

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
PLENO
Sentencia núm. 1.376/2021

Fecha de sentencia: 25/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8158/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.10

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

Transcrito por:

Nota:

Resumen

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. DERECHO AL REEXAMEN DE LAS SENTENCIAS SOBRE CONFIRMACIÓN DE RESOLUCIONES SANCIONADORAS. Asunto Saquetti. Sistema de recursos. El recurso de casación cumple la exigencia del reexamen. Doctrina del Tribunal. PLENO.

R. CASACION núm.: 8158/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
PLENO
Sentencia núm. 1376/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Eduardo Espín Templado

D. Rafael Fernández Valverde

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Antonio Montero Fernández

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D^a. Inés Huerta Garicano

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Ángel Ramón Arozamena Laso
D. Rafael Toledano Cantero
D. Dimitry Berberoff Ayuda
D. Isaac Merino Jara
D^a. Ángeles Huet De Sande
D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 25 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación número 8158/2020 interpuesto por «ASSURANCE FORENINGEN SKULD», representada por la procuradora D.^a Virginia Lobo Ruiz y defendida por el letrado D. José Antonio Domínguez Castro contra la sentencia núm. 714/20, de 19 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el Procedimiento Ordinario 209/18, relativa a sanción por tres infracciones graves previstas en los artículos 307.4.a), 307.4.c) y 307.2.b) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por la Sra. Abogada del Estado D.^a M. Pilar Cancér Minchet.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia nº 714/20, de 19 de octubre, desestimatoria del P.O. nº 209/18, deducido por la representación procesal de «ASSURANCE FORENINGEN SKULD», contra la resolución sancionadora -24 de mayo de 2017, confirmada en alzada por otra de 12 de diciembre de 2018-

de la Dirección General de la Marina Mercante, por tres infracciones graves previstas en los artículos 307.4.a), 307.4.c) y 307.2.b) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante [TRLPEMM].

La «ratio decidendi» del fallo desestimatorio se encuentra, en sus fundamentos de derecho octavo y noveno, donde, en esencia, la Sala concluyó, revisando la valoración fáctica de la resolución impugnada y las pruebas de cargo obrantes en el expediente administrativo, que existía una prueba de cargo válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en relación al hecho de que el vertido contaminante procedía del buque RHL Flensburg, y, que, en relación con la infracción prevista en el artículo 307.4.a) TRLPEMM, la Administración había respetado los límites impuestos por el artículo 312 del mismo texto -concretamente, en el 312.2.d)- para la cuantificación de la sanción, habiendo justificado sobradamente la imposición de una multa de 250.000 euros, pues teniendo previsto este tipo de infracciones (por contaminación del medio marino) una multa de hasta 601.000 euros, se había impuesto la sanción dentro del tramo mínimo de su grado medio, habiéndose tenido en cuenta tanto lo que pudiera perjudicar al interesado -como negligencia bastante en la descarga al mar y en sus características- como lo que le pudiera beneficiar -falta de determinación de la cuantía de los daños-, habiendo seguido, por tanto, un criterio razonable habida cuenta las circunstancias del hecho y del infractor.

SEGUNDO. El recurso de casación promovido por la parte.-

La representación procesal de «ASSURANCE FORENINGEN SKULD» anunció recurso de casación, presentando escrito en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó como normas y jurisprudencia infringidas: el artículo 24.2 de la Constitución -presunción de inocencia-, y el artículo 24 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020 en el asunto Saquetti

Iglesias c. España (Demanda nº 50514/13) sobre exigibilidad de una segunda instancia en materia de sanciones administrativas graves.

Se ha efectuado de forma suficiente el preceptivo juicio de relevancia - tomando en consideración, como alega la recurrente, que la aducida vulneración del derecho a la segunda instancia únicamente pudo materializarse en el momento en que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la sanción, pues hasta entonces era meramente hipotética- y justificado que las normas consideradas infringidas forman parte del Derecho estatal o de la Unión Europea, invocando, como supuestos de interés casacional objetivo, los previstos en el artículo 88.3.a), 88.2.c) y «numerus apertus» del art. 88.2 LJCA.

TERCERO. Admisión del recurso.-

Mediante auto de 16 de diciembre de 2020, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 18 de marzo de 2021, acordando:

<<1º) Admitir el recurso de casación nº 8158/20 preparado por la representación procesal de «ASSURANCE FORENINGEN SKULD» contra la sentencia –nº 714/20, de 19 de octubre- de Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del P.O. nº 209/18.

2º) Precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar la eventual incidencia de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti Iglesias c. España (Demanda nº 50514/13) -sobre la exigencia de una doble instancia de revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas graves- en el vigente sistema de recursos contencioso-administrativos, cuando, como aquí acaece y en aplicación de los artículos 307.4.a) y 312 TRLPEMM en relación con los artículos 10.1.m) y 86.1 LJCA,

corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer en única instancia.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, el artículo 24 de la Constitución y el artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tomando en consideración la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020 en el asunto Saquetti Iglesias c. España (Demanda nº 50514/13), puestos en relación con los artículos 307.4.a) y 312 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en conexión con los artículos 10.1.m), 86.1 y 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal «ASSURANCE FORENINGEN SKULD» con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico: <<que teniendo por presentado este escrito, junto con sus copias, tenga por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia nº 714/2020 de 19 de octubre de 2020, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (procedimiento ordinario 209/2018), lo estime y anule dicha Sentencia dictando otra en su lugar por la que se estime el recurso en los términos interesados en la demanda. >>

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la Abogacía del Estado presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: <<que teniendo por presentado este escrito y sus copias, admita este escrito mediante el que se OPONE al recurso de casación de contrario, y lo desestime, fijando la doctrina que proponemos en nuestro fundamento III.>>

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 13 de julio de 2021, dejándose sin efecto por providencia de 2 de julio de 2021.

SEXTO.- En providencia de 26 de julio de 2021, dada la trascendencia de la cuestión a resolver en el presente recurso, se acordó someter a la consideración del Excmo. Sr. Presidente de esta Sala si la misma había de ser votada y fallada por el Pleno de la Sala, y conforme a dicha propuesta, en cumplimiento del Acuerdo de dicha Presidencia de 1 de septiembre de 2021, se remiten las actuaciones al Pleno de la Sala.

Recibidas las actuaciones, por providencia de 6 de octubre de 2021, se señaló para la votación y fallo los días dos, tres y cuatro de noviembre de 2021, fechas en que tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentos.

1. Objeto del recurso. Se interpone el presente recurso de casación 8158/2020, por la mercantil «ASSURANCE FORENINGEN SKULD (GJENSIDIG)», contra la sentencia 714/2020, de 19 de octubre, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo 209/2018, que había sido promovido por la mencionada aseguradora, contra la resolución de la Dirección General de la Marina Mercante, del Ministerio de Fomento, de 12 de diciembre de 2018, que, desestimando el recurso de alzada, confirmó una resolución anterior, por la que se imponía una sanción de multa en cuantía de 250.000 €, así como la obligación de pago de los gastos

derivados de la limpieza por la contaminación de las aguas del mar territorial bajo jurisdicción española, producidas desde el buque «RHL FLENSBURG», por la comisión de una infracción grave de tráfico marítimo y marina mercante, referida a la prevención de la contaminación del medio marino. Dichas obligaciones pecuniarias se imponían, con carácter solidario, a la sociedad recurrente, en su condición de aseguradora del buque; a la mercantil «RHL HAMBURGER LLOYD TANKER GMBH & CO KG», en su condición de naviera titular de la actividad mercante del buque; a la también mercantil «SHIFFARHTSGESELLSHAFT WAPPEN VON FLENSBURG MBH & CO KG», como propietaria del buque; y a Don Oleg Bakovets, en su condición de capitán del buque al momento de los hechos sancionados. En segundo lugar, se imponía a «RHL HAMBURGER LLOYD TANKER GMBH & CO KG», como empresa naviera y subsidiariamente a Don Oleg Bakovets, como capitán, una sanción de multa por importe de 10.000 €, y una tercera sanción por importe de 2000 € al mencionado capitán, por sendas infracciones de la misma naturaleza.

2. La sentencia recurrida. La sentencia de instancia, desestimó el recurso y confirmó la resolución impugnada.

Los razonamientos en que se funda dicho pronunciamiento se contienen, en lo que trasciende al presente recurso de casación, en los fundamentos de derecho sexto a décimo, en los que se declara:

«[...] En relación con los motivos de impugnación relativos a la introducción de pruebas, hechos y argumentos nuevos en la resolución sancionadora respecto a los determinados durante la instrucción del procedimiento y a la falta de separación debida entre la fase instructora y la fase sancionadora y en relación a los cuales no ha podido ejercer el derecho de defensa.

«En concreto, sus alegaciones se centran en el contenido de las págs. 12 a 14 de la resolución sancionadora, que califica de contra-pericial, y en las cuales la Administración habría procedido a "realizar una serie de alegaciones

y razonamientos técnicos nuevos y distintos de los que sustentaban la propuesta de resolución, incorporando al cuerpo de la resolución una suerte de contra-pericial que debería haber sido sometido a contradicción, dando de nuevo audiencia a esta parte al objeto de permitirle contrastar el rigor técnico de los razonamientos vertidos y presentar la pertinente defensa" -pág. 58/85 del escrito de ampliación de demanda-.

«En cuanto a la introducción de elementos probatorios nuevos, la crítica de la parte recurrente se centra en los siguientes puntos: (i) la proyección de una imagen SLAR que obra en el expediente sobre un sistema de información geográfica -mancha amarilla- de un modo georreferenciado; (ii) la utilización de una animación gráfica procedente de una página web; y (iii) la utilización de documentos no obrantes en el expediente como son la "Guía operacional CEDRE sobre observación aérea de contaminación" o la "Publicación 6 del Instituto Hidrográfico de la Marina" -pág. 59 y ss. del escrito de ampliación de demanda-.

«La Administración demandada, en la resolución del recurso de alzada, desestima la existencia de tales infracciones sobre la base de los siguientes razonamientos:

"En el supuesto examinado, resulta claro que las informaciones incorporadas en la resolución impugnada no constituyen ninguna actividad probatoria adicional, sino la ordenación y estructuración de los documentos probatorios ya existentes en el expediente a fin de obtener la información necesaria y aclarar la información disponible para resolver el procedimiento de la mejor manera posible, por lo que, materialmente no cabría encuadrarlas entre los actos que constituyen las actuaciones complementarias, puesto que la documentación ya existía en el seno del expediente..." -págs. 7-8 de la resolución del recurso de alzada-.

«"([R]respecto a los datos del sensor FLIR en base a los estudios de CEDRE) no se trata de una prueba concreta, ni nueva, sino un argumento para interpretar las imágenes recogidas por el medio aéreo, con el objeto de

rebatir las alegaciones vertidas que ponían en duda la validez de las imágenes recogidas por el FLIR, así como la acreditación del movimiento de la mancha contaminante, con viento y corriente" -pág. 8 de la resolución del recurso de alzada-

«"([R]respecto a la publicación del Instituto Hidrográfico de la Marina) dado que dicho derrotero es una publicación oficial que ha sido consultada para sostener la argumentación de la Dirección General pero que no forma parte del expediente, al igual que, a modo de ejemplo, la cita de una sentencia judicial en una resolución no implica que dicha sentencia forme parte del expediente" -pág. 8 de la resolución del recurso de alzada-

«"([R]respecto a las imágenes) estas afirmaciones no se corresponden con la realidad. En la página número 13 del informe final de SASEMAR, de 30 de abril de 2016, se observa una imagen SLAR que muestra la posición de la mancha, imagen obtenida entre las 18:24:45 y las 18:31:53 horas UTC. Pues bien, lo que ha realizado la Dirección General de la Marina Mercante ha sido, partiendo del polígono de la imagen SLAR, reflejarla a través de un sistema de información geográfica (mancha amarilla), de un modo georreferenciado, tal como se plasma en las páginas 13 y 14 de la resolución impugnada.

«En la página número 8 del Anexo III de las aclaraciones de 27 de marzo de 2017 de SASEMAR se observa una imagen SLAR que muestra la posición de la mancha, imagen obtenida entre las 19:04:36 y las 19:09:53 horas UTC. También en este caso lo que ha realizado la Dirección General de la Marina Mercante ha sido, partiendo del polígono de la imagen SLAR, reflejarla a través de un sistema de información geográfica (mancha marrón), de un modo georreferenciado, y plasmado en la página 13 de la resolución impugnada.

«Al igual que ha ocurrido con la imagen de la página número 6 del Anexo III de las aclaraciones de 27 de marzo de 2017 de SASEMAR: se trata de otra imagen SLAR que muestra la posición de la mancha entre las 19:47:52 y las 19:50:33 horas UTC, sobre la que, posteriormente la Dirección

General reflejó mediante la fotografía georreferenciada en la página 14 de la resolución (mancha roja).

«Pero insistimos, dichos datos no son nuevos, sino que estaban en posesión de los ahora recurrentes, en el informe de SASEMAR y las posteriores aclaraciones al mismo. Simplemente se ha efectuado una reelaboración de dichos datos para presentar la información proporcionada por los mismos de forma más simplificada, más clara y comprensible" -págs. 8-9 de la resolución del recurso de alzada-.

«"(respecto a la animación gráfica procedente de una página web), ha de ponerse de manifiesto que dicha página no forma parte del expediente, sino que ha sido consultada, a fin de aclarar y rebatir las alegaciones efectuadas por los expedientados en cuanto a la dirección de la corriente predominante en esa zona, y que tal información se puede consultar en dicha página, además de en otras páginas especializadas y que llevarían a la misma conclusión irrefutable en cuanto al sentido de la corriente" -pág. 9 de la resolución del recurso de alzada-.

«"En conclusión, todos los datos expuestos anteriormente no son pruebas de cargo, sino informaciones que dan verosimilitud al relato del desplazamiento de la mancha generada por el buque en un lapso de tiempo.

«Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, en ningún momento se ha vulnerado el derecho de audiencia que asiste a los interesados, dado que las informaciones y datos contenidos en la resolución, no son resultado de actuación complementaria alguna, sino de una valoración de las pruebas que ya se encontraban en el expediente, y que constaban en poder de la parte ahora recurrente" -pág. 9 resolución del recurso de alzada-.

«La parte recurrente considera, en primer lugar, que la Administración ha omitido el trámite de actuaciones complementarias previsto en el art. 20.1 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

(aplicable ratione temporis) y que le ha privado del trámite de audiencia tras la realización de las mismas.

«El precepto citado como infringido dispone en su primer párrafo que "antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento".

«A juicio de la Sala, ninguno de los aspectos de la resolución cuestionados por la parte recurrente vienen referidos a aspectos indispensables para resolver el procedimiento. Por tanto, tampoco resultaba preciso que la Administración acudiera al trámite procedimental que la parte recurrente estima infringido.

«Se trata, en todos los casos, de la valoración de los datos obrantes en el expediente a fin de dar respuesta a las alegaciones formuladas por la parte recurrente en sus alegaciones a la propuesta de resolución.

«Se observa en la sistemática de la resolución impugnada, en lo que aquí interesa, una nítida separación entre los hechos probados -tal y como se recogen en los antecedentes de hecho, folios nº 835-837 del expediente administrativo-, la calificación jurídica -fundamentos de derecho I a IV, folios nº 837-838 del expediente administrativo-, la prueba de cargo -fundamento de derecho V, folios nº 838 a 840 del expediente administrativo-, la valoración fáctica -fundamento de derecho VII, folios nº 840 a 844 del expediente administrativo- y la respuesta a las alegaciones de los interesados formuladas a lo largo del procedimiento sancionador - fundamentos de derecho VIII y IX, folios nº 844 a 852 del expediente administrativo-.

«Las cuestiones a que alude la recurrente están incardinadas en el fundamentos de derecho VIII de la resolución sancionadora, esto es, en la respuesta que la Administración proporciona a las diferentes cuestiones planteadas por los interesados.

«Que para ello se recurra a fuentes públicas o a recursos igualmente accesibles al público -como en el caso de CEDRE o del Instituto Hidrográfico de la Marina- o que se trate esa información a través de un programa informático para su mejor exposición y análisis -como en el caso de las imágenes SLAR o en el de la animación gráfica- son circunstancias que no desvirtúan la anterior conclusión.

«Lo importante es que los hechos a valorar son los que se han determinado en el curso del procedimiento, que las pruebas de cargo están perfectamente identificadas en la resolución sancionadora y no han sufrido modificación alguna, que la parte recurrente ha tenido pleno conocimiento de todos esos hechos y de todas esas pruebas de cargo y que ha podido articular frente a los mismos todos los medios de defensa que ha tenido por conveniente, como de hecho ha ocurrido durante la tramitación del procedimiento sancionador. No cabe, en tal sentido, hablar de ningún género de indefensión, debiendo recordar en consecuencia la reiterada doctrina jurisprudencial a este respecto.

«En cuanto a la segunda infracción alegada, la exigencia de separación entre las fases instructora y sancionadora, la parte recurrente viene a sostener que la resolución, al incluir tales pruebas, hechos y argumentos nuevos en su fundamentación, ha traspasado ese límite.

«Es evidente, y no se discute, que formalmente esa separación ha existido pues la instrucción y la decisión del procedimiento se han realizado por órganos distintos.

