsto en esta Ley Orgánica no era aplicable al procedimiento oral regulado en el artículo 38 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que se había seguido contra el recurrente por una falta leve. Argumento este último que aceptaron los Tribunales. Debe advertirse, asimismo, que el actor había solicitado a la jurisdicción militar la práctica de diversas pruebas tendentes a demostrar la animadversión del Teniente a su persona, práctica que también le fue denegada, por considerarse que ésta era una cuestión que no guardaba relación con el objeto del proceso.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo, al estimar que se habían vulnerado los derechos del recurrente a la asistencia letrada y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, pero, en cambio, declara que no se había violado el derecho a un juzgador imparcial en el procedimiento administrativo sancionador.

La argumentación relativa a este último punto es rotunda: *“De conformidad con nuestra doctrina hemos de recordar que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos (SSTC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4, y 76/1990, de 26 de abril, FJ 8.a; AATC 320/1986, de 9 de abril, FJ 4, y 170/1987, de 11 de febrero, FJ 1). Como ya se expresó en la STC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo en*

distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que, ni el instructor de un procedimiento administrativo sancionador, ni menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las *mismas garantías* que los órganos judiciales (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4). En consecuencia, *la interpretación y aplicación del régimen de abstención y recusación de quienes integran los órganos administrativos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria*, sin que pueda utilizarse la vía del recurso de amparo para revisar la realizada por los Tribunales”²³.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2005, de 4 de julio

El caso era que la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Callosa d'En Sarriá (Alicante) había impuesto al recurrente una multa de 1.500.000 de pesetas por haber promovido la construcción de una vivienda sin la preceptiva licencia municipal. El procedimiento sancionador había sido instruido por el Alcalde, quien además participó en la correspondiente sesión de la Comisión exponiendo y justificando la propuesta de sanción, si bien se abstuvo de votar.

Tras recurrir infructuosamente en reposición la multa, el interesado acudió a la vía contencioso-administrativa aduciendo, entre otros motivos, la infracción del artículo 134.2 de la Ley 30/1992. Pero el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Alicante desestimó el recurso por considerar, en lo que respecta al referido motivo, que no concurría la infracción aducida: en primer lugar, porque, por la naturaleza misma de los procedimientos sancionadores administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procedimientos jurisdiccionales; en segundo lugar, porque, conforme a la legislación de régimen local, el Alcalde y la Comisión de Gobierno son órganos diferentes; y, en tercer lugar, porque, como se derivaba del expediente administrativo, en la adopción de acuerdo sancionador por la Comisión de Gobierno se abstuvo el Alcalde, siendo su presencia en dicha Comisión lógica para la exposición y justificación de la propuesta de sanción”.

Tras recordar su doctrina general de que las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías se aplican al procedimiento administrativo sancionador, si bien “con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE y la seguridad jurídica”, el Tribunal Constitucional declara, por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, que “éste es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su

²³ STC 74/2004 (FJ 5). Las cursivas son nuestras.

proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía “no puede predicarse de la Administración sancionadora *en el mismo sentido* que respecto de los órganos judiciales” (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 10), pues, “sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable *en la misma medida* de un órgano administrativo” (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4), concluyéndose de ello que la independencia e imparcialidad del juzgador, como exigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende *sin más* al procedimiento administrativo sancionador (STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 5)”²⁴.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional considera razonable la argumentación ofrecida por el Juzgado alicantino, según la cual, como ya sabemos, no se habría infringido el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, al haberse abstenido el Alcalde de votar en la adopción del acuerdo sancionador de la Comisión de Gobierno, y responder su presencia en la sesión de la misma a la previsión de la normativa de organización de los entes locales de que la propuesta del expediente sancionador que hace el instructor deba ser expuesta y justificada ante el órgano colegiado correspondiente.

IV. CRÍTICA DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. Una jurisprudencia que tergiversa y contradice declaraciones anteriores

Las Sentencias citadas, especialmente la 74/2004, dan a entender que la doctrina acerca del rango infraconstitucional del principio que ahora consideramos ya estaba consolidada en la jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional. Pero esto queda lejos de ajustarse a la realidad.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero (FJ 4), en un caso en el que el recurrente cuestionaba la “imparcialidad” del instructor del procedimiento disciplinario, aduciendo que tenía interés directo en la resolución del mismo, por ser éste consecuencia del presunto incumplimiento de una sanción disciplinaria impuesta en un anterior expediente disciplinario del que aquél había sido también instructor, declaró que “*lo que del Instructor cabe reclamar, ex arts. 24 y 103 CE, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad... desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal. A este fin se dirige la posibilidad de recusación establecida por el*