«Lo que la parte recurrente viene pues a defender es que materialmente se ha incumplido esa exigencia de separación entre ambas fases, al asumir el órgano decisor funciones instructoras.

«La respuesta a esta cuestión viene naturalmente predeterminada por lo que acabamos de decir: la Administración, en su resolución, no ha introducido hechos distintos de los determinados en el curso del

procedimiento. Que el órgano decisor haya recurrido a fuentes de información públicas o al tratamiento informático de esos datos para interpretarlos y exponerlos de la mejor forma, en orden a contestar a las alegaciones del recurrente a la propuesta de resolución, no transforma su actuación en instructora.

«No apreciamos, en consecuencia, que se haya infringido el art. 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992), aplicable ratione temporis.

«En ninguno de estos aspectos, por tanto, el recurso merece favorable acogida.

«[...] Sobre el motivo de impugnación relativo a la aceptación por la resolución de hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento.

«La parte recurrente considera que la Administración ha infringido el art. 138.2 de la Ley 30/1992, que establece: " 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".

«En concreto, la parte recurrente estima que se ha consumado tal infracción con la siguiente actuación: " se viene a decir en la Resolución que las posiciones de la mancha recogidas en el acuerdo de iniciación y en la propuesta de resolución no se corresponden con las de las 17:10 horas UTC sino que son de un momento posterior, al parecer se corresponden con las 18:30 UTC, hora de detección de la mancha, para con ello intentar justificar la razón por la que la mancha y el buque no coinciden" -pág. 30 del escrito de ampliación de demanda-.

«En este punto, debemos partir de la siguiente constatación: en cuanto a las posiciones de la mancha y del buque, los hechos incluidos en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador -folio nº 310 del expediente administrativo-, en la propuesta de resolución -folios nº 580-581 del expediente administrativo- y en la resolución final -folios nº 845 a 848 del expediente administrativo- son coincidentes.

«Se explica suficientemente en el folio nº 845 del expediente administrativo:

«"Acerca de la alegación segunda de 24 de abril de 2017, sobre las circunstancias en que se produce el avistamiento, en primer lugar se aduce que el punto de inicio de la mancha no es coincidente con la situación del buque a las 17:10 horas UTC, todo ello sobre la base del informe pericial aportado conjuntamente con las citadas alegaciones como documento nº 1 - en adelante, informe pericial ANDONI ORTIZ-. Desde luego, se reconoce por esta Dirección General que las posiciones obtenidas por el Sistema de identificación automática (sistema AIS) del buque son exactas puesto que la propia Administración las proporcionó a los expedientados; sin embargo, no se asume que la posición del extremo de la mancha más cercana a la costa, esto es, la situación que demora al 246º a 1,2 millas del Islote de Escombreras deba corresponderse con la situación del buque a las 17:10 horas UTC -hora de inicio de la descarga obtenida de la simulación o estudio Oilmap-AIS que se contiene en la página 15 del informe final de SASEMAR-, puesto que la misma se obtiene de polígono obtenido de la imagen SLAR de la página 13 del informe final de SASEMAR, que como se citó en el Fundamento de Derecho anterior de esta Resolución se obtuvo en el sobrevuelo longitudinal entre las 18:24:45 y las 18:31:53 horas UTC. Quiere ello decir, que la mancha representada por la imagen SLAR, en concreto, el principio de la descarga, se corresponde aproximadamente con un instante de registro cercano a las 18:30 horas, 1 hora y 20 minutos después del tránsito del buque por la zona, por lo que la mancha se ha visto sometida a las condiciones ambientales, como son el viento y la corriente, de modo que es lógico que difiera de la posición del buque a las 17:10 horas UTC".

«A lo que debemos añadir las aclaraciones ofrecidas en el acto de la vista por doña Berta Blanco Meruelo, autora del informe aportado por la Administración con su escrito de contestación (minutos 2:242:46 y siguientes de la grabación de la vista).

«Por destacar algunos puntos de sus aclaraciones señalaremos las ofrecidas por doña Berta al minuto 2.42:46 y siguientes al ser interrogada por el backtracking: "este es un modelo de deriva con el que se hace un backtrack de dónde ha podido proceder esa mancha. Hace una reconstrucción hacia atrás. Pero determinar con exactitud, no. Es un modelo, una predicción, te sirve para aproximadamente determinar dónde puede haber comenzado la descarga. El backtracking no sé qué margen de error puede tener el oilmap porque no soy una experta en modelos de deriva a la hora de hacer el backtracking pero es una predicción aproximada que no requiere una gran precisión porque el objetivo es determinar el momento aproximado en que se comenzó la descarga".

«Y a los minutos 2:50:06 y siguientes: " es un modelo de predicción. No podemos confundir como cuando usamos el SLAR que de ahí sacas la hora exacta con latitud y longitud. Esto es un modelo de predicción. Una cosa es los datos que podemos extraer y que están georreferenciados y nos dan una hora exacta con latitud y longitud y esto es un modelo de predicción. Es todo una aproximación. No puedes llevarlo a 200 metros exacto. Es igual que el GPS que tiene un error. Pero esto con más error. Comienza a las 17:10 horas como consecuencia del backtracking analysis. Si es un dato que viene de una predicción no se puede tomar con la precisión exacta como cuando coges posición georreferenciada de hora latitud y longitud. Creo que dice "en el backtracking realizado se..." Estos datos vienen de un backtracking. No se pueden considerar al pie de la letra. Es como el sensor IR, detecta espesores relativos. Por eso he insistido. No puedes decir "esto es exacto". Eso está mal".

«Las razones ofrecidas por la resolución impugnada y las aclaraciones de doña Berta Blanco Meruelo se corresponden, a su vez, con los datos obrantes en el informe final de detección de contaminación -folios n 118 a 134 del expediente administrativo-.

«Por tanto, no puede compartirse la tesis de la recurrente de que se hayan modificado sustancialmente los hechos en cuanto a la posición de la mancha y del buque.

«No pueden confundirse, en tal sentido, las horas y posiciones en que (i) se encontraban el buque y la mancha al comienzo de la descarga ilegal según el backtracking realizado para determinar aproximadamente de dónde ha podido proceder la mancha, (ii) se encontraban el buque y la mancha cuando se toman las imágenes que van a servir de base para realizar ese backtracking o reconstrucción hacia atrás.

«En relación a este punto (ii), por lo que se refiere a la posición de la mancha situada al comienzo de la descarga ilegal, tiene pleno sentido la valoración expresada en la resolución impugnada en cuanto a " que la mancha representada por la imagen SLAR, en concreto, el principio de la descarga, se corresponde aproximadamente con un instante de registro cercano a las 18:30 horas, 1 hora y 20 minutos después del tránsito del buque por la zona, por lo que la mancha se ha visto sometida a las condiciones ambientales, como son el viento y la corriente, de modo que es lógico que difiera de la posición del buque a las 17:10 horas UTC.

«En consecuencia, debemos rechazar este motivo de impugnación.

«[...] Sobre los motivos de impugnación relativos a que el vertido no procede del buque RHL Flensburg y a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

«Al respecto hemos de partir de un dato esencial: la recurrente no cuestiona la realidad de un vertido contaminante. Así, por ejemplo, en el

escrito de ampliación de demanda afirma: " El buque RHL Flensburg no es responsable de la mancha contaminante. Tuvo el infortunio de pasar por ahí, de estar en el momento equivocado en el lugar equivocado, pero nada más" - pág. 67/85-.

«Decimos esto porque el perito don Antonio Ortiz Capetillo, propuesto a instancia de la recurrente, llegó incluso a negar que el vertido detectado fuera contaminante. Así, al minuto 53:45 y siguientes de la grabación de la vista, por ejemplo, manifestó que "pongo en cuestión que exista vertido ilegal porque se basa solamente en lo que detectan los sensores y no son determinantes para decidir si es o no".

«Afirmaciones que no se compadecen ni con la propia posición de la parte que ha propuesto su pericial ni con lo actuado en el procedimiento sancionador. Así, la calificación de vertido contaminante no se alcanza solo a partir de las imágenes de los sensores sino del conjunto del material probatorio de cargo, del que forma parte también la toma de muestras en el mar y su análisis, como se refleja en el informe final de detección de contaminación -folios n 118 a 134 del expediente administrativo-. Así también vino a reconocerlo el otro perito propuesto por la recurrente, don José Ángel Elorriaga Garmendia, que afirmó al minuto 1:43:00 y siguientes de la grabación de la vista que existía mancha contaminante y que la estela mostrada por la imagen SLAR no podía corresponderse con la estela normal del buque en su experiencia como marino.

«Pues bien, a partir de esta premisa básica y esencial, la Administración sostiene que el vertido contaminante procede del buque RHL Flensburg tomando en consideración todo el conjunto de pruebas de cargo que obra en el expediente administrativo y que la resolución impugnada detalla en el fundamento de derecho V -folios nº 838 a 840 del expediente administrativo- y valora en el fundamento de derecho VII -folios nº 840 a 844 del expediente administrativo-.

«La Sala, revisando la valoración fáctica de la resolución impugnada y las pruebas de cargo obrantes en el expediente administrativo, concluye que existe prueba de cargo válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la parte recurrente en relación al hecho de que el vertido contaminante en cuestión procedía del buque RHL Flensburg.

«Alcanzamos esta conclusión por cuanto, en primer lugar, se ha acreditado sobradamente en el expediente administrativo que el vertido procedía del buque RHL Flensburg.

«Destacamos, en este punto y al igual que la resolución administrativa impugnada, el valor probatorio del informe final de detección de contaminación -folios n 118 a 134 del expediente administrativo-.

«Informe en el que, tras valorar el material probatorio obrante en las actuaciones, se concluye lo siguiente a los folios nº 133 y 134 del expediente administrativo:

«"1. Los operadores de la aeronave A/S Sasemar 101 confirman la detección de una descarga el 30 de Abril del 2016 a 18:10 UTC conectada a la popa del buque RHL FLENSBURG, apreciando que en la proa del buque no existe ningún tipo de descarga.

«2. Conforme al apartado de % de hidrocarburos del Código de Apariencia del Acuerdo de Bonn, la tripulación de la aeronave cataloga la descarga como una contaminación del 100% de grado 1. Esta información es corroborada por las fotografías tomadas durante el vuelo.

«3. El buque es identificado por la señal AIS recibida a bordo de la aeronave A/S Sasemar 101 y se confirma su identidad por interrogatorio posterior de los operadores de consola.

«4. La descarga reportada por la aeronave es detectada por los siguientes sensores: SLAR e IR.

«5. La superficie contaminada de acuerdo con el polígono efectuado en el sensor SLAR es de 6,69 km². El extremo de la mancha más cercano a costa demora al 2462 de Escombreras a 1,2 millas y el extremo más alejado, en el cual se encuentra el buque conectado, al 2052 desde Cabo Tiñoso a una distancia de 12,2 millas náuticas, como se aprecia en las siguientes imágenes georreferenciadas.

«6. Durante la comunicación establecida con el buque a las 18:45 UTC, éste indica que actualmente transporta FAME y que su última carga fue GAS OIL. Niega que este efectuando descarga alguna. Puerto de destino, ALGECIRAS.

«7. Las conclusiones de este informe se completarán con los resultados del análisis de las muestras tomadas en la mar por la embarcación SALVAMAR MIMOSA".

«En segundo lugar, que la prueba de cargo obrante en las actuaciones deriva de contexto muy determinado:

«-Se trata de una detección in fraganti -como se constata en el formulario de detección suscrito por la tripulación de la aeronave, folios nº 120 a 121 del expediente administrativo, y como aclaró doña Berta Blanco Meruelo al minuto 2:30:30 y siguientes de la grabación de la vista-.

«Circunstancia que desvirtúa gran parte de las alegaciones de descargo de la parte recurrente pues no se trata de que la aeronave detectara una mancha presuntamente contaminante en el mar y tratara de conectarla a algunos de los barcos que pasaran por la zona. O que se tomara una imagen puntual de la mancha y del buque y que casualmente coincidieran en sus posiciones. Al contrario, se produjo la detección y el seguimiento de la mancha y del buque durante el intervalo de una hora aproximadamente y las pruebas tomadas durante todo ese seguimiento permitieron constatar que

solo podía proceder de un buque, que era el que la había generado y la estaba generando hasta que finalizó la descarga.

«Lo anterior se explicó clarificadoramente en el acto de la vista por doña Berta Blanco Meruelo: "no hay contaminación a proa del buque Flensburg. De hecho en el intervalo de una hora, en cuatro instantes distintos y por diferentes medios se puede ver al buque con la proa limpia. En un primer instante con la detección visual y la toma de fotografías el buque tiene la proa limpia. Posteriormente en la pasada SLAR, la proa seguía limpia y la estela seguía contaminando. Posteriormente las comunicaciones y la grabación la proa seguía limpia y seguía con la estela a popa. Posteriormente se la pasa la imagen IR y se ve nuevamente al barco con la proa limpia y la estela contaminante detrás. Durante una hora, en cuatro situaciones distintas, el buque sigue en navegación con la proa limpia y una mancha en su popa. Durante más de una hora el buque sigue descargando ilícitamente la detección fue a las 18:10 horas y la última pasada del IR terminó a las 19:00. (Interrogada sobre si pudo ser casualidad:) Igual una vez puede pasar. Es muy difícil pero puede pasar pero cuatro veces me parece muy difícil. Fuera de eso es que no había nada en la proa. Estaba limpia y la mancha no estaba cortada, estaba continua. Si hubiera pasado otro barco estaría cortada en algún momento pero aun poniéndonos en el peor de los casos, que se diera esta situación, que me parece muy difícil que haya pasado un barco y después aparezca por ciencia infusa el buque en cuestión, que no deja de ser un buque y va en navegación, es que hay cuatro situaciones en que sigue apareciendo la proa limpia y la mancha en la popa, con lo cual muy difícil" - minuto 2:22:32 y siguientes de la grabación de la vista-.

«-La detección in fraganti resulta de una mancha producida en el mismo momento de la detección y no de una mancha antigua. Así resulta de las mismas pruebas valoradas en el punto anterior. Y de nuevo resultan de interés las aclaraciones de doña Berta Blanco Meruelo al minuto 2:17:50 y siguientes de la grabación de la vista: "el objetivo de este vuelo longitudinal con el infrarrojo es que se vea cómo es la continuidad de esa mancha, que es fresca, que no se ha separado ni desintegrado". Y acerca de si es plausible la

tesis de que el RHL Flensburg atravesara una mancha preexistente, al minuto 2:26:40 y siguientes, "(en tal caso) hubiese aparecido la mancha fraccionada. Como una bañera con espuma y pasas la mano por encima y dejas un río blanco que ves el agua, lo mismo. Hubiese dejado su estela limpia. Eso no se observa ni en la imagen visual, ni en las observaciones de los operadores de consola, ni el comandante ni el informe del Centro, ni en la imagen SLAR que se ve que es una mancha toda sin fracciones. Mi conclusión es que el barco estaba realizando una descarga de hidrocarburos conforme a lo que ha recogido el avión y el resultado de las muestras".

«Aclaraciones y pruebas que, a nuestro juicio, desvirtúan la tesis sostenida por la recurrente a este respecto con apoyo en los informes periciales aportados y que no permiten explicar satisfactoriamente el material probatorio obrante en las actuaciones.

«- Por otra parte, no se trata de una detección efectuada de cualquier forma y por cualquier agente. Lo actuado revela que se trata de una detección in fraganti realizada por la aeronave y el personal cualificado que tiene encomendada tal misión. La aeronave está provista de los sensores que permiten la identificación de una mancha supuestamente contaminante. Toda su actuación se guía a través de un procedimiento altamente protocolizado. Ese procedimiento incluye con la toma de muestras en el mar para comprobar que efectivamente lo detectado por los sensores y por la tripulación de la aeronave se corresponde con una mancha contaminante. Y toda la información generada por dicha actuación consta en el expediente y se sintetizan sus resultados en un informe final de detección de contaminación, que es al que nos hemos referido constantemente.

«- Finalmente, a este respecto, destacar el valor de la imagen tomada por el sensor SLAR que obra en las actuaciones y las aclaraciones vertidas sobre la misma por doña Berta Blanco Meruelo, que son especialmente significativas y reveladoras de las circunstancias que estamos valorando en cuanto a la autoría del vertido -folio nº 130 del expediente administrativo, archivo RHL FLENSBURG\Documentación carpeta SIGO\1 DOCUMENTOS

OBRANTES EN EXPEDIENTE INFORME DETECCION FF-1604301-VC101\SENSOR SLAR FLENSBURG en soporte digital unido al volumen 2 del expediente administrativo y minutos 2:03:06 a 2:09:30 de la grabación de vista-.

«En tal sentido debemos contextualizar toda la información obrante en el expediente.

«A partir de lo anterior cobran pleno sentido el informe aportado por la Administración junto con su contestación, elaborado por doña Berta Blanco Meruelo, y las aclaraciones emitidas por la misma en el acto de la vista.

«Informe y aclaraciones que, a juicio de la Sala, explican razonada y razonablemente cómo las pruebas de cargo obrantes en el expediente justifican la conclusión acerca de la autoría por el buque en cuestión del vertido contaminante y cómo no desvirtúan tal conclusión las pruebas de descargo aportadas por la recurrente, en especial los informes periciales de parte.

«El citado informe de doña Berta Blanco Meruelo concluye en la pág. 21/24:

«" la descarga detectada in fraganti por la unidad aérea S101 el día 30 de abril de 2016 se constata en base a todo lo argumentado en la documentación del caso y los documentos aportados que se trata de una descarga ilícita de un buque en navegación. Ver ilustración 2.

«Así mismo conforme a lo expuesto en las páginas 13 y 14 de la resolución sancionadora del Director General de la Marina Mercante, queda demostrado que la mancha en el intervalo desde el primer registro de la mancha contaminada hasta el último registro de dicha mancha por la unidad aérea, intervalo de dos horas y cuarenta minutos, la mancha se ha desplazado hacia el sureste alejándose de la costa. Ver ilustración 10".

«Pues bien, a partir de todo lo expuesto, existen seis pruebas o elementos de descargo fundamentales en que se centra la argumentación de la recurrente: (i) el informe pericial de don Andoni Ortiz Capetillo; (ii) el informe de don José Ángel Elorriaga Garmendia; (iii) el resultado de los análisis comparativos entre las muestras tomadas en el mar por la SALVAMAR MIMOSA y las muestras tomadas al buque en el curso de la inspección a que se le sometió en Algeciras; (iv) el resultado de esta misma inspección; (v) la naturaleza desconocida de la mancha para los operadores de SASEMAR; y (vi) la falta de lógica en la actuación del buque RHL Flensburg para realizar un vertido contaminante en las circunstancias en que se produjo.

«Los analizaremos a continuación:

«(i) El informe de don Andoni Ortiz Capetillo está desvirtuado, a nuestro juicio, por el contenido del informe de doña Berta Blanco Meruelo -págs. 15/24 y 16/24 de su informe- y en sus aclaraciones en el acto de la vista, en especial a los minutos 2:14:14 y siguientes de la grabación de la vista.

«Destacaremos en este punto que, en torno a la controversia fundamental acerca de si la posición reflejada en las imágenes obtenidas por los sensores se refiere al buque o a la aeronave, nos parecen más convincentes las razones de la Sra. Blanco Meruelo -muestra la posición de la aeronave- que las del perito de la parte recurrente -muestra la posición de la imagen obtenida por los sensores-.

«En nuestra opinión, la tesis de la Sra. Blanco Meruelo permite explicar los datos obrantes en el expediente administrativo. La tesis del Sr. Ortiz Capetillo, no.

«Nos remitimos en este punto al razonamiento expresado anteriormente en torno al contexto en que se produce la detección.

«La tesis del Sr. Ortiz Capetillo en su informe y en su anexo le permite sostener que el buque RHL Flensburg no pudo ser el causante del vertido,

entre otras razones, al no coincidir sus respectivas posiciones (ni en su origen, ni en su final, ni en la derrota del buque) o que las muestras fueron tomadas fuera de la zona contaminada por el vertido.

«Ya hemos señalado el contexto y las circunstancias que se produce la detección.

«Esta explicación del Sr. Ortiz Capetillo no permite explicar tal contexto y tales circunstancias y ello solo le resulta posible tomando como premisa que la información proporcionada por las imágenes de los sensores se refiere a la mancha y no a la aeronave.

«En cambio, la explicación de la Sra. Blanco Meruelo sí logra dar cuenta de todo el material probatorio obrante en las actuaciones. Así, por ejemplo, en cuanto a la posición en que se tomaron las muestras, son absolutamente reveladoras y convincentes las aclaraciones de esta última a los minutos 2:28:20 y siguientes de la grabación de la vista.

«Cuando decimos que está desvirtuado es que está desvirtuado de un modo total por lo que tampoco analizaremos de modo individualizado cada una de las premisas en que se apoya su autor para alcanzar sus conclusiones.

«(ii) El informe de don José Ángel Elorriaga Garmendia está desvirtuado, a nuestro juicio, por el contenido del informe de doña Berta Blanco Meruelo -págs. 15/24 y 16/24 de su informe- y en sus aclaraciones en el acto de la vista, en especial a los minutos 2:29:01 y siguientes de la grabación de la vista, en cuanto a la diferencia de comportamiento de una marea negra y una descarga ilegal.

«Como en el caso anterior, cuando decimos que está desvirtuado es que está desvirtuado de un modo total por lo que tampoco analizaremos de modo individualizado cada una de las premisas en que se apoya su autor para alcanzar sus conclusiones.

«(iii) En relación al resultado de los análisis comparativos entre las muestras tomadas en el mar por la SALVAMAR MIMOSA y las muestras tomadas al buque en el curso de la inspección a que se le sometió en Algeciras, hemos de reiterar el criterio expresado en anteriores sentencias de esta Sala y Sección.

«Argumentación en que se basa la Administración para descartar la viabilidad de esta alegación de la recurrente -folio nº 881 del expediente administrativo-.

«Así, por ejemplo, en la sentencia de 31 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TSJM:2012:16367) afirmamos al respecto: " Por lo demás, resultaba innecesaria la realización de análisis comparativos entre las sustancias vertidas al mar y las halladas en el buque, al haber quedado demostrado por los datos recogidos por los sensores del avión SESAMAR 102 que la descarga provenía del Buque Gorgonilla, y que además no podía tratarse ni de aguas de refrigeración de los motores ni de aguas residuales por las razones que se explicitan en la resolución de 29 de marzo de 2009 recurrida (Fundamento de Derecho III, págs. 20, 21, 22, 23 y 24 del expediente administrativo) y en la Resolución de 2 de noviembre de 2011, (Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 5º), que damos por reproducidas".

«Y en la sentencia de 30 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:3739), que: "resultaba innecesaria la realización de análisis comparativos de las sustancias vertidas al mar, al haber quedado demostrado por los datos recogidos por los sensores del avión SESAMAR 102 que la descarga provenía del Buque".

«(iv) Respecto al resultado de la inspección a que fue sometido el buque en el puerto de Algeciras, sirven las mismas razones expresadas en el punto anterior. Se sanciona por un vertido ilegal procedente del buque RHL Flensburg que ha sido constatado en la forma que se refleja en las actuaciones por lo que el resultado de la inspección solo sería, en su caso, un

indicio que resulta, además, desvirtuado por todo ese conjunto probatorio acreditativo de la realidad y autoría de los hechos sancionados.

«(v) En cuanto a la naturaleza desconocida de la mancha para los operadores de SASEMAR, la Sala no estima que este dato tenga el valor que la parte recurrente le atribuye. De un lado, estaría en contradicción con toda la actuación desplegada por los mismos en orden a la constatación, por todos los medios a su disposición, de un vertido contaminante al mar, como se acredita en las actuaciones. De otro lado, las explicaciones ofrecidas por doña Berta Blanco Meruelo acerca de esta cuestión resultan también suficientemente esclarecedoras en cuanto a que no existe incongruencia alguna en tal extremo del expediente: " han rellenado el código de colores del Acuerdo de Bonn y este código solo se rellena cuando se detectan hidrocarburos. Si no hay hidrocarburo no tiene sentido rellenar el Acuerdo de Bonn, con lo cual han rellenado el acuerdo de Bonn y eso significa que han visto hidrocarburo, un grado 1 del 100%... no es incongruente, estamos hablando de un buque que es un quimiquero que no sabes qué carga puede llevar a bordo de productos químicos con lo cual, a efecto visual, lo único que pueden identificar es el hidrocarburo y lo pueden clasificar y dimensionar pero están viendo una mancha que no tienen la certeza de que solo sea hidrocarburo" -minuto 2:37:20 y siguientes de la grabación de la vista-.

«(vi) Por último, en cuanto a la falta de explicación razonable de la actuación del RHL Flensburg, aunque se admitiera tal tesis estaríamos en la misma situación a la que acabamos de referirnos: sería un indicio que resulta desvirtuado por todo ese conjunto probatorio acreditativo de la realidad y autoría de los hechos sancionados. Además resulta que en las actuaciones disponemos de al menos dos argumentos que sí avalan la lógica a que pudo obedecer la conducta sancionada y que desvirtúan la alegación de la recurrente.

«Así al folio nº 583 del expediente administrativo, propuesta de resolución, se indica que "s e puede aducir en contraposición que por ser una zona de gran tráfico cualquier descarga detectada podría pertenecer a

cualesquiera de los buques que transitan por la zona con rumbos muy semejantes, pudiendo ser indistinguible el buque realmente causante de aquélla".

«Por otra parte, doña Berta Blanco Meruelo expresó a la Sala su opinión personal acerca de por qué pudieron producirse estos hechos, minuto 3:16:50 y siguientes: "desde mi experiencia y mi lógica como marino se habían llevado gasoil y llevaba FAME, que es biodiesel, tendría el slop "petao" y necesita el slop para las operaciones de carga y descarga, para cebar la bomba, si lo tenía demasiado lleno y le podía contaminar la carga necesitaría limpiar el slop y cuánto antes porque tenía un intervalo muy poco de navegación pero eso son conjeturas mías a nivel personal" -minuto 3:16:50 y siguientes de la grabación de la vista-.

«En último lugar, destacar que la valoración global de la actuación de la Administración, tras revisar el expediente administrativo y las pruebas prácticas en los presentes autos, es que ofrece una respuesta razonada, razonable y exhaustiva a todas las cuestiones que se han suscitado en una instrucción tan compleja y completa como la que se ha seguido en el presente expediente sancionador.

«Por todo lo expuesto y razonado, ninguno de estos motivos de impugnación merece favorable acogida.

«[...] La Administración, en el fundamento de derecho X de la resolución impugnada, justifica el importe de las sanciones impuestas en relación a las distintas infracciones -folios nº 852 y 853 del expediente administrativo-.

«En el caso del vertido ilegal, la sanción se impone en el grado medio de las cuantías señaladas en la Ley y, dentro de este grado medio, en su tramo mínimo.

«Decisión que se justifica por la Administración en el criterio seguido en actuaciones precedentes, en la necesidad de prevenir y disuadir las conductas del mismo tenor y en la negligencia bastante en la descarga al mar que afectó a una superficie de 6,79 kilómetros cuadrados con un volumen de al menos 271 litros de mezclas oleosas que confiablemente se han estimado de resultas de las pruebas válidamente aportadas el expediente.

«En cambio, al no haberse determinado con exactitud la cuantía de los daños, no se considera por la Administración a efectos de la cuantía de la sanción.

«Concluye la Administración que el reproche sancionador debe tener un grado importante y efectivo que pondere la totalidad de los criterios de graduación analizados.

«Por ello, estando prevista para estas infracciones una sanción de multa de "hasta 601.000 euros", según el art. 312.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Administración impone una sanción de 250.000 euros.

«Pues bien, frente a esta decisión, la parte recurrente sostiene que, al no haberse concretado el impacto del daño al medio ambiente, la sanción debe imponerse en su grado mínimo a tenor del art. 312 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

«La Sala no comparte la tesis de la parte recurrente.

«La Administración ha respetado los límites que el art. 312 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, imponen a la determinación de las sanciones para este tipo de infracciones.

«Y ha justificado sobradamente por qué ha impuesto la multa en la cuantía de 250.000 euros, teniendo en cuenta tanto lo que pudiera perjudicar al interesado -como la negligencia bastante en la descarga al mar y en sus características- como lo que le pudiera beneficiar -como la falta de determinación de la cuantía de los daños-.

«Se ha seguido un criterio razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del infractor.

«En consecuencia, tampoco este motivo de impugnación debe prosperar.

«[...] En el escrito de ampliación de demanda se viene a solicitar la retroacción de actuaciones al haberse modificado la resolución respecto de la propuesta de resolución en el extremo relativo al importe de las sanciones - pág. 79/85 del escrito de ampliación de demanda-.

«La Administración demandada sostiene que se ha producido, al introducir este motivo, una desviación procesal.

«Sin embargo, la Sala considera que debe analizarse esta cuestión, al haberse interpuesto la demanda contra una desestimación presunta y haberse ampliado el recurso a la resolución del recurso de alzada, una vez dictada resolución expresa. Recordemos en tal sentido que, conforme al art. 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, " En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración". Sucede, además, que parte de la fundamentación de este motivo impugnatorio se basa en lo actuado con ocasión de la tramitación del recurso de alzada.

«Dando respuesta al motivo, la parte no concreta en qué punto se habría producido dicha modificación, más allá de la remisión al expediente administrativo.»

«Contrastado el contenido de la propuesta de resolución con la resolución sancionadora, en cuanto al importe de las sanciones, la única modificación relevante que se ha producido no es en perjuicio sino en beneficio de la parte interesada (al reducir de 10.000 euros a 2.000 euros la cuantía de la sanción correspondiente a la infracción relativa al del fallo grave de implementación del sistema de seguridad del buque), como se comprueba comparando los folios nº 596 y 885/886, todos ellos del expediente administrativo.»

«Por tanto, el motivo no puede ser estimado.»

3. La admisión del recurso de casación. Contra la sentencia de la Sala territorial de Madrid se prepara el recurso de casación por la mencionada mercantil sancionada, que fue admitido a trámite por Auto de la Sección Primera de esta Sala Tercera, en la que se delimita como cuestión casacional objetiva para la formación de la jurisprudencia, *«determinar la eventual incidencia de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti Iglesias c. España (Demanda no 50514/13) -sobre la exigencia de una doble instancia de revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas graves- en el vigente sistema de recursos contencioso-administrativos, cuando, como aquí acaece y en aplicación de los artículos 307.4.a) y 312 TRLPEMM en relación con los artículos 10.1.m) y 86.1 LJCA, corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer en única instancia.»*

A los efectos de examinar la cuestión referida, se consideraba que debían ser objeto de examen, entre otros que se considerasen procedentes, el artículo 24 de la Constitución y el artículo 2 del Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la vista de lo declarado en la

reciente sentencia del TEDH antes mencionada; puestos en relación con los artículos 307.4.a) y 312 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en conexión con los artículos 10.1.m), 86.1 y 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

4. Los fundamentos del recurso de casación. En el escrito de interposición, la mercantil recurrente precisa que el objeto del recurso es determinar la conformidad o disconformidad de la sentencia impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), interpretado (artículo 10.2º de la Constitución) conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el asunto Saquetti Iglesias c. España (Demanda 50514/13), que en el caso de sanciones administrativas graves exige una doble instancia de revisión jurisdiccional.

A tal efecto se refiere la doctrina Saquetti señalando que el artículo 2.1 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) establece que *“toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior”*. Que en la sentencia Saquetti, el TEDH ha declarado que una infracción administrativa constituye una infracción penal a efectos del artículo 2. 1º del Protocolo nº 7 del CEDH si cumple los denominados “criterios Engels”, enunciados con anterioridad por el TEDH a efectos de interpretar el concepto de *“acusación en materia penal”* del artículo 6 CEDH (Sentencia de 8 de junio de 1976, asunto Engels y otros c. Países Bajos, Demandas nº 5100/71).

Dichos criterios atienden a lo siguiente:

- la calificación de la infracción en el Derecho interno;
- la naturaleza de dicha infracción, lo cual a su vez tiene que apreciarse a la luz de: o la magnitud del colectivo al que se dirige la norma, de la

naturaleza de los intereses protegidos y de la existencia de un objetivo de disuasión y represión;

- la gravedad de la sanción.

Los criterios relativos a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la sanción no son acumulativos, sino alternativos, si bien ello no excluye un análisis acumulativo si el análisis separado no permite alcanzar una conclusión clara respecto a la existencia de una infracción penal (Sentencias del TEDH de 2 de septiembre de 1998, asunto Kadubec c. Eslovaquia, Demanda nº 27061/95, apdo. 51 y de 23 de noviembre de 2006, Jussila c. Finlandia, Demanda nº 73053/01, apdo. 31).

No obstante lo anterior, el artículo 2.2º del Protocolo nº 7 establece que el derecho a la doble instancia reconocido en el artículo 2.1 *“podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución”*.

De acuerdo con dicha doctrina, la recurrente alega que la infracción tipificada en el artículo 307. 4. a) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante y su correspondiente sanción (250.000 euros en este caso), de cuyo pago se le ha declarado responsable solidaria, tiene naturaleza penal conforme a los criterios Engels, cuya concurrencia examina de manera detallada y seguidamente razona sobre la inexistencia de doble instancia de revisión judicial, considerando que el recurso de casación contencioso-administrativo, tal y como está configurado en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no constituye una segunda instancia de revisión judicial en el sentido del CEDH, pues presenta un carácter limitado tanto en relación con la admisión (que se condiciona al interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia) como con las cuestiones que en su seno se pueden resolver (que quedan limitadas a las cuestiones recogidas en el auto de admisión). Es más, el actual recurso de

casación, a diferencia del anterior, no permite ya la alegación de que la valoración de la prueba en instancia ha sido ilógica, arbitraria o contraria a las reglas de la sana crítica (así lo aclara esta Sala en el ATS 19/6/2017, RQ 273/2017), cuestión de especial relevancia en este caso. Además, en materia de sanciones, aun cuando se presume el interés casacional objetivo en la impugnación de actos de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (artículo 88-3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), quedan fuera todas las sanciones impuestas por otros órganos, aun cuando, como en este caso, revistan carácter grave o muy grave.