²⁴ STC 174/2005 (FJ 5). Las cursivas son nuestras.

art. 39 de la Ley Orgánica 12/1985, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas... que reenvía al art. 53 de la Ley Procesal Militar, cuyo catálogo de causas guarda, en éste ámbito, evidente similitud, con el previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial". Estas palabras, aunque algo ambiguas, pueden ser interpretadas en el sentido de que también en el procedimiento administrativo sancionador rige, *ex constitutione*, la separación entre las fases de instrucción y resolución, máxime cuando entre las causas de abstención de los juzgadores previstas en las dos Leyes citadas en último lugar están la de "haber intervenido en otro concepto, en el mismo procedimiento" ²⁵ y la de "haber participado en la instrucción de la causa penal" ²⁶.

En la Sentencia 142/1997, de 15 de septiembre (FJ 3), el Tribunal Constitucional había declarado que "la identidad de naturaleza de la infracción administrativa y del delito, de pena y sanción, exigen la extensión de esta incompatibilidad [entre instruir y decidir] al procedimiento administrativo sancionador". Bien es cierto, no obstante, que estas palabras se decían de un modo totalmente incidental, pues lo que aquí se discutía era si la "imparcialidad objetiva" de un Magistrado quedaba comprometida por la realización de determinadas actividades instructoras.

Mucho más interesante es la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1998, de 1 de diciembre, ya que en un caso muy parecido al enjuiciado por la Sentencia 174/2005 efectúa declaraciones en sentido completamente opuesto. Los hechos eran que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había anulado un acuerdo del Ayuntamiento de Onteniente por el que se habían impuesto a un funcionario diversas sanciones disciplinarias, debido a que el instructor del procedimiento, además de votar a favor de su propuesta de resolución en la correspondiente sesión del Pleno (en la que se obtuvieron once votos a favor y nueve en contra), intervino activamente en el proceso de formación de la voluntad de este órgano administrativo, al leer dicha propuesta primero, comentarla a continuación, manteniendo la plena probanza de los hechos imputados, su calificación jurídica y la posibilidad de imposición de mayores sanciones, así como hacer uso de la palabra en otras dos ocasiones, al hilo de las intervenciones de los representantes de los distintos grupos políticos, para defender la propuesta. El Ayuntamiento y el concejal instructor interpusieron sendos recursos de amparo, alegando que dicha anulación vulneraba su derecho, reconocido en el artículo 23 de la Constitución, al ejercicio del cargo público para el que el concejal había sido elegido libremente por los ciudadanos.

²⁵ Art. 53.11 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

²⁶ Art. 219.11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional, por de pronto, advierte que aquí entran en conflicto dos derechos fundamentales, indicando claramente que uno de ellos es el derecho del funcionario a no ser sancionado por el instructor del procedimiento: “Lo que viene a plantear [el recurrente] es la prevalencia del derecho fundamental alegado (del art. 23.2 CE) respecto del que la Sentencia había reconocido [al funcionario], de los protegidos por el art. 24.2 CE” (FJ 4).

Y luego, para justificar por qué la solución establecida por el Tribunal Superior de Justicia era irreprochable, aduce no sólo que también el artículo 134.2 de la Ley 30/1992 -que, conviene señalarlo, no resultaba aplicable al caso enjuiciado, por tratarse de un procedimiento disciplinario- consagraba la incompatibilidad entre las funciones de instrucción y de resolución, sino además la doctrina de su Sentencia 142/1997 según la cual “la identidad de naturaleza de la infracción administrativa y del delito, de pena y sanción, exigen la extensión de esta incompatibilidad al procedimiento administrativo sancionador”. Y termina añadiendo que esta “conclusión... donde puede tener mayor aplicación es en un procedimiento sancionatorio municipal como el que nos viene ocupando, precisamente porque en él es propia del sistema orgánico de la Corporación la separación entre el órgano decisorio y el instructor, así como el carácter permanente y colegiado de aquél. Y donde, por consiguiente, *la incompatibilidad del Concejal a quien se encomendó la instrucción con su presencia en la reunión del Pleno convocado para resolver, resulta manifiesta y demanda, del mismo modo que para los Tribunales, la aplicación de dicha interpretación de nuestra doctrina*” (FJ 5).