Como consecuencia, plantea la nulidad de la sanción impuesta por infracción del artículo 24 de la Constitución, previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, a cuyo efecto recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la doble instancia contencioso-administrativa, incluso en el ámbito de las sanciones, no forma parte del contenido constitucional del artículo 24 citado, pero entiende que la doctrina Saquetti pone en cuestión esa interpretación en el caso de las sanciones administrativas graves, conforme al artículo 2 del Protocolo número 7, de modo que ante la discordancia entre la doctrina constitucional sobre el artículo 24 y la doctrina Saquetti debe plantearse cuestión de inconstitucionalidad para resolver si los artículos 10. 1º. m), 86. 1º y 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con los artículos 307. 4º. a) y 312 del mencionado Texto Refundido, son conformes o no al artículo 24 de la Constitución.

Se refiere al criterio del Tribunal Constitucional en el sentido de que los tratados y acuerdos internacionales no son canon de constitucionalidad de los derechos fundamentales; señala que la Sala tampoco puede elevar al TEDH la cuestión prejudicial de interpretación prevista en el Protocolo nº 16 del CEDH, a efectos de que el TEDH se pronuncie sobre la extensión del derecho a la doble instancia en el caso de una sanción administrativa como la que es objeto del presente recurso, ya que España ni ha ratificado el Protocolo nº 16, ni ha

designado, como dicho Protocolo exige, los tribunales que, en España pueden elevar dicha cuestión prejudicial; añade que está vedada por nuestro ordenamiento la posibilidad de crear un recurso no previsto en las normas procesales o, en este caso, la posibilidad de que la Sala a la que nos dirigimos convierta el presente recurso de casación en una segunda instancia de revisión plena. Y concluye que lo indudable es que debe ser el Tribunal Constitucional quien modifique su jurisprudencia sobre el artículo 24 CE, por varios motivos: porque es el único que puede decidir si los artículos 10.1.m), 86 y 88.1 LJCA son inconstitucionales al no prever la doble instancia en el caso de las sanciones administrativas graves; porque el Tribunal Constitucional es el único que puede resolver la cuestión de qué es una sanción grave a efectos del art. 24 CE, interpretado éste a la luz de la sentencia Saquetti; y porque el Tribunal Constitucional es el órgano que está en mejor posición para modular los efectos de una potencial declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa antes citados.

Alega, seguidamente, la nulidad de la sanción impuesta, por razones de orden formal y de orden material. Señalando, en cuanto a las primeras: que ante la duda de lo que hubiera sucedido si un tribunal en apelación hubiera podido revisar la prueba, la solución no puede ser otra que la anulación, por la posición preferente de la que gozan los derechos fundamentales en el ordenamiento; que no cabe retrotraer las actuaciones para que el asunto sea objeto de una segunda revisión plena; que el presente recurso de casación tampoco permite a la Sala realizar dicha revisión plena, según el artículo 87.bis.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y porque en este caso y en este momento procesal sí es posible, todavía, la reparación de la violación del derecho a la doble instancia con los instrumentos del Derecho interno. En cuanto a las razones de orden material, señala que la inexistencia de una segunda instancia de revisión judicial no puede considerarse una simple irregularidad procesal, puesto que causa indefensión, que en este caso, la apreciación de los hechos era tan compleja que incluso la Administración introdujo en vía del recurso contencioso-administrativo una prueba pericial que no había practicado en vía administrativa, lo que es más

que discutible desde el momento en que la potestad sancionadora se ejerce por la Administración (artículo 25 de la Constitución) y exige prueba de cargo suficiente en el seno del procedimiento sancionador mismo (STC 175/2007, de 23 de julio). Además, dicha prueba pericial tuvo una relevancia decisiva en la formación del juicio de la Sala de instancia, que reproduce y valora críticamente y de manera minuciosa los informes periciales presentados tanto por esta parte como por la Administración demandada en el seno del recurso contencioso-administrativo, así como lo declarado por los peritos en sus respectivas ratificaciones. Son numerosas las referencias de la sentencia de instancia a la mayor credibilidad de las explicaciones del perito de la Administración efectuadas en el acto de ratificación de los informes. En definitiva, es evidente que la Sala de instancia no conforma su juicio sobre la única base del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes, sino, sobre todo, a la luz de la prueba practicada en el recurso contencioso-administrativo. Por tanto, no cabe duda de la especial relevancia que tiene en este caso el que pueda realizarse una segunda revisión jurisdiccional de los hechos en atención a los cuales se impone la sanción.

Desde los anteriores razonamientos se termina por suplicar que se estime el recurso de casación, que se fije la doctrina que se propone y se anule la resolución impugnada; suplicándose alternativamente que se suscite la ya mencionada cuestión de inconstitucionalidad.

5. La oposición de la Abogada del Estado. Ha comparecido en el recurso de casación para oponerse al mismo la Abogada del Estado, que en su escrito de oposición al recurso, partiendo del reconocimiento de que los Tribunales españoles deben asegurar que en aquellos casos en que se reúnan los presupuestos de la sentencia Saquetti, el sancionado tiene derecho a que la resolución judicial dictada sobre el caso sea revisada por otra instancia judicial superior, entiende que el recurso de casación es un recurso efectivo a los efectos del artículo 2 del Protocolo 7 del CEDH, invocando al respecto la doctrina del TEDH sobre la doble instancia, que en la propia sentencia Saquetti admite expresamente el recurso de casación como una forma de revisión válida para cumplir lo dispuesto en el artículo 2 del protocolo 7, a

diferencia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Señalando que el TEDH ha admitido expresamente incluso que un recurso de casación contra una sentencia penal (en su versión comúnmente aceptada en el ámbito europeo, como aquél limitado exclusivamente a analizar cuestiones de Derecho) es válido y compatible con las exigencias del art. 2 del Protocolo 7. Cita al respecto: el Asunto Patsouris c. Grecia, asunto nº 44062/05, sentencia de 8 de enero del 2009; Asunto Panou c. Grecia, asunto nº 44058/05, sentencia de 8 de enero del 2009; el Asunto Hauser-Sporn c. Austria, asunto nº 37301/03, sentencia de 7 de diciembre del 2006; y el Asunto Yves Loewenguth c. Francia, asunto nº 53183/99, Decisión de 30 de mayo del 2000, fundamento segundo. Concluye de todo ello, que si el TEDH considera que no quebranta el art. 2 del Protocolo núm. 7 del CEDH un recurso que sólo conoce de cuestiones de Derecho, menos aún lo hará nuestra casación, en la cual, incluso es incierto que, como dice el recurrente, sea imposible que el tribunal de casación haga una nueva valoración de las circunstancias fácticas que determinaron la imposición de la sanción. Analiza las características y alcance del recurso de casación y concluye que cumple todas las exigencias como recurso efectivo según la doctrina del TEDH.

A tal efecto considera que la aplicación de la doctrina Engels implica que, justificado en la preparación el carácter materialmente penal de la sanción, el recurso de casación sea admitido a efectos de que nuestro Tribunal Supremo opere como ulterior revisión jurisdiccional conforme al artículo 2 del Protocolo nº 7 del CEDH, en cuanto el artículo 88.2º y 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no contienen un listado cerrado de supuestos de interés casacional que funden la admisión, entendiendo como doctrina jurisprudencial que habría de fijar este Tribunal, que en los casos en que corresponda a un tribunal nacional la competencia para conocer en única instancia de la impugnación de las sanciones administrativas que sean materialmente penales, de acuerdo con los criterios sentados por el TEDH a tal fin, el recurso de casación constituye un recurso efectivo a los efectos de cumplir con la exigencia prevista en el artículo 2 del protocolo 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de una ulterior revisión jurisdiccional de

dichas sanciones; si bien condicionada la admisión de dicho recurso de casación a la acreditación por el recurrente, en fase de preparación del recurso, de que la sanción impuesta tiene una naturaleza penal, de conformidad con los criterios sentados por el TEDH a tal fin.

Aplicando al caso esta doctrina, entiende la representación de la Administración que el recurso debe ser desestimado porque la pretendida nulidad de la resolución sancionadora por imposibilidad de obtener una ulterior revisión jurisdiccional constituye una cuestión nueva, excluida de casación; y, aun no considerándose esta alegación, el recurso sería de desestimar: porque la sanción impuesta no reúne los requisitos de la doctrina Engels; y porque el recurrente en casación no esgrime ninguna crítica contra el enjuiciamiento hecho de sus alegaciones en instancia. No hay nada que revisar, porque el recurrente nada alega, fuera de pretender que la (pretendida también) imposibilidad ulterior de revisar judicialmente de nuevo su sanción implica su nulidad.

Por todo lo cual se termina suplicando que se desestime el presente recurso.

SEGUNDO. Sobre los defectos de forma aducidos en la oposición al recurso.

1. Planteamiento de la Abogada del Estado. Aduce la Abogada del Estado en la contestación a la demanda, como ya se ha dicho, que este Tribunal Supremo debe proceder a fijar la doctrina que se interesa en el auto de admisión, en la forma que ya se ha expuesto; si bien considera que el recurso de casación debe ser desestimado, porque el debate sobre la aplicación al caso de autos de la garantía que se establece en el artículo 2 del Protocolo no había sido suscitado en la instancia y constituiría una cuestión nueva, que se aduce por primera vez en casación y que debe suponer, sin perjuicio de que se fije la interpretación de los preceptos, la desestimación del recurso por ese defecto formal. Se añade que no puede servir de justificación la fecha de la ya mencionada sentencia del caso Saquetti Iglesias c. España,

porque la doctrina del TEDH en que se funda la mencionada sentencia ya había sido establecida con mucha anterioridad a la presentación de la demanda, de donde se concluye que debió aducirse esa cuestión en la instancia.

2. Rechazo del óbice formal. La objeción formal que se aduce por la defensa de la Administración no puede ser acogida dado que la pretendida invocación de que en el recurso se suscita por la recurrente una cuestión nueva no puede ser admitida. La parte recurrente no tuvo oportunidad de invocar en la instancia lo que ahora se aduce en el recurso de casación, que no es propiamente la exigencia del derecho al reexamen, sino la posibilidad de que la declaración de culpabilidad que se hace en la sentencia de instancia sea revisada por un Tribunal superior, pero a los efectos de que existen infracciones de normas jurídicas, y esa invocación solo podría hacerse una vez conocida la confirmación de la declaración de culpabilidad dictada por la sentencia de instancia. Y es dicha confirmación la que constituye el objeto del presente recurso, al considerar la parte recurrente que las vulneraciones de las normas que se adujeron en la instancia, en contra de la legalidad de la resolución sancionadora, al no ser acogidas por la Sala sentenciadora, deben ser revisadas por este Tribunal Supremo, por lo que no existe cuestión nueva que comportara objeción formal alguna al presente recurso.

Debe rechazarse la inadmisibilidad del recurso que se suplica por la Abogada del Estado.

TERCERO. Examen de la cuestión casacional. La doctrina del TEDH sobre el derecho al reexamen jurisdiccional en materia sancionadora.

1. El derecho al reexamen de la culpabilidad en los Texto internacionales. El debate de autos ha de comenzar por delimitar concretamente la doctrina sentada por el TEDH sobre el reexamen de la declaración de culpabilidad en materia de Derecho Sancionador, si bien parece oportuno hacer una aclaración previa para evitar equívocos. En ningún momento se hace expresa referencia en los textos internacionales a que nos

referiremos a un pretendido derecho a la doble instancia, en el sentido que dicha institución tiene en nuestro Derecho Procesal, sino más propiamente al derecho al reexamen jurisdiccional de dicha declaración.

Para una mejor comprensión del debate ha de partirse del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre 1948, conforme al cual *«toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal»*.

Y en el artículo 11 se dispone:

«1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...»

Se reconoce en la Declaración el derecho fundamental que en la tradición anglosajona se había definido como derecho al debido proceso legal, como una garantía de los ciudadanos frente a los poderes públicos que, en su vertiente penal, comporta que solo mediante la tramitación de un proceso con todas las garantías puede ser impuesta una pena; garantía reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Esas previsiones del Texto básico internacional de reconocimiento de derechos humanos fueron acogidos, para su aplicación a nuestro Continente, por el Convenio --formalmente Convención-- Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (en adelante, el Convenio), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor el 1953, y cuya confesada finalidad era la de proteger los derechos

humanos y las libertades públicas mediante un control judicial que hiciera real y efectiva los derechos y libertades reconocidas en la Declaración Universal.

En el artículo 6 del Convenio se regula dicha protección en relación con el «*derecho a un proceso equitativo*», en el cual se establece que:

«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...»

Con el fin de dotar de concretos contenidos a los derechos reconocidos en la Declaración Universal, se aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977. Debe hacerse referencia al Pacto porque constituye el primer instrumento internacional, en el ámbito de los derechos humanos, en que se complementa lo establecido en el artículo 11 de la Declaración Universal, con la exigencia de que una declaración de condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. En efecto, se declara en el artículo 14.5º del Pacto: *«Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.»*

También con el fin de dotar de una mayor garantía la protección que de los derechos humanos se contenía en el Convenio, el Consejo de Europa aprobó, el 22 de noviembre de 1984, el Protocolo número 7 al Convenio (en adelante, el Protocolo), que entró en vigor formalmente de forma general el día 1 de noviembre de 1988, si bien el Instrumento de Ratificación por España se llevó a cabo el 28 de agosto de 2009, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 249, de 15 de octubre de ese mismo año, entrando en vigor en nuestro País el día 1 de diciembre de 2009.

En lo que se refiere al derecho a un juicio equitativo reconocido en el artículo 6 del Convenio, se declara en el artículo 2 del Protocolo:

«1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

«2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.»

La finalidad confesada del Protocolo era adoptar medidas para asegurar la garantía colectiva de algunos derechos y libertades reconocidos en el Convenio, en lo que ahora interesa, en relación con las garantías que se establecían en el artículo 6 del Tratado a un proceso equitativo, que se complementa con lo establecido en el transcrito artículo 2 y cuya finalidad era integrar, en la exigencia de un juicio equitativo, que la declaración de culpabilidad fuese revisada por un Tribunal superior al que dictó la condena, en garantía de que esa condena era conforme a la norma.

Ese cuadro normativo se complementa con el Informe Explicativo al Protocolo (en adelante, Informe) que fue presentado por el Comité Directivo de Derechos Humanos al Consejo de Ministros del Consejo de Europa, siendo aprobado el mismo día 22 de noviembre de 1984.

Dicho informe declara que, en cuanto a su eficacia, *«no constituye un instrumento que proporciona una interpretación autorizada del texto del Protocolo, aunque podría ser de tal naturaleza que facilite la comprensión de las disposiciones contenidas en el mismo»*. No obstante lo anterior es lo cierto que el Tribunal hace frecuentes referencias a él en sus sentencias y el Comité

de Ministros en su 375ª reunión puso de manifiesto *«la importancia del informe explicativo a los efectos de interpretar el Protocolo»*

La aplicación de los mencionados preceptos no ha dejado de ser compleja para el TEDH. Esa problemática ha estado provocada por el hecho de que tanto el artículo 6 del Convenio como el artículo 2 del Protocolo se refieren a acusaciones o infracciones penales, sin hacer salvedad alguna a infracciones administrativas, al establecer las garantías que en defensa de los derechos humanos se imponen a los Estados signatarios del Convenio.

Sin embargo ya en la aplicación del artículo 6 del Convenio, el Tribunal se vio en la necesidad de enfrentarse con un problema de delimitación de las conductas tipificadas como infracciones por los Estados. En efecto, en la consagración de las garantías que se reconocían ya en la Declaración como en el Convenio se partía de la base de que las penas solo pueden imponerse por los Tribunales que integran el Poder Judicial, y precisamente mediante el correspondiente procedimiento que es al que se anudan las garantías oportunas, entre ellas las del artículo 2 del Protocolo. No obstante es lo cierto que las legislaciones nacionales reconocían un poder sancionador en el ámbito de las potestades de las Administraciones, que excedía del ámbito interno de la institución y comportaba el ejercicio de una potestad sancionadora general al margen del ámbito del Derecho Penal, con la indudable trascendencia, desde el punto de vista de la aplicación del Convenio, de que a estas infracciones administrativas --disciplinarias en la terminología del Tribunal--, que en realidad tenían naturaleza penal, no le serían aplicables las garantías que se imponía en el Convenio. A esa problemática se refiere el Tribunal en su trascendente sentencia de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros c. Países Bajos (5.100/71), a la que posteriormente haremos referencia.

En la mencionada sentencia el TEDH aborda la cuestión de las infracciones administrativas que, por su propia naturaleza son infracciones penales y asume la exigencia de establecer las diferencias entre y otro ámbito punitivo al reconocer que los Estados discriminan entre *«procedimientos*

disciplinarios y procedimientos penales... los primeros ofrecen sobre los segundos ventajas sustanciales, por ejemplo en lo que concierne a las penas impuestas: en general más suaves, no figuran en el registro judicial y entrañan consecuencias más limitadas. Por otra parte, sin embargo, las instancias penales se rodean habitualmente de mayores garantías.» Pero inmediatamente se cuestiona el Tribunal si en la aplicación del Convenio puede estimarse vinculante esa potestad de los Estados para la tipificación de las conductas, es decir, si por el hecho de que la norma interna de un Estado tipifique una conducta como administrativa, excluyendo las garantías que el Convenio impone para las infracciones penales, excluye que los ciudadanos puedan invocar la protección que les confiere el Convenio. En expresiva interrogación en la sentencia *«¿deja el artículo 6 de aplicarse en el momento en que los órganos competentes de un Estado contratante califican de disciplinarias una acción u omisión y los procedimientos dirigidos contra su autor o, por el contrario, se aplica en ciertos casos a pesar de esta calificación?»*

Para dar respuesta a ese dilema el Tribunal parte del concepto de acusación, que es el presupuesto de aplicación del artículo 6 del Convenio y, por tanto, del artículo 2 del Protocolo. Se estima que ha de acudirse al propio sentido que le confiere el Convenio, con independencia de la decisión interna adoptada por cada Estado. Y así declara en la sentencia Engel: *«El Convenio permite sin ninguna duda a los Estados... mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario, así como fijar sus límites, pero solamente bajo ciertas condiciones.»* Esa «autonomía» que se confiere a los Estados, se condiciona por una regla básica que denomina el Tribunal de *«sentido único»*; es decir, no impone límites para sancionar una conducta como penal, pero sí lo impone para calificar una acción a efectos sancionadores como administrativa. Con ello el Tribunal reconoce que la Administración ostenta un derecho sancionador propio y autónomo que está fuera del ámbito de garantías que confieren para las infracciones penales aquellos preceptos; reconocimiento que ha sido reiteradamente declarado por nuestro Tribunal Constitucional desde la temprana sentencia 18/1981, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:1981:18)

Las razones del TEDH se expresan en la sentencia Engel en términos rotundos: los Estados son *«libres para tipificar como infracción penal una acción u omisión que no constituya el ejercicio normal de uno de los derechos que protege... Tal elección, que tiene por efecto hacer aplicables los artículos 6 y 7, escapa en principio al control del Tribunal Europeo.»* Ahora bien *«La elección inversa, por su parte, obedece a reglas más estrictas. Si los Estados contratantes pudieran discrecionalmente calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal o perseguir al autor de una infracción "mixta" disciplinariamente con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 se encontraría subordinado a su voluntad soberana. Una laxitud tan amplia conllevaría el riesgo de llevar a resultados incompatibles con el fin y el objetivo del Convenio. El Tribunal tiene, por tanto, competencia para asegurarse, según el artículo 6 ..., que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal.»*

En la sentencia de 21 de febrero de 1984, asunto Öztürk c. Alemania se reitera la distinción al considerar que en *«la "autonomía" de la noción de "criminal" tal como se concibe en el artículo 6 (art. 6), lo que la Corte debe determinar es si el "delito reglamentario" cometido por el solicitante fue o no "penal" en el sentido de ese artículo»*, declarando al respecto:

«La Convención [el Convenio] no se opone a los Estados, en el desempeño de su tarea como guardianes del interés público, tanto creando como manteniendo una distinción entre diferentes categorías de delitos a los efectos de su derecho interno y trazando la línea divisoria, pero no comporta que la clasificación así hecha por los Estados sea determinante a los efectos de la Convención. Al eliminar ciertas formas de conducta de la categoría de delitos tipificados en la legislación nacional, el legislador puede tener en cuenta intereses del individuo (ver, mutatis mutandis, el mencionado Juicio de Engel y otros, ibid., Pág. 33, § 80), así como las necesidades de la adecuada administración de justicia, en particular del poder judicial. De este modo, las autoridades se ven liberadas de la tarea de enjuiciar y sancionar contravenciones -que son numerosas pero de menor importancia- de las

normas de tráfico. La Convención no se opone a los movimientos hacia "despenalización" que se están produciendo -en formas extremadamente variadas- en los Estados miembros del Consejo de Europa... No obstante, si los Estados contratantes pudieran en su discrecionalidad, al clasificar un delito como "reglamentario" en lugar de penal, para excluir el funcionamiento de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7, la aplicación de estas disposiciones estaría subordinada a su voluntad soberana. Una latitud que se extiende hasta ahora podría conducir a resultados incompatibles con el objeto y fin de la Convención.» (49).

De lo expuesto cabe concluir que para el TEDH, a los efectos de las garantías que establecen en el artículo 6 del Convenio --también para cuando se aprueba el Protocolo-- debe distinguirse entre infracciones penales y administrativas; pero dentro de las infracciones administrativas, conforme a la normativa interna de los Estados, debe distinguirse entre aquellas infracciones que por su naturaleza deben considerarse como propiamente administrativas y aquellas otras que por esa naturaleza intrínseca deben considerarse como infracciones penales. Estas segundas deben quedar asimiladas a las penales a los efectos de la protección que confiere el Convenio.

Ese proceso, vinculado a la naturaleza intrínseca de las infracciones, ha corrido parejo a la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional, que ya en sus primeras sentencias fijó la doctrina inconcusa de que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador rigen, con matices, los mismos principios que en el Derecho penal, por ser ambos la manifestación del mismo ius puniendi del Estado. Y ha de traerse a colación lo declarado, en esta disyuntiva entre infracciones penales y administrativas, lo razonado en la sentencia 77/1983, de 3 de octubre (ECLI:ES:TC:77): «No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en

exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3.º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

«Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.»

La aplicación, con matices, de los principios del Derecho Penal y la prohibición que impone en el mencionado artículo 25.3º de la Constitución de que pudiera imponer la Administración civil del Estado sanciones que comportaran, directa o indirectamente privación de libertad; ha permitido dotar de plena legitimidad el Derecho Administrativo Sancionador, que al margen de cuestiones puntuales no ha ofrecido, en términos de legitimidad, polémica alguna. No obstante, quizás el tema que aquí se suscita comporte un último eslabón en esa búsqueda de asimilación entre infracciones penales y administrativas y la aplicación de las garantías de aquellas a estas, sobre la que vendría a incidir, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la doctrina del TEDH, como posteriormente se examinará; si bien cabría señalar que los matices que para la aplicación de los principios de las infracciones penales a las administrativas, nunca concretados de manera genérica por la jurisprudencia constitucional, requieren una reflexión sobre el derecho al reexamen jurisdiccional que comporta la aplicación del artículo 2 del Protocolo.

De lo expuesto hemos de concluir que el Tribunal Europeo, a la hora de interpretar los mencionados preceptos del Convenio, asume la necesidad de establecer un criterio objetivo sobre las infracciones penales que quedan bajo el amparo de las garantías que se reconocen en el artículo 6 del Convenio -- después aplicable al artículo 2 del Protocolo--, con independencia de la tipificación legal -penal o contenciosa- que se haga por los Estados.

Esa labor la acomete el Tribunal de manera decisiva en la ya mencionada sentencia del asunto Engel, la cual ha servido de punto de referencia para toda la jurisprudencia posterior del TEDH, como evidencia la sentencia de 2020 que sirve de presupuesto a la cuestión que suscita interés casacional en este recuso.

Es conveniente que comencemos el estudio de esa jurisprudencia por el examen de la mencionada sentencia Engel y los criterios que a los efectos de la distinción entre infracciones penales, propiamente dichas, y las sanciones administrativas que, por su naturaleza, deben considerarse como infracciones penales.

2. Los criterios Engel. Esta sentencia constituye el primer pronunciamiento del Tribunal Europeo en esta materia y ha servido de referencia permanente en su jurisprudencia, en el bien entendido que tales criterios se establecen, en un primer momento, a los efectos de controlar la autonomía de los Estados para tipificar una conducta como infracción administrativa excluyéndola de las garantías de las infracciones penales, pero que se aprovecha, desde la aprobación del Protocolo, para exigir la garantía del doble enjuiciamiento.

Examinemos detenidamente esos criterios conforme se establecieron en la mencionada sentencia de 1976 para confrontar la evolución posterior.

A. El criterio de la legalidad interna. Es el primero de los criterios Engel y está en la base de esa autonomía de los Estados para tipificar, en su legislación interna, las conductas punibles como infracción penal o

administrativa. Es decir «*si el o los textos que definen la infracción incriminada pertenecen, según la técnica jurídica del Estado demandado, al derecho penal, al derecho disciplinario o a los dos a la vez.*» Ahora bien, en la medida que, como ya se ha razonado antes en la propia sentencia, esa autonomía de los Estados no es omnímoda y está limitada en el sentido antes expuesto, se añade a continuación, que este criterio es solo “*un simple punto de partida... [que] no tiene más que un valor formal y relativo*”; prevención lógica si tenemos en cuenta que la finalidad que tienen estos criterios es evitar que una anómala tipificación en el Derecho interno pueda frustrar la aplicación del Convenio, de donde se trata de buscar un criterio objetivo y abstracto de las infracciones penales, con independencia de su concreta tipificación. Ya veremos posteriormente como dicho criterio general, en algunos supuestos, no tiene el aspecto accesorio que se postula.

B. Criterio de la naturaleza de la infracción. La relatividad y debilidad del primero de los criterios lleva al Tribunal a establecer el segundo, referido a la naturaleza de la infracción, que ya se considera como «*un elemento de apreciación de gran peso*». Y aun cuando la sentencia no hace un desarrollo completo de este criterio pese a esa relevancia, sí da pautas para su delimitación, por cuanto declara que si los demandantes de protección en aquel procedimiento (militares profesional), hubieran sido sancionados por infracciones propias del ámbito castrense (es decir, sometidas a un status disciplinario especial y en defensa de los valores de ese concreto ámbito), podría hacerse esa calificación de la infracción como administrativa («*Si un militar es sancionado por una acción u omisión que habría transgredido una norma jurídica reguladora del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, el Estado puede en principio utilizar contra él el derecho disciplinario antes que el penal.*») Con fundamento en dicho criterio se rechaza la protección al Sr. Engel (que tenía la condición de militar profesional), en cuanto se consideraba que su conducta pertenecía al estricto ámbito castrense, a diferencia de los otros dos reclamantes de protección (soldados).

Por el contrario, si pese a regularse en el ámbito del Derecho Administrativo Disciplinario, la infracción se desvincula de esa actividad

peculiar y tipifica conductas de carácter común (de sujeción general), como sucedía con la imputación de los otros dos demandantes, existe base para considerar la infracción como propia del ámbito penal.

En la delimitación de este segundo criterio en la sentencia Engel se pone el centro de atención en la tipificación de la conducta, en si su finalidad es la salvaguarda de bienes generales de la sociedad o, por el contrario, pertenece al ámbito de protección de determinados bienes sectoriales que los poderes públicos deben proteger por existir una especial relación del sancionado con la Administración; lo cual recuerda los supuestos acuñados en la doctrina administrativista española de sujeción general, frente a los supuestos de sujeción general, por más que el Tribunal Europeo, dada la amplitud de modelos jurídicos en los Estados, desconozca dicha terminología pero que es útil para el examen de su jurisprudencia. Y así, el argumento recuerda la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional de que *«en el seno de las relaciones de sujeción especial, [en el que] la potestad sancionadora no es la expresión del ius puniendi genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación correspondiente»* (S 2/1987 y 69/1989).

C. El criterio de la gravedad de la sanción. Es el criterio que en realidad sirvió a la sentencia de 1976 para conceder el amparo a los reclamantes de protección y se vincula al *«grado de severidad»*, sin el cual se declara que la potestad de control por el Tribunal sería *«meramente ilusoria»*.

En el concreto caso enjuiciado, las sanciones impuestas por las infracciones disciplinarias apreciadas a dos de los demandantes de amparo de su derecho, habían sido de privación de libertad y ello tiene una indudable relevancia porque, no siendo militares de profesión --a diferencia del Sr. Engel--, *«[E]n una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, son de “materia penal” las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante. Así lo requiere la gravedad de la cuestión, las tradiciones de los*

Estados contratantes y el valor que el Convenio atribuye al respeto de la libertad física de la persona.»

Como ya se dijo antes, pese a que la sentencia de 1976 estableció de manera muy esquemática los criterios para clasificar las infracciones administrativas que, por su naturaleza intrínseca, deben considerarse como penales y someterlas al régimen de garantías que para estas últimas se establece en el Convenio, es lo cierto que ha constituido ese pronunciamiento un punto de referencia en toda la jurisprudencia posterior del Tribunal, que ha ido depurando dichos criterios y, en lo que ahora interesa, ha servido para fijar la doctrina sentada, en relación a nuestro Derecho interno, en la sentencia de 2020 a que se refiere este recurso de casación, la última dictada al respecto por el TEDH.

3. La sentencia de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti Iglesias c. España. Interesa ahora examinar esta sentencia porque, como ya se ha dicho, es sobre ella sobre la que se articula la cuestión casacional que se suscita en el presente recurso de casación, de la que se hace cita expresa, como se dejó constancia anteriormente.

La ratio decidendi de esta sentencia de 2020 es, en efecto, la consideración de que la infracción por la que había sido sancionado el Sr. Saquetti Iglesias (ciudadano con doble nacionalidad argentina y española, sorprendido en la aduana en un viaje de Madrid a Buenos Aires portando en su equipaje 153.800 €, que no había declarado), pese a su consideración en el Derecho Español como una infracción administrativa (Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo) por la que se le impuso una sanción económica (multa por el importe no declarado y aprehendido, con la previa incautación de dicha cantidad), debía considerarse que le confería la naturaleza de infracción administrativa de naturaleza penal, de donde concluye el Tribunal que se le habían vulnerado al demandante las garantías de las infracciones de esa naturaleza, en concreto, el derecho al reexamen jurisdiccional de la declaración de culpabilidad que se reconoce en el artículo 2 del mismo, en cuanto la sanción, impuesta por la

Administración, fue objeto de confirmación en vía jurisdiccional por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sin que contra la misma pudiera interponerse recurso de casación, que fue inadmitido por no superar la cuantía establecida en el año 2013 para su admisión.

Los fundamentos del Tribunal Europeo son variados y debemos examinar el que constituye el presupuesto de la conclusión a la que se llega en la sentencia, para lo que acude el Tribunal a los tres clásicos criterios Engel, como expresamente se razona.

Es oportuno, a los efectos del debate que se suscita, examinar los razonamientos de esta sentencia de 2020 para la aplicación de esos criterios -- recordemos que la sentencia Engel era anterior al Protocolo-- que permiten apreciar la delimitación que de ellos ha venido realizando el Tribunal en los casi 39 años exactos que median entre una y otra sentencia, conforme a los propios razonamientos y citas que se hacen en ella.

A. Criterio de la legalidad interna. La nitidez de dicho criterio no ha exigido de importantes aclaraciones desde lo señalado en la sentencia Engel ni es tampoco una cuestión que trascienda al debate de autos, dado que tanto en el caso Saquetti como en el presente, se trata de infracciones administrativas conforme a la legislación interna, lo cual no es decisivo para esa delimitación, ya que como se ha declarado reiteradamente por el TEDH, dicha naturaleza formal constituye solo un punto de partida no decisivo.

B. Naturaleza de la infracción. La relatividad del primero de los criterios, como ya se dijo en la sentencia Engel, lleva al Tribunal a establecer los criterios segundo y tercero.

Debe señalarse que en la jurisprudencia del Tribunal, si bien se consideran diferentes los criterios segundo y tercero, es lo cierto que en algunas ocasiones se considera que deben ser complementarios, en concreto,

cuando su apreciación conjunta ofrezca claridad en la distinción entre infracciones administrativas con naturaleza penal.

En efecto, en la sentencia de 23 de noviembre de 2006, asunto Jussila c. Finlandia (Nº 73053/2001), el Tribunal declara que este segundo criterio y el tercero son alternativos y no necesariamente cumulativos, si bien puntualiza que no excluyen un examen conjunto cuando al hacerlo por separado *«no permita alcanzar una clara conclusión sobre dicha cuestión»* (25). Sin embargo, es lo cierto que declara que es más importante este segundo criterio de la naturaleza de la infracción que la gravedad intrínseca de la sanción (31). En el mismo sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2016, asunto A. y B. contra Noruega.

Desde la sentencia Engel, este segundo criterio se vinculaba a la finalidad de la infracción, en cuanto su tipificación obedecía a una finalidad represiva y en base a la protección de bienes de interés general, teniendo una aplicación subjetiva general y no particularizada a determinado colectivo de ciudadanos.

En la jurisprudencia del TEDH desde la sentencia Engel se han ido realizando matizaciones a este segundo criterio de distinción y cabe señalar que el Tribunal toma en consideración tres circunstancias para determinar cuándo una infracción administrativa, por su propia naturaleza, deba ser considerada como penal, a los efectos de las garantías que se imponen en el Convenio y el Protocolo.

a) Personas sometidas a la norma sancionadora. Como se declara en la sentencia Saquetti (25), en la configuración del ámbito subjetivo a los efectos de delimitar la naturaleza de la infracción, el Tribunal siempre ha tenido en cuenta *«la magnitud del colectivo al que va dirigida la norma infringida»* y, aplicándola al caso enjuiciado, concluye que la infracción por la que fue sancionado el Sr. Saquetti tiene ese carácter, en cuanto es aplicable a toda persona que cruce una frontera española sin declarar determinadas cantidades de dinero.