La vigencia en el procedimiento administrativo sancionador del principio “quien instruye no juzga”, que se desprende de estas resoluciones judiciales, no es contradictoria con la afirmación efectuada incidentalmente en la Sentencia 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), según la cual “la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo”. El inciso “en la misma medida” indica, por el contrario, que dicha garantía rige también en el procedimiento administrativo sancionador, si bien no con tanta intensidad como en el proceso penal. Con todo, debe repararse en que -de nuevo- se trataba de una afirmación incidental, innecesaria para resolver el caso planteado, pues “por el hecho de que un primer expediente fuera anulado y retrotraídas las actuaciones no surge legalmente una causa de recusación o de abstención del instructor, y... tampoco el Rector venía obligado a abstenerse en resolver el expediente por tener pendiente un pleito civil con el expedientado, entre otras razones... porque ese pleito civil fue presentado con posterioridad a incoarse el expediente; por lo demás, este último motivo no consta que fuera alegado ante la Sala revisora, lo que impide su consideración en vía de amparo”.

La vigencia -matizada- del principio tampoco contradice la doctrina fijada por la Sentencia 76/1990, de 24 de abril (FJ 8), de que la asignación de funciones inspectoras y liquidadoras a un mismo *órgano administrativo* -que no a una misma *persona física*- es conforme con la Constitución, entre otras razones porque aquí no se estaba hablando de un procedimiento sancionador, sino de uno de gestión tributaria.

La única Sentencia del Tribunal Constitucional cuyo tenor es explícitamente contrario a la aplicabilidad del referido principio en el ámbito administrativo es la 60/1995, de 17 de marzo (FJ 3), en la que se dice que la separación de las funciones de instrucción y decisión, “al enmarcarse dentro de las garantías esenciales del proceso penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador”. No obstante, el carácter incidental de esta declaración, efectuada en los *obiter dicta* de una Sentencia que enjuiciaba ciertas leyes procesales, desvirtúa su valor.

La conclusión que ha de extraerse es que de ninguna manera cabe sostener que la doctrina de las Sentencias 74/2004 y 174/2005 estaba ya consolidada en la jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional. Más bien al contrario. A pesar del carácter ambiguo, incidental y algo contradictorio de sus afirmaciones efectuadas con anterioridad, resultaba plausible deducir del conjunto de ellas que la garantía constitucional “quien instruye no resuelve” también se predicaba del procedimiento administrativo sancionador, aunque no con tanto vigor como en el proceso.

2. Una motivación manifiestamente insuficiente

Las decisiones por las cuales el Tribunal Constitucional se aparta de sus precedentes o se pronuncia por primera vez, a modo de *ratio decidendi*, sobre cuestiones hasta la fecha controvertidas, no resueltas de manera concluyente, deberían ser fruto de una reflexión especialmente concienzuda, que debería reflejarse luego en una motivación especialmente cuidada, sólida, y no tan pobre como la de las Sentencias 74/2004 y 174/2005.

La argumentación de estas dos resoluciones es muy simple: como la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable *con igual significado y en la misma medida* de los órganos administrativos, se concluye que la garantía constitucional “quien instruye no resuelve”, tendente a asegurar la objetividad del órgano encargado de castigar a los ciudadanos, no rige en el procedimiento administrativo sancionador. El razonamiento carece de toda lógica. De aquella premisa no se sigue esta conclusión. El que las garantías constitucionales de la objetividad de los órganos administrativos no puedan equipararse, en intensidad, a las previstas con este fin para los órganos jurisdiccionales -cosa que nadie discute- no

implica lógicamente que aquéllas deban ser consideradas inexistentes. Cabe y resulta muy plausible entender que, dado que las garantías de objetividad propias del proceso penal no pueden aplicarse con la misma fuerza al procedimiento administrativo sancionador, la Constitución, al menos, ha querido trasladarlas con algunas modulaciones.

Nótese que, de acuerdo con aquel seudorazonamiento, ninguna de las garantías contempladas en el artículo 24.2 de la Constitución -v. gr., los derechos a la defensa y a la asistencia letrada- resultaría aplicable al procedimiento administrativo sancionador, puesto que ninguna de ellas alcanza en este procedimiento el mismo vigor que en el proceso penal²⁷.

3. Una doctrina que contraviene el principio de la extensión de las garantías procesales penales al procedimiento administrativo sancionador

El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que las garantías establecidas en el artículo 24.2 de la norma suprema son, *en principio*, trasladables al procedimiento administrativo sancionador. Así lo exige una interpretación teleológica del precepto, pues lo que el mismo pretende es proteger a los ciudadanos frente a la más peligrosa de las potestades públicas, la sancionadora, con independencia de quien ejerza esa potestad. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido por la norma, lo importante es la entidad de la amenaza que se pretende conjurar, no el origen de ésta. Además, si dichas garantías no fuesen trasladables, las mismas quedarían en buena medida al albur del legislador, dado el amplísimo margen de discrecionalidad de que éste dispone para configurar un ilícito como penal o como administrativo. El legislador podría establecer que cualesquiera sanciones no privativas de libertad, por muy graves que fuesen, se impusieran por la Administración sin necesidad de otorgar al ciudadano la posibilidad de defenderse, sin necesidad de presumir su inocencia, sin pruebas, sin unas mínimas garantías de imparcialidad, etcétera.