Podría trasladarse esa exigencia a lo que en nuestra doctrina administrativista --que no se refleja en la jurisprudencia europea por la amplitud de ordenamientos afectados-- se consideran supuestos de sujeción general, es decir, en rasgos muy generales, que comporta una manifestación clásica del ius puniendi del Estado en garantía de las relaciones sociales en general, sin especiales vínculos jurídicos con las instituciones públicas. Se distingue de los supuestos de sujeción especial, en los cuales sí existe ese especial vínculo entre determinados ciudadanos y la Administración (funcionarios, contratistas, etc.). La distinción es obvia y lógica, porque la potestad sancionadora en estos supuestos últimos no obedece ya a una finalidad de protección de valores generales que la Administración asume, como complemento del Derecho Penal, a proteger por la vía del ejercicio del ius puniendi del Estado y, por tanto, les hace perder ese carácter de prevención general ínsito en las infracciones administrativas. Ya se ha transcrito antes la jurisprudencia del Tribunal que avala dicho criterio en el caso Engel atendiendo al ámbito disciplinario o no del ámbito sancionador.

Es importante hacer referencia, en cuanto a la determinación del colectivo a que afecta la infracción, a la sentencia ya citada de 23 de noviembre de 2006, asunto Jussila c. Finlandia, en la que el Tribunal hace relevantes concreciones en esta materia en un supuesto referido a recargos tributarios (IVA), haciendo un examen sobre la discriminación de las infracciones (recargos tributarios) a los efectos de la aplicación del Protocolo (con remisión a la sentencia de 24 de febrero de 1994, asunto Bendenoun c. Francia) y aun cuando en el supuesto en concreto estimó en última instancia que no se había vulnerado la garantía de su artículo 2, si declara que *«la Corte no está de acuerdo con el argumento del gobierno de que el IVA se aplica solo a un grupo limitado con un estatus especial, como en los casos antes mencionados, el solicitante era responsable en su calidad de contribuyente... se puede concluir que los recargos se impusieron por una regla cuyo propósito era disuasorio y punitivo. La Corte considera que esto comporta el carácter penal del delito.»*

Por el contrario, en la sentencia de 6 de noviembre de 2018, asunto Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal, en un supuesto sobre sanciones disciplinarias impuesta a una jueza (por desconsideración a inspectores en la función para evaluar su condición profesional por infringir sus deberes de honradez y de lealtad y corrección), el Tribunal señala, con abundante cita, que las infracciones disciplinarias, como regla general, *«no pueden caracterizarse como “criminales”»* (123), a los efectos del artículo 6 del Convenio (en las citas se hace referencia a supuestos, entre otros, de abogados, notarios, funcionarios públicos, miembros de las fuerzas armadas, jueces, liquidadores, etc.), con la salvedad de *«ciertos casos específicos, por ejemplo, cuando una privación de la libertad está en juego»* (123), haciéndose referencia expresa al caso Engel como prototipo de dicha excepción.

Sobre esa base se excluye, en la mencionada sentencia de 2018, que en el caso se aplicase la garantía del artículo 2 del Protocolo, conforme a la exigencia de la naturaleza de la infracción en su aspecto del colectivo a que va dirigida la infracción, con el siguiente argumento: *«la Corte observa que las disposiciones legales que autorizan la imposición de las sanciones no estaban dirigidas al público en general, sino a una categoría específica, a saber, jueces. Tales disposiciones están diseñadas para proteger el honor y reputación y para mantener la confianza pública en el poder judicial.»*

De lo expuesto cabe señalar que la circunstancia del colectivo, como determinante de la naturaleza de la infracción, debe referirse a su configuración objetiva que pueda afectar a los ciudadanos en general que se encuentren en una determinada situación que es la tipificada en la norma.

b) Los intereses protegidos. La referencia a los intereses protegidos con la tipificación de la infracción se considera como complemento y consecuencia del anterior ámbito subjetivo, porque si la finalidad es la prevención general, resulta necesario que los intereses protegidos tengan ese mismo carácter. Por intereses protegidos debe entenderse, en la terminología de nuestro Derecho interno, los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la infracción. Como se declara en la sentencia Saquetti, la infracción por la que

fue sancionado estaba justificada, desde el punto de vista de los bienes o intereses jurídicos protegidos, *«disuadir y castigar al demandante por haber incumplido la obligación legal de cumplimentar una declaración»* (portar una determinada cantidad de dinero en la aduana sin declarar dicha circunstancia).

La peculiaridad de esa consideración de los intereses protegidos a los efectos de tener a la infracción administrativa como de naturaleza penal, se examina de manera particular en la sentencia de 23 de octubre de 2018, asunto *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. contra Eslovenia*, referida a sendas sanciones que le fueron impuestas a una empresa de comunicación por vulnerar las normas de la competencia y por la obstrucción en la inspección realizada por la Administración en el correspondiente procedimiento. La sentencia discrimina entre la actividad de inspección, que excluye del ámbito penal, por pertenecer al ámbito especial de medios de comunicación con autorización administrativa; por el contrario, la infracción por la obstrucción a la inspección de los funcionarios estatales, sí la considera como tal, en cuanto *«... el Tribunal señala que la medida impuesta a la empresa demandante resultó del artículo 31 de la Ley de Competencia, que aplica una obligación general a una circunstancia específica, o sea, la imposición de multas a las empresas que obstruyan a los responsables de la Agencia en el ejercicio de sus facultades... El Tribunal observa que el ejercicio efectivo de las obligaciones oficiales de agentes del Estado parece estar en consonancia con los intereses generales de la sociedad, protegidos también por el Código Penal de Eslovenia... la multa era directamente ejecutable (...) y se impuso varios meses después de que la inspección hubiera terminado, por lo que no perseguía la finalidad de garantizar una inspección eficaz. Estaba esencialmente encaminada a castigar la conducta ilícita, a fin de evitar una posible reincidencia, y no a reparar cualquier daño ocasionado por la empresa demandante.»* (45)

Debe ponerse de manifiesto que en la sentencia Saquetti, al examinar el Tribunal esta referencia a los bienes jurídicos protegidos, desciende a detalles particulares del caso, llevando el debate a los delitos aduaneros y al control de pagos internacionales, justificando la discriminación con otros

precedentes, en que se consideró que la infracción obedecía a la protección de intereses particulares de los Estados, que la excluía de su configuración de una infracción de naturaleza penal. De otro lado, se hace cita de la sentencia de 15 de mayo de 2008, asunto NadtochiY c. Ucrania (referida a la entrada de un vehículo desde otro Estado con la obligación de reexportarlo en un plazo), en la que se declara que el Tribunal *«no comparte la opinión del Gobierno de que las disposiciones pertinentes del Código de Aduanas tratan las obligaciones contractuales. La Corte entiende que las disposiciones pertinentes del Código de Aduanas están dirigidas a todos ciudadanos que cruzan la frontera y regulan su conducta mediante sanciones (multa y decomiso), que son tanto punitivas como disuasorias... la Corte concluye que el presente caso fue penal su naturaleza y las presuntas infracciones administrativas aduaneras tenían de hecho carácter penal por lo que cuenta con las plenas garantías del artículo 6 de la Convención.»* (22)

Lo relevante a los efectos de los intereses protegidos por la infracción es que sean de carácter general y no obedezcan a la protección particular de bienes específicos que las Administraciones estén obligados a tutelar, como claramente se desprende de la sentencia *Produkcija Plus Storitveno Podjetje c. Eslovenia*. Como se declara en la sentencia *Jussila*, lo determinante es valorar la finalidad disuasoria y punitiva, *«lo que per se determina el carácter penal de la infracción, sin que la escasa cuantía del recargo sea un obstáculo para eludir la calificación penal.»* (31)

c) La existencia de un objetivo de disuasión y represión. Es la consecuencia de las anteriores circunstancias, porque si la infracción afecta a la generalidad de los ciudadanos y pretende la salvaguarda de los intereses generales, el objetivo de la norma es el de disuasión y represión; es decir, tiene por finalidad la prevención general de los ciudadanos a quienes se les conmina con la sanción en salvaguarda de esos fines. Es la prevención general de nuestra doctrina, propia de las infracciones penales y de estas infracciones administrativas con aquella naturaleza. Y deja constancia el Tribunal de esa distinción en su sentencia de 6 de noviembre de 2018, asunto *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* en cuanto rechaza la protección

del derecho a la doble instancia, como ya se dijo, o en la reseñada sentencia *Produkcija Plus Storitveno Podjetje c. Eslovenia*.

Ahora bien, del examen de la jurisprudencia del Tribunal se llega a la conclusión de que se considera que este criterio de la naturaleza de la infracción se vincula a la concreta sanción que lleva aparejada. Que ello es así lo pone de manifiesto que en la sentencia *Saquetti*, con cita de la sentencia *A y B c. Noruega* [GS], nº 24130/11 y 29758/11, §§ 105 y 107, de 15 de noviembre de 2016, declara de manera taxativa *«Para aplicar el artículo 6 del Convenio basta con que la infracción en cuestión tenga naturaleza penal o que exponga a la persona interesada a una sanción que, por su carácter y gravedad, tenga generalmente naturaleza penal.»* Y en ese mismo sentido cabe citar la antes mencionada sentencia del asunto *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O* contra Eslovenia.

Sin embargo, no constituye una regla fija la de vincular o relacionar ambos criterios. Y así en la sentencia del asunto *Öztürk c. Alemania* (53 y 54), se hace un examen conjunto y concluyente de ambos para determinar la naturaleza penal de una infracción (referida a una exigua sanción del equivalente a 60 €). En relación con ello se hace la afirmación taxativa de que *«Dado que la infracción cometida por el Sr. Öztürk fue penal para los efectos del artículo 6 (art. 6) de la Convención, no es necesario examinarlo también a la luz del criterio final mencionado anteriormente»* (párrafo 50). La relativa falta de gravedad de la pena en juego (ver párrafo 18 anterior) *«no puede despojar a un delito de su carácter intrínsecamente criminal.»* (54). Y ello sobre la premisa de que *«[E] es una regla que se dirige, no hacia un determinado grupo que posee un estatus especial -en la forma, por ejemplo, de derecho disciplinario-, sino hacia todos los ciudadanos en su calidad de usuarios de la vía; eso prescribe una conducta de cierto tipo y hace que el requisito resultante esté sujeto a una sanción punitiva. De hecho, la sanción, y el gobierno no se opuso: busca tanto castigar como disuadir. Importa poco si la disposición legal infringida por el Sr.Öztürk está dirigida a proteger los derechos e intereses de los demás o únicamente para satisfacer las demandas del tráfico rodado. Estos dos extremos no son mutuamente excluyentes. Sobre todo, el carácter*

general de la regla y el propósito de la pena, siendo ambos disuasorio y punitivo, baste para demostrar que el delito en cuestión fue, en los términos del artículo 6 (art. 6) de la Convención, de carácter penal. El hecho de que se haya admitido que se trataba de un delito menor difícilmente perjudicaría la reputación del infractor y no la saca del ámbito del artículo 6 (art.6). De hecho, no hay nada que sugiera que el delito mencionado en la Convención implica necesariamente un cierto grado de gravedad. En este respecto, varios Estados contratantes aún hacen una distinción, que ya hizo la República Federal en el momento en que se abrió la Convención para la firma de los Gobiernos, entre las infracciones más graves (delitos), delitos menores (delitos) y delitos menores (infracciones), mientras que calificándolos a todos como delitos penales. Además, sería contrario al objeto y fin del artículo 6 (art. 6), que garantiza "toda persona acusada de un delito" el derecho a un tribunal y a una justicia juicio, si se permitiera al Estado retirar del alcance de este artículo (art. 6) toda una categoría de delitos por el mero hecho de considerarlos pequeño. La República Federal tampoco priva a los presuntos autores de Ordnungswidrigkeiten de este derecho ya que les otorga la facultad –de que el demandante se valió a sí mismo- de apelar a un tribunal contra la decisión administrativa.» (53)

Para el Tribunal, lo relevante a los efectos de discriminar la infracción administrativa como de naturaleza penal, es que tenga una finalidad de prevención general y, por tanto, en salvaguarda de intereses de esa misma característica, con independencia, es importante señalarlo por lo que trasciende al caso de autos, de que además de ese carácter disuasorio comporte una obligación de resarcimiento patrimonial. En ese sentido se declara en la sentencia Saquetti, con abundante cita, que configura la naturaleza de la infracción «la existencia de un objetivo de disuasión y represión» (25), declarando a continuación (apartado 27) que el mero hecho de que la norma sancionadora tenga por finalidad «esencialmente disuadir y castigar al demandante por haber incumplido» una obligación legal... «por sí sola podría ser suficiente para otorgar a la sanción impuesta una naturaleza delictiva que requiera el beneficio de las garantías inherentes al artículo 6 del Convenio». A ello añade que complementa la naturaleza como criterio de

distinción de las infracciones administrativas de carácter penal, el hecho de que la finalidad de la norma no era la de protección de particulares fines públicos, sino que comportaba una prevención general.

No puede silenciarse que para realizar esas consideraciones, el Tribunal toma en consideración las especiales peculiaridades que concurrían en la infracción sancionada en la sentencia Saquetti, hasta tal punto que hace una comparación de supuestos anteriores en los que, se confiesa, se llega a una decisión diferente.

En resumen y como cabe apreciar claramente en la sentencia de 7 de marzo de 2012, asunto Nicoleta Gheorge c. Rumania, (una mínima sanción de multa de 17 euros por perturbar la tranquilidad de los vecinos), se considera como de naturaleza penal, atendiendo a este criterio --a la postre la sanción se consideró de menor gravedad-- porque la multa no tenía por finalidad un resarcimiento del perjuicio ocasionado a los vecinos y se impuso *«esencialmente para prevenir la repetición de actos similares... por incivismo y [con] fines para mantener la paz entre vecinos. Como tal, esta regla se aplica a todos ciudadanos y no a un grupo específico con un estatus particular.»*

C. Criterio de la gravedad de la sanción. Como ya vimos, el tercero de los criterios Engel es el de la gravedad de la sanción y no ha dejado de generar una cierta indefinición en la jurisprudencia del Tribunal desde aquella sentencia. Ya dijimos que el propio Tribunal se ha visto obligado a vincular este criterio de la gravedad al de la naturaleza de la infracción en algunas ocasiones. Pero de los pronunciamientos del Tribunal, al utilizar los criterios Engel para la aplicación del artículo 2 del Protocolo, se constata la necesaria conexión entre dicho criterio y la exención del preceptivo reexamen de la declaración de culpabilidad que se establece en el párrafo segundo del mencionado precepto que, como ya vimos, no rige, entre otros supuestos, cuando se trate de *«infracciones penales de menor gravedad según las define la ley»*. A su vez, de acuerdo al tercero de los criterios Engel, la gravedad de la sanción que se impone por la infracción, constituye un elemento decisivo para configurar la infracción administrativa como de naturaleza penal. Aun cuando

ambos criterios tomen como punto de referencia la entidad de la sanción, los efectos son bien diferentes; porque así como la gravedad de la sanción puede servir para conferir naturaleza penal a una infracción administrativa; por el contrario la menor gravedad de la infracción hace que incluso las infracciones penales propiamente dichas, queden exoneradas de la garantía del reexamen de la declaración de culpabilidad.

En principio la idea es clara porque lo que toma en consideración el Tribunal es la entidad de la sanción que la norma impone a la infracción. Pero ello requiere una previa delimitación sobre los términos de comparación para apreciar cuando una sanción tiene suficiente entidad para conferir a la infracción naturaleza penal. En la sentencia Engel, el Tribunal lo formula en términos sumamente precisos porque remite esa gravedad a las sanciones que, consideradas como infracciones administrativas, comporten privación de libertad. Y ese criterio lo ha mantenido reiteradamente en su jurisprudencia. Dicho criterio recuerda la proscripción que se hace en el artículo 25.3º de nuestra Constitución cuando prohíbe que la Administración pública de carácter civil pueda imponer sanciones privativas de libertad.

En la sentencia Saquetti recuerda el Tribunal su propia jurisprudencia cuando declara: *«el Tribunal deberá determinar si la infracción por la que se condenó al demandante no es una "infracción de menor gravedad" en el sentido del artículo 2.2 del Protocolo nº 7 y si, por lo tanto, era necesario acceder a una segunda instancia en el presente asunto. En consecuencia, este Tribunal deberá tener en cuenta los términos del Informe Explicativo del Protocolo nº 7, que establece expresamente que, al decidir si una infracción es de menor gravedad, un criterio importante es si dicha infracción es punible con una pena privativa de libertad.»*

Las dudas surgen cuando no existe una sanción de esa naturaleza, sino que, como es frecuente en la jurisprudencia del Tribunal --y lo es en el caso Saquetti--, se trata de sanciones económicas, pudiendo constatarse como este derecho del artículo 2º del Protocolo ha sido invocado para sanciones pecuniarias de poco más de 10 € hasta otros de varios millones.

Desde el punto de vista meramente hipotético surgen dos problemas a resolver a la hora de decidir si una sanción económica es o no de especial gravedad; de un lado, si esa consideración debe hacerse respecto de la sanción en abstracto, es decir, la que autoriza la norma sancionadora; o en concreto, es decir, la concreta sanción que le fue impuesta a un determinado ciudadano, que es el que reclama la protección que le confiere el Protocolo. Pero además de ello y sin perjuicio de que el acuerdo sancionador lo haya tenido en cuenta para imponer la sanción pecuniaria, deberá decidirse si han de tenerse en cuenta las especiales condiciones del sancionado, es decir, su situación económica, para determinar si la concreta sanción pecuniaria impuesta adquiere esa gravedad.

Ese dilema es importante porque en unas u otras alternativas puede darse el caso de que una misma sanción pueda suponer considerarla de naturaleza penal, en tanto que en otros supuestos esa misma infracción no pueda ser considerada como tal por no tratarse de una sanción de especial gravedad porque en abstracto sea elevada aunque la impuesta fuera de escasa entidad, o porque una infracción pecuniaria de escasa entidad, puede ser sumamente onerosa para determinadas personas, dada su situación económica.

El Tribunal en su jurisprudencia no deja clara esa disyuntiva y así en la antes mencionada sentencia Jussila c. Finlandia, con abundante cita, declara de manera taxativa que «[L]a relativa falta de gravedad de la pena no puede despojar a un delito de su carácter intrínsecamente penal.» (31) Y en la misma sentencia se cuestiona el Tribunal que ese criterio se ve alterado en el supuesto de los «casos fiscales o tributarios» en los que, en aplicación del criterio que ya había establecido el mismo Tribunal en el asunto Bendenoun -- sanciones fiscales y recargos en declaraciones del IVA--, el Tribunal recuerda que para la delimitación en tales ámbitos de la distinción de las infracciones administrativas como de naturaleza penal, no tomó en consideración los criterios Engel, sino que «enumeró cuatro elementos como pertinentes para la aplicabilidad del artículo 6 en ese asunto: (1) que la ley en que se establecían

las sanciones abarcaba a todos los ciudadanos en su calidad de contribuyentes; (2) que el recargo no tenía por objeto la compensación pecuniaria de los daños, sino que era esencialmente un castigo para disuadir de la reincidencia; (3) que se impuso en virtud de una norma general cuya finalidad era a la vez disuasoria y punitiva; y (4) que el recargo era considerable (...). No obstante, estos elementos pueden considerarse en su contexto como pertinentes para evaluar la aplicación de los criterios segundo y tercero de Engel a los hechos del caso...». La misma sentencia se ve obligada a establecer la siguiente aclaración de que no aplicar los criterios Engel no comporta un cambio de doctrina: «... sin que exista ningún indicio de que el Tribunal pretendiera apartarse de la jurisprudencia anterior o establecer principios distintos en el ámbito fiscal. Además, hay que destacar que el Tribunal en el asunto Bendenoun no consideró que ninguno de los cuatro elementos fuera decisivo por sí mismo y adoptó un enfoque acumulativo para considerar aplicable el artículo 6 en su vertiente penal», con cita de la sentencia de julio de 2002, asunto Janosevic c. Suecia, en que se «procedió directamente sobre la base de los criterios del asunto Engel...» en un supuesto sobre la misma materia; del que concluye el Tribunal en la sentencia Jussila c. Finlandia, que «no ha surgido ninguna base consolidada o autorizada en la jurisprudencia para sostener que el carácter menor de la sanción, en un procedimiento fiscal o de otro tipo, pueda ser decisivo para excluir del ámbito de aplicación del artículo 6 una infracción que, por lo demás, tiene carácter penal.»

La misma doctrina se sostiene en la sentencia de 3 de abril de 2012, caso Nicoleta Gheorghe c. Rumania, número 23470/05 --sanción pecuniaria equivalente a 10 €--; ya mencionada, en la que se razonó, con abundante cita jurisprudencial, que «la solicitante ya no se enfrentaba a una sentencia de prisión en el momento de los hechos. Sin embargo, esto no es en sí mismo decisivo a los efectos de la aplicabilidad del aspecto penal del artículo 6 de la Convención porque, como ha sostenido la Corte repetidamente, la relativa debilidad de la sanción no puede eliminar un delito su carácter intrínseco delictivo... la Corte considera que el carácter general de la disposición legal infringido en el presente caso por la demandante, así como la disuasión y

castigo punitivo de la sanción impuesta, son suficientes para demostrar que el delito en cuestión era de naturaleza penal en virtud del artículo 6 de la Convenio, que por lo tanto se aplica.» (26)

Por el contrario, como ya se ha dicho también y se recuerda en la sentencia Saquetti, incluso las infracciones que conforme al segundo criterio -- naturaleza de la infracción-- pudieran resultar como una infracción propiamente administrativa, si comportan la imposición de una infracción de indudable gravedad, en concreto, la privación de libertad, debe considerarse de naturaleza penal. Así resulta, a sensu contrario, de la antes mencionada sentencia del caso Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal.

Sobre esos precedentes, el Tribunal comienza por señalar en la sentencia Saquetti, como dato destacado, que la sanción no comportaba privación de libertad ni directa ni indirectamente, por impago de la multa impuesta. Con ello deja constancia del criterio, ya se apuntado en la sentencia Engel, de que la infracción administrativa que comporta una privación de libertad ha de considerarse como de naturaleza penal, pero que ello no comporta que sea decisivo, criterio que se recoge en el antes mencionado Informe explicativo del Protocolo.

En este sentido el Tribunal considera que una multa como la impuesta en el asunto Saquetti (153.800 €, más la incautación de la cantidad aprehendida), debe considerarse de suficiente gravedad para conferirle naturaleza penal. En el antes mencionado asunto *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. c. Eslovenia*, se consideró como tal una sanción prevista en la norma de 500.000 €. Sin embargo, el Tribunal no da pautas en la sentencia Saquetti para discriminar con criterios objetivos cuando una infracción debe ser considerada como de naturaleza penal por la sanción que se fija en la ley que la regula.

Conforme a los pronunciamientos del Tribunal ha de llegarse a la conclusión de que el criterio de la gravedad de la sanción no puede examinarse desvinculado de la exclusión que se establece en el párrafo

segundo del artículo 2 del Protocolo respecto de las infracciones de menor gravedad. Y si bien en la sentencia del caso Nicoleta Gheorghe c. Rumania, consideró determinante para aplicar el Protocolo la naturaleza penal de la infracción; en la sentencia de 9 de junio de 2011, asunto Luchaninova c. Ucrania (16347/02), referida a un sanción de 10 € por la sustracción de material empresarial por un trabajador equivalente a 1 €; se afirma: *«el Tribunal no puede ignorar que el delito del que fue acusado el demandante condenado se refería a un hurto menor y no se castigaba con pena de prisión. Por tanto, la Corte concluye que fue de carácter menor, encuadrado en las excepciones permitidas por el segundo párrafo del artículo 2 del Protocolo núm. 7 (comparar y contrastar Zaicevs c. Letonia , núm. 65022/01, §§ 55 y 56, TEDH 2007-IX (extractos) y Gurepka c. Ucrania (núm. 2), no. 38789/04, § 33, 8 de abril de 2010).»* (27)

De los términos en que se expresa el Tribunal cabe concluir que tanto la gravedad de la sanción como la determinación de la infracción como de menor gravedad *«debe decidirse a la luz de las circunstancias de cada caso; si bien será necesario que la medida controvertida alcance cierto umbral de gravedad, corresponderá a las autoridades nacionales examinar su proporcionalidad y las consecuencias especialmente graves a la luz de la situación personal del demandante»* (sentencia Saquetti, 37). Tan llega a tomar en consideración el Tribunal las consideraciones personales del sancionado que expresamente declara:

«En el presente asunto, el Tribunal indica que, de conformidad con la Ley, al demandante se le podía imponer una multa de entre 600 euros y el doble del valor de los medios de pago empleados, y que finalmente tuvo que desembolsar el importe total incautado, es decir, 153.800 euros...

«El Tribunal observa que la cantidad incautada... equivale a todos los bienes personales que el demandante, que no tiene antecedentes penales, pudo ahorrar durante sus visitas periódicas a España. A este respecto, y teniendo en cuenta que no se ha demostrado que los fondos incautados sean el resultado de prácticas vinculadas al blanqueo de capitales, el Tribunal

señala que la sanción debe corresponder a la gravedad de la infracción constatada, esto es, el incumplimiento de la obligación de declarar, y no a la gravedad de la posible infracción, no establecida en esta fase, que habría consistido en la comisión de un delito como el blanqueo de capitales o la evasión fiscal (...). Asimismo, por lo que respecta al comportamiento del demandante, el Gobierno no impugnó el cumplimiento de la obligación de declarar los fondos cada vez que entraba en territorio español (...).» (39 y 41).

De la sentencia cabe concluir que si en el caso Saquetti se consideró que la infracción no podía considerarse de menor gravedad, lo fue porque la concreta sanción impuesta se consideraba de indudable gravedad para el sancionado, no en su consideración objetiva, rechazando que la fijación de la sanción en la tipificación legal pueda servir para considerar una infracción como de menor gravedad.

Pero el TEDH lleva sus razonamientos más lejos cuando, a los efectos de examinar si la infracción es de menor gravedad, añade consideraciones referidas a la naturaleza de la revisión jurisdiccional de la sanción e incluso de la propia normativa que la regula, cuando declara:

«Por otra parte, el Tribunal señala que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no contiene análisis alguno de la proporcionalidad de la medida impugnada, como exige el artículo 59, párrafos 1, 2 y 3, de la Ley 10/2010, de 28 de abril (párrafo 11 supra)... la sentencia no tuvo en cuenta ni las circunstancias personales del demandante ni los documentos o pruebas aportados por aquel. Se trata de un requisito que el Tribunal ha tenido ocasión de reiterar al examinar las sanciones en materia aduanera a la luz del artículo 1 del Protocolo nº 1 (...).

Asimismo, el Tribunal observa que, de conformidad con la ley aplicable (artículo 34 de la Ley 10/2010, de 28 de abril), la salida legal de capitales, en principio, solo deberá ser objeto de una declaración, sin necesidad de autorización previa, con el fin de realizar los controles pertinentes para prevenir el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.» (40-43).

Y con tales razonamientos concluye la sentencia: *«En consecuencia, este Tribunal considera que la incautación de prácticamente la totalidad de la cantidad descubierta durante el control aduanero realizado en el presente asunto, sin que las autoridades internas hubieran realizado un examen de proporcionalidad, impide que la infracción se considere "de menor gravedad" en el sentido del artículo 2 del Protocolo nº 7»*. (44).

Así pues, son las circunstancias particulares del caso enjuiciado las que llevan al Tribunal a considerar que la infracción sancionada, ya considerada como de naturaleza penal, no pueda ser apreciada como de menor gravedad, a los efectos de excluir el derecho al reexamen, en concreto, *«la incautación de prácticamente la totalidad de la cantidad descubierta durante el control aduanero realizado en el presente asunto, sin que las autoridades internas hubieran realizado un examen de proporcionalidad»*.

Debe destacarse que en el razonamiento de la sentencia que se ha transcrito, se hace el reproche al Tribunal español de no haber tenido en consideración los criterios de proporcionalidad para la imposición de la sanción que autoriza nuestra normativa; lo cual podría hacer pensar que de haberse tenido en cuenta esas circunstancias y haber examinado la sanción con arreglo al principio de proporcionalidad, la infracción podría no haber sido considerada de naturaleza penal, pese a la concurrencia de los restantes presupuestos.

Cabría pensar, a modo de conclusión de esos razonamientos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que esas dificultades son las que, en última instancia, hacen que no sea determinante para conferir naturaleza penal a las infracciones administrativas la gravedad de la sanción impuesta, sino vincular este criterio al de la naturaleza intrínseca de la sanción.

4. Conclusiones de los criterios para considerar una infracción administrativa como de naturaleza penal.

Del examen que se ha realizado de la jurisprudencia del TEDH cabe hacer una primera conclusión de indudable relevancia. El Tribunal se ve obligado a establecer una distinción entre las infracciones penales y las administrativas que deben ser consideradas de naturaleza penal y, por tanto, someterse a las garantías propias de las infracciones de esta naturaleza, entre ellas la revisión jurisdiccional; excluyéndose aquellas otras infracciones administrativas que no tienen dicha naturaleza y, por tanto, no se someten a ese grado de garantías.

Esa distinción viene impuesta por la premisa de que en el acervo jurídico de los Estados existe una legítima potestad sancionadora del poder ejecutivo y aparece claramente reflejada en la sentencia Engel, como ya se dijo anteriormente.

Lo que se quiere concluir de lo expuesto es que la doctrina de la sentencia Saquetti se mueve en el proceloso intento de discriminar entre infracciones administrativas y penales al margen de su mera regulación legal. Y en esa labor cabe señalar la dificultad de establecer reglas objetivas y taxativas, de tal forma que solo es posible en un examen a posteriori de la sanción, es decir, valorando todas las circunstancias y no solo las subjetivas y objetivas del sancionado y la conducta, sino incluso la misma motivación de la resolución que deja firme la sanción conforme al Derecho interno. El mismo Tribunal deja clara constancia de ello en las dos sentencias más detenidamente examinadas --así como en casi todas las que afectan a esta materia-- en que se ve obligado a hacer una relación de los criterios circunstanciales que le llevan a considerar que la sanción impuesta constituye una infracción que, pese a su configuración legal de infracción administrativa, debe considerarse de naturaleza penal. Y ese debate no es exclusivo del TEDH, el mismo Tribunal de Justicia de la Unión se ha visto en la necesidad, al resolver cuestiones suscitadas en la interpretación del Derecho de la Unión, de calificar la auténtica naturaleza de determinadas infracciones administrativas como infracciones penales, bien es cierto que no en relación con el debate que aquí se suscita (se refiere a la aplicación del artículo 6 de la

Convención) de la que es exponente la sentencia de 2 de febrero del presente año, asunto C-84/2021 (ECLI:EU:C:2021:84).

Ahora bien, esa circunstancia comporta una dificultad de delimitación del debate que trasciende a este recurso de casación. Porque si el derecho al reexamen de la condena constituye un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos, conforme a su naturaleza de derecho fundamental, exige claridad en su delimitación que le permita tener la expectativa, al menos desde que se le impone la sanción, de que la resolución sancionadora puede someterse al examen de un Tribunal superior. Y esa exigencia se aviene mal con el hecho de que sean precisamente las circunstancias de cada caso las que autoricen ese reexamen.

Debe hacerse una última reflexión. Habrá de concluirse en la dificultad que comporta establecer una regulación general de las infracciones administrativas, en que el Legislador deba discriminar aquellas infracciones que, pese a su naturaleza legal, deben considerarse como de naturaleza penal y, en lo que ahora interesa, someterlas, cuando menos, al régimen de impugnación de las infracciones penales. Si no existen criterios generales y abstractos decisivos para dicha distinción, se dificulta la potestad legislativa en materia procesal, habida cuenta que la norma procesal exige reglas taxativas a la hora de determinar los trámites que todo proceso comporta. No es posible, desde el punto de vista de la técnica legislativa, establecer una regulación de una revisión de una sentencia condenatoria (en nuestro sistema de impugnación de las sanciones administrativas, confirmar una sanción impuesta por la Administración pública) por una infracción administrativa, si dicha impugnación --reexamen-- se debe condicionar a las peculiares circunstancias del caso; incluso a los criterios Engel, cuya apreciación general y abstracta requeriría de una serie de condicionantes que difícilmente pueden ser establecidos en la norma procesal, que es la que deberá habilitar la doble instancia.

Bien es verdad que ese debate, dada la imposibilidad de configurar todas las infracciones en vía penal como ya declaró la sentencia antes citada

de nuestro Tribunal Constitucional, tendría una fácil solución si en nuestro sistema procesal contencioso-administrativo se instaurase la regla general de la doble instancia, como ya han reclamado tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo. Pero es esa una solución de lege ferenda que no nos corresponde a nosotros más cometido que su constatación, pero que no puede servir para excluir el debate de lege data, propia de la potestad jurisdiccional y conforme a los dictados del TEDH. Y a esos efectos deberá tenerse en cuenta el Protocolo número 15 al Convenio, aprobado el 24 de junio de 2013 y ratificado por España en Instrumento de 3 de septiembre de 2018, y entrada en vigor en fecha 1 de agosto del presente año de 2021 --con posterioridad a este proceso y, por tanto, no aplicable, pero si digno de servir de interpretación--, el cual incluye en el Preámbulo del Convenio la declaración de que *«las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primordial de garantizar los derechos y libertades definidos en esta Convención y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutan de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción de supervisión de la Corte Europea de Derechos Humanos establecida por este Convenio.»*

CUARTO. Aplicación de la jurisprudencia del TEDH al caso de autos.

La cuestión que suscita interés casacional obliga a examinar la trascendencia que la jurisprudencia del Tribunal expuesta tiene en el caso de las sanciones que se imponen en la resolución objeto de revisión en este proceso.

Como ya se dijo, en el caso de autos todos los agentes intervinientes en la navegación del buque a quien se imputa el vertido denunciado por la Administración marítima, fueron sancionados conforme al régimen que se establece en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en adelante, TR).

Como es tradicional en la legislación administrativa sectorial, el Texto Refundido dedica el Libro segundo a la *«Marina Mercante»*, incluyendo el

Título IV, referido al «régimen sancionador», integrado por dos Capítulos, dedicados a las «Infracciones», el primero de ellos, y a las «sanciones y otras medidas», el segundo.

En una exposición somera de dicho régimen, que es lo que ahora procede, el TR clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves, que se definen, respectivamente, en los artículos 306, 307 y 308. En relación con las sanciones, se regulan en el artículo 312 en el que se establece un régimen de multas en función de las categorías de las infracciones que se tipifican en el mismo TR, estableciéndose la regla general de que las infracciones leves se sancionarán con multa de hasta 60.000 €; las graves, con multa de hasta 602.000 €, en función de la naturaleza de las infracciones apreciadas de las tipificadas en el artículo 307; y para las muy graves, con multas de hasta 3.005.000 €, en función de la naturaleza de la infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 308.

El cuadro expuesto, sin perjuicio de posteriores puntualizaciones, es suficiente para los efectos de considerar si, conforme a la jurisprudencia del TEDH, debe considerarse que ese cuadro de infracciones comporta estimar que tienen naturaleza penal y, por tanto, debe serles de aplicación el Protocolo. Para ello debemos tener en cuenta los ya antes mencionados criterios Engel, conforme han sido desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal europeo.

Como ya se ha dicho, el hecho de que tales infracciones estén consideradas como de naturaleza administrativa no es relevante a los efectos de excluir esa naturaleza penal. No obstante, si debemos tener en cuenta que no en todos los supuestos esa conclusión es admisible y así puede citarse el caso de Francia, que en el Instrumento de Ratificación del Protocolo, como después veremos, precisamente limitó los efectos del mismo a aquellas infracciones que de manera expresa la legislación interna de Francia tipificase como infracciones penales, sin aplicación a las infracciones administrativas de ningún género y en ningún caso.

Por lo que se refiere al segundo de los criterios Engel, la naturaleza de la infracción, en los términos que ya antes se examinó, no puede negarse que el cuadro de infracciones que se contienen en el TR ha de calificarse de naturaleza penal a los efectos del Protocolo.

En efecto, como ya se dijo, este criterio toma en consideración el colectivo afectado por la acción típica, los fines protegidos y su carácter disuasorio y no resarcitorio.

Por lo que se refiere al colectivo a que afecta la infracción, se opone por la defensa de la Administración en relación con esta circunstancia que, en la concreta infracción sancionada en la resolución que se revisa en este recurso, afecta a un supuesto de sujeción especial, en concreto, las autorizaciones para el tráfico marítimo de donde debería concluirse que no existe un colectivo generalizado afectado por la infracción y debe rechazarse su consideración como infracción de naturaleza penal. No podemos aceptar ese argumento, al menos con el carácter general que cabría apreciar del cuadro de infracciones regulado en el TR.

Es cierto que, en principio, en ese cuadro de infracciones, en sus tres categorías de leves, graves y muy graves, el Legislador las agrupa en función de cinco bienes jurídicos protegidos, a saber y con ligeras especialidades en cada una de las categorías de infracciones, los siguientes:

1º. *«uso del puerto y sus instalaciones... ejercicio de actividades que se prestan en él... prestación de servicios portuarios»;*

2º. *«actividades [portuarias] sujetas a previa autorización, concesión o prestadas mediante licencia»;*

3º. *«seguridad y protección marítima»;*

4º. *«ordenación del tráfico marítimo» y*

5º. *«contaminación del medio marino... prevención de la contaminación del medio marino producida desde buques o plataformas fijas u otras instalaciones que se encuentren en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción».*

Bien es verdad que a la vista de ese cuadro de infracciones, por el carácter integral del TR, podría concluirse que todas las actuaciones referidas a los Puertos, están sometidas a un fuerte control y autorización administrativos, reguladas en el mismo TR, que toma en consideración la naturaleza de dominio público de todos los elementos integrantes en dichas instalaciones. Es decir, podrían encuadrarse en un régimen de sujeción especial en el que en no pocas de las infracciones tipificadas en relación con dicha actividad el sujeto no sería la población en general, sino aquellos que están sometidos a ese régimen de concesiones o autorizaciones que habilitan la utilización de dichos servicios y actividades portuarias, sobre lo que no parece necesario extenderse. Se excluiría con ello, en principio, la posibilidad de que pueda afectar a la población en general, sino a los titulares de dichos actos de autorización que permiten el uso del dominio público.

En relación a las infracciones referidas a la marina mercante o, con mayor concreción, a las referidas a la seguridad y al tráfico marítimo y a la contaminación del medio marino, no puede cuestionarse que tiene como destinatarios a la totalidad de la población y, por tanto, tienen una clara finalidad disuasoria y la cuantía de las sanciones las hacen claramente partícipes de esa naturaleza penal. En efecto, es cierto que si centramos la cuestión en el caso de autos y reconducimos el debate a la comisión de las infracciones desde buques, es lo cierto que las medidas de seguridad que se imponen son de indudable trascendencia, muchas de ellas por exigencia de la normativa europea normalizada. Buen ejemplo es el caso de autos. Pero en modo alguno cabe considerar que las infracciones tipificadas en los preceptos mencionados requieran esa específica autoría.

En efecto, no ofrece duda alguna que las infracciones que se tipifican en los párrafos 2º y 4º del mencionado artículo 307, en cuanto que referidas,

respectivamente, a la seguridad y protección marítima o a la prevención de la contaminación del medio marino, es indudable que por más que se puedan condicionar a que las concretas acciones puedan realizarse desde buques u otras instalaciones, se trata de infracciones que tienen una finalidad general de prevención general, en el sentido que ya dijimos considera el TEDH o, en la terminología de nuestro Derecho, de un supuesto de sujeción general que, aunque esté referida a determinados colectivos, no lo es por una relación específica con la Administración, sino que la finalidad es la evitar que se pueda perjudicar la seguridad marítima o la contaminación marina.

Lo anterior aboca el debate a la concurrencia de la segunda circunstancia que delimitan el criterio de la naturaleza de la infracción, la de los intereses protegidos o, conforme a nuestro Derecho, los bienes jurídicos protegidos. Es manifiesto que con la tipificación de las sanciones que se incluyen en los mencionados preceptos la única finalidad de la norma sancionadora no es sino proteger tanto el tráfico marítimo como la calidad de los mares, incluso cabría concluir que aquel bien jurídico está en vinculación con el segundo. No parece necesario insistir en la trascendencia de la protección de los mares que en la conciencia colectiva está lo suficiente arraigada, baste con señalar que incluso a nivel normativo la Directiva 2008/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino, denominada como Directiva Marco sobre la Estrategia Marina, deja constancia de esa relevancia y de los bienes que deben protegerse, a los que responde el cuadro de infracciones del TR, imponiendo la necesidad de que cada Estado de la Unión elabore un Estrategia Marina; Directiva que propició la promulgación de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino que, al referirse en su artículo 36 a las infracciones y sanciones, hace una remisión general a la *«legislación sectorial correspondiente»*, constituida por el TR. Y no puede desconocerse que sería difícil encontrar diferencias entre el bien jurídico protegido por las infracciones tipificadas en el TR y el protegido en los tipos penales que se incluyen en los artículos 325 y siguientes del Código Penal, como después veremos.

Finalmente, una tercera circunstancia a tomar en consideración para aplicar el segundo de los criterios Engel, es la existencia de un objetivo de disuasión y represión. Tampoco cabe negar que las infracciones a que nos venimos refiriendo puedan tener otro objetivo que el de servir de lo que en nuestro Derecho se considera como prevención general, en el sentido de evitar la comisión de acciones de este tipo, que resultan perjudiciales para la conservación del medio marino y, caso de haberse ejecutado, actuar como prevención especial pues mediante la imposición de las sanciones correspondientes se trata de imponer el castigo al culpable para la evitación de nuevas acciones. Porque si hay algo evidente en el marco normativo sancionador del TR es que la finalidad de las sanciones no es la mera compensación del daño, de la responsabilidad civil, conforme a la terminología empleada por el TEDH, dado que esas sanciones se imponen sin perjuicio de dichas reparaciones, como ya vimos.

Y aun cabría añadir, a los efectos de la concurrencia de este criterio sobre la naturaleza de la infracción, que las infracciones a que nos venimos refiriendo, en la forma en que aparecen definidas en el TR, no hacen sino completar los tipos penales, como es frecuente en nuestro Derecho (ámbito tributario, urbanístico, etc.), de tal forma que los tipos de estas infracciones quedan asimilados a los tipos penales de los «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», a que se refiere el Capítulo III, del Título XVI, del Libro II de nuestro Código Penal; en especial del tipo general que se describe en los artículos 325 y 326, que de manera expresa se refiere a las aguas marítimas, incluido el alta mar; y de los que han existido desgraciados exponentes en las últimas décadas en la actividad de nuestros Tribunales, en especial, los del Orden Penal. Así pues, carecería de toda lógica que existiendo una prevención general y para la totalidad de la población de dichas acciones típicas penales, con las garantías que ello comporta, se negara a quienes cometieran esas mismas conductas cuando fueran calificadas como infracciones administrativas, garantías que tuvieran previstas aquellas, que es de lo que ahora se trata.

De la conclusión anterior se deduce que ya no es necesario examinar si en los concretos supuestos de autos concurre el tercero de los criterios Engel, referido, como sabemos, a la gravedad de la sanción, que, como ya se dijo, dependerá de las condiciones personales, pues si la infracción, conforme al segundo criterio, debe considerarse de naturaleza penal, la gravedad o no de la sanción no le hace perder esa condición, como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal, conforme a lo que antes se ha expuesto.

Así pues, ha de concluirse que conforme a los criterios del TEDH las infracciones contempladas en el TR sancionadas en la resolución que en este recuso de examina deben considerarse de naturaleza penal.

QUINTO. Requisitos para el derecho al reexamen de la condena.

Lo concluido en el anterior fundamento comporta, conforme a la doctrina del TEDH antes expuesta, que las infracciones sancionadas en la resolución impugnada en este proceso se encuentran sujetas a la garantía que establece el artículo 2 del Protocolo que es, debe recordarse, el primero de los fundamentos de este recurso de casación y el elemento que centra la delimitación de la cuestión casacional objetiva apreciada en el auto de admisión. Ello obliga a considerar si el mencionado precepto ha sido incumplido en el caso de autos y, de manera general, si nuestra normativa comporta la vulneración del Convenio y sus Protocolos, que es la denuncia que se hace en el escrito de interposición. Debemos pues centrar ahora nuestro examen en esa polémica suscitada por las partes.

Como se viene exponiendo, el artículo 2 del Protocolo impone la necesidad de que toda sanción por infracción administrativa que tenga naturaleza penal ha de ser «*examinada por un órgano jurisdiccional superior*»; exigencia que se complementa con la excepción de que, por razones obvias, la sanción sea impuesta (o revisada jurisdiccionalmente) por el «*alto órgano jurisdiccional*». Esa es una garantía que, como se dijo, se integra en el derecho a un proceso equitativo que se reconoce en el artículo 6 del Tratado, por aplicación del artículo 2 del Protocolo.

Como ya se dijo antes, es necesario dejar constancia de los concretos términos en que se reconoce esta garantía en el mencionado precepto, que no es, como se ha venido aceptando genéricamente por nuestra doctrina, un derecho a la doble instancia. Lo que dispone el precepto es que la declaración de culpabilidad «*sea examinada por un órgano jurisdiccional superior*», añadiendo que ese examen, es decir, «*el ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley*»; obviamente, por la ley nacional de cada Estado. Si nos atenemos a los propios términos del precepto (artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, ratificado por España en 1972), hemos de señalar que la garantía que se impone es la de un nuevo examen de la declaración de culpabilidad o la condena, pero en modo alguno que necesariamente ese nuevo examen comporte una doble instancia, institución que el mismo artículo 2 del Protocolo toma en consideración cuando, entre las excepciones a la mencionada garantía, incluye la referencia a «*en primera instancia*» cuando esa declaración se ha realizado por el máximo órgano jurisdiccional; y pese a utilizar esa referencia, no incluye en el párrafo primero el concepto de doble instancia.

En esa línea, no puede resultar irrelevante que el mismo precepto, al reconocer la garantía, se remita a la ley nacional para determinar, no solo el «*ejercicio*» del derecho, sino incluso «*los motivos por los que podrá ejercerse*», condicionantes nacionales que carecerían de sentido si el Protocolo hubiera querido reconocer el derecho a la doble instancia en la que ni hay motivos ni, en puridad de principios, margen alguno para su régimen en la normativa nacional dado que, excluidas las especialidades procesales propias, por tal deberá entenderse una completa revisión de esa primera declaración de culpabilidad o condena; algo que el precepto no impone, al menos con la claridad que se ha querido poner de manifiesto por nuestra doctrina y que se sostiene por la recurrente en su escrito de interposición.

Y en esa línea, debemos tener en cuenta, porque el Tribunal Europeo hace frecuentes referencias a ello, que en el Informe explicativo del Protocolo

se declara: «18. *Diferentes reglas rigen la revisión por un tribunal superior en los distintos Estados miembros del Consejo Europeo. En algunos países, dicha revisión se limita en ciertos casos a cuestiones de derecho, como los recursos de casación. En otros, existe el derecho a apelar contra las conclusiones de hechos, así como sobre cuestiones de derecho. El artículo deja las modalidades para el ejercicio del derecho y los motivos por los que puede ejercerse serán determinados por la legislación interna.*» Es decir, el Informe deja al criterio de los Estados la extensión de dicho examen de la declaración de culpabilidad o condena, sin exigir necesariamente, como comportaría una doble instancia, una revisión de las cuestiones de hecho y de derecho, sino que puede limitarse a estas últimas, como es propio de los recursos de casación. El Informe va más lejos porque incluso no impide que se cumpla la garantía del artículo 2 del Protocolo por el hecho de condicionarse uno u otro recurso a determinados requisitos formales o motivos concretos.

En efecto, declara el Informe: <<19. *En algunos Estados, una persona que desee apelar ante un tribunal superior debe, en determinados casos, solicitar permiso para apelar.*>>

Pues bien, frente a esa clara doctrina constitucional, que fue invocada por la defensa de España en el caso Saquetti, declara el TEDH, con base al Informe Explicativo antes mencionado, que «*las autoridades "que no sean tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio" no pueden ser tenidas en cuenta como "jurisdicciones". Este es el caso de la entidad responsable de imponer la multa en el presente caso, es decir, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que depende directamente del Ministerio de Economía.*» Es decir, para el Tribunal Europeo, la declaración de culpabilidad o la condena, a los efectos del artículo 2 del Protocolo, no la hace la Administración en su resolución sancionadora, sino que a los efectos de un nuevo examen, esa declaración se hace por primera vez por el Tribunal que revisa dicha resolución sancionadora, lo que comporta que se impone un nuevo examen en vía jurisdiccional, conforme al mencionado precepto del Protocolo.

Y al hilo de la exigencia de la efectividad del derecho, rechaza el TEDH que pueda cumplirse con el recurso de amparo ante nuestro TC (que había aprovechado el Sr. Saquetti) con los siguientes argumentos:

«El Tribunal señala que, de conformidad con la legislación española, la competencia para examinar la legalidad ordinaria está reservada a los juzgados o tribunales que forman parte del poder judicial (incluidos los tribunales de apelación o casación). De conformidad con el artículo 53.2 de la Constitución, cuando el Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre un recurso de amparo, podrá comprobar si las resoluciones administrativas o judiciales pertinentes han respetado los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución. En particular, en lo que respecta a los recursos de amparo interpuestos contra una resolución judicial, como en el presente asunto, el artículo 54 de la LOTC limita la función del Alto Tribunal a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades. Dicha disposición establece que se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

[...]«El Tribunal Constitucional ha aclarado a través de su jurisprudencia que no se creó para reparar las infracciones de preceptos, sino para restablecer y preservar los derechos fundamentales garantizados por el artículo 53.2 cuando estos se han infringido de forma real y efectiva. La infracción del precepto constitucional es condición necesaria pero no suficiente. En pocas palabras, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 1995).

[...]«A la vista de las facultades atribuidas al Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo, este Tribunal considera que dicho órgano no puede ser considerado como una segunda instancia a los efectos del artículo 2 del Protocolo nº 7. En consecuencia, la única autoridad judicial que ha considerado los hechos en cuestión en el presente caso es el Tribunal

Superior de Justicia de Madrid mediante su sentencia de 17 de enero de 2013 (véase, mutatis mutandis, Grecu, citado anteriormente, § 83). (55 a 57)».

De conformidad con lo que se declara en el propio artículo 2 del Protocolo, que hace una remisión expresa a que el ejercicio del derecho a un nuevo examen de la culpabilidad se «*regulará por la ley*», unido a las reflexiones --con eficacia interpretativa-- del Informe Explicativo, se puede referir el debate sobre si esa revisión de la culpabilidad ha de abarcar las cuestiones de hecho y de derecho o solo estas últimas, en resumen y conforme al sistema clásico continental de inspiración francesa, si es válido el recurso de casación o el de apelación, conforme al alcance de ambos recursos en nuestro Derecho (el sistema germánico se configura con el recurso de revisión).

Para dar respuesta a ese debate debemos atenernos a lo declarado por el TEDH en la sentencia Saquetti, en el que hasta en dos ocasiones declara de manera taxativa que la exigencia de la doble instancia se cumple tanto con los tribunales de apelación como con los de casación (apartados 54 y 55), al