Lo que queremos resaltar es que *el principio es que las garantías del artículo 24.2 se aplican también al procedimiento administrativo. La excepción es su no aplicabilidad*. Como han argumentado muy convincentemente diversos autores, encabezados por ALEXY, los principios jurídicos en general y los derechos fundamentales en particular constituyen mandatos de optimización, que obligan a realizar algo valioso en la mayor

²⁷ Como advierten Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, t. II, p. 444, “el procedimiento administrativo en cuanto garantía de los derechos individuales carece de la intensidad propia de la garantía judicial”.

medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes. Es decir, estos mandatos obligan *prima facie* -en principio- a llevar a cabo cuantas actuaciones tiendan a realizar un determinado valor, si bien este alcance *prima facie* del mandato debe ser reducido en la medida en que resulte fácticamente imposible su cumplimiento o en la medida en que así lo exija algún otro principio jurídico que en el caso concreto tenga un mayor peso²⁸.

Como el propio ALEXY pone de relieve, esta concepción de los principios jurídicos como mandatos de optimización implica lógicamente la vigencia del principio de proporcionalidad, y viceversa: “el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquélla”²⁹. Dicho principio, recordémoslo, exige que las actuaciones de los poderes públicos que perjudican o limitan algún derecho fundamental sean útiles para satisfacer un fin legítimo; necesarias, por resultar la menos restrictiva para ese derecho de entre todas las útiles; y proporcionadas en sentido estricto, por superar los beneficios derivados la actuación a sus costes³⁰. Así lo viene declarando el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia ya consolidada³¹.

²⁸ Vid., entre otros, Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, pp. 81 y ss.; Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 1998, *in toto*; Carlos, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, *passim*.

²⁹ Robert ALEXY, *Teoría...*, p. 111; Martin BOROWSKI, *Grundrechte...*, pp. 115 y ss. En sentido similar, vid. Andreas VON ARNAULD, “Die Normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *JZ*, 2000, p. 279; Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 106 y ss.

³⁰ Sobre el principio de proporcionalidad, además de los autores citados en notas anteriores, vid., entre otros, Teresa AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999; Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 458 y ss.; Javier BARNES4, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *RAP*, 135, 1994, pp. 495 y ss.; Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990; José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 105 y ss.; Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; y los trabajos incluidos en el número monográfico de *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998.

³¹ Vid., entre otras, las SSTC 66/1995 (FJ 5), 207/1996 (FJ 4), 175/1997 (FJ 4) y 37/1998 (FJ 8).

Esta idea enlaza con uno de los postulados básicos del Estado de Derecho: el de que “la libertad de individuo es ilimitada en principio, y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada en principio”³². Lo que en cada caso está necesitado de justificación no es el ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos, sino las limitaciones a la misma. Lo que requiere una cobertura legal no es el ejercicio de los derechos, sino la actividad estatal que los restringe.

En consecuencia, las restricciones del alcance *prima facie* del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución deberán ser útiles, necesarias y no excesivas para satisfacer un fin legítimo. Cualquier excepción al principio según el cual las garantías previstas en este precepto son aplicables también al procedimiento administrativo sancionador deberá contar con una justificación ajustada a la máxima de la proporcionalidad. Toda interpretación judicial que “module” la aplicación de estas garantías al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración deberá responder a la necesidad de atender, de manera ponderada, algún valor constitucionalmente legítimo.

Hay modulaciones que superan la prueba, desde luego. Es claro, por ejemplo, que el hecho de que los servidores públicos que instruyen un procedimiento administrativo sancionador estén subordinados jerárquicamente a otras autoridades y carezcan, por lo tanto, de la independencia de los Jueces y Magistrados no vulnera, por regla general, el artículo 24.2 de la Constitución. Y ello porque los principios constitucionales democrático y de eficiencia de la actividad administrativa exigen que ésta se produzca, por regla general, con arreglo al principio de jerarquía, exigencia que -cabe entender razonablemente- es susceptible de limitar en esa medida el alcance del derecho a un procedimiento administrativo sancionador con todas las garantías. En palabras del Tribunal Constitucional: “la mera condición de funcionario inserto en el esquema necesariamente jerárquico no puede ser por sí misma [causa de abstención], pues la Administración actúa, según dice la propia Constitución, de acuerdo con el principio de jerarquía”³³. Desde luego, el coste económico que podría tener el encomendar siempre la instrucción de todos los procedimientos sancionadores a órganos administrativos jerárquicamente independientes no parece, a primera vista, despreciable.

³² Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, 1927, trad. Ayala, Alianza, Madrid, 1996, p. 142. Sobre esta “presunción de libertad”, vid., también, Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, trad. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, pp. 39 y ss. y 58 y ss.

³³ ATC 249/1992 (FJ 1) y STC 14/1999 (FJ 4).

Ahora bien, ¿qué es lo que justifica que el principio “quien instruye no resuelve” deba ser excepcionado en el procedimiento administrativo sancionador? ¿Cuál es el fin legítimo para cuya satisfacción se hace imprescindible hacer desaparecer de este procedimiento aquella garantía constitucional de objetividad? ¿Tanto cuesta respetarla?

El coste económico de esta garantía puede considerarse prácticamente insignificante, pues sólo se requiere que el instructor del procedimiento sancionador, que en principio puede ser cualquier funcionario o autoridad, se abstenga luego de participar en su resolución.

Pudiera pensarse que, en ocasiones, esta abstención supone un cierto menoscabo para el principio democrático, así como para el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes (art. 23.1 CE)³⁴. Dicho principio sufre cuando uno de los miembros integrantes de un órgano colegiado -v. gr., el Pleno de un Ayuntamiento- elegidos por sufragio universal se ve obligado a abstenerse. La abstención puede alterar para un caso concreto el sistema de fuerzas políticas resultante de las elecciones.

El menoscabo, con todo, no nos parece lo suficientemente significativo como para impedir la aplicación de la garantía establecida por el artículo 24.2 de la Constitución. En primer lugar, porque el menoscabo puede eludirse simplemente encomendando la instrucción del procedimiento a un servidor público que no forme parte del órgano representativo encargado de resolver. En segundo lugar, porque no creemos que el principio democrático sufra demasiado por el mero hecho de quedar la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores en manos de funcionarios carentes de representatividad, o por el hecho de que las personas que los han instruido se abstengan luego de participar en la formación de la voluntad de los órganos representativos competentes para decidir. Éste no es un asunto tan trascendental para la vida política de la comunidad como pueda serlo, por ejemplo, una moción de censura, a la que no se aplican las causas de abstención previstas en la legislación de procedimiento administrativo precisamente para no interferir en la resolución democrática de esta controversia de carácter marcadamente político³⁵. A la hora de aplicar las normas que tipifican sanciones e infracciones, la Administración no dispone de un margen de maniobra tan amplio que justifique excepcionar por completo las reglas ordinarias que

³⁴ La STS de 17 de noviembre de 1997 (rec. cas. 1113/1997) declara que la prohibición impuesta a un concejal no incurso en causa de abstención de votar una moción de censura vulnera este derecho.

³⁵ Vid. el art. 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, redactado de acuerdo con la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril.

garantizan la objetividad de su decisión y, por ende, el respeto de los derechos de los afectados, máxime cuando se ejerce la potestad que más graves peligros encierra para los ciudadanos.

Pero la mejor prueba de que no está suficientemente justificado excepcionar en el ámbito administrativo la vigencia de la garantía contemplada en el artículo 24.2 de la Constitución es el artículo 134.2 de la Ley 30/1992. El propio legislador ha considerado que lo establecido en este precepto constituye una regla básica aplicable con carácter general a cualesquiera procedimientos a través de los cuales la Administración ejerce su potestad sancionadora.

V. CONCLUSIÓN

La doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional 74/2004 y 174/2005, según la cual el principio consagrado en el artículo 24.2 CE “quien instruye no resuelve” no se aplicaría al procedimiento administrativo sancionador, ni siquiera con matices, merece una crítica negativa. En primer lugar, por tergiversar y contradecir sin una motivación suficiente una línea jurisprudencial anterior en la que el mismo Tribunal mantenía la postura contraria. Pero, sobre todo, porque no nos parece que exista razón alguna que justifique restringir de ese modo el alcance del derecho fundamental a un procedimiento sancionador con todas las garantías. El principio, proclamado enfáticamente por dicho Tribunal en innumerables ocasiones, es que las garantías del artículo 24.2 CE se aplican a cualesquiera procedimientos en los que el Estado ejerza su potestad sancionadora. Las modulaciones de este principio -que constituye un derecho fundamental- sólo son lícitas en la medida en que resulten útiles, necesarias y no excesivas para satisfacer alguna finalidad constitucionalmente legítima. Y ningún fin semejante justifica eliminar por completo del procedimiento administrativo sancionador esta garantía constitucional de objetividad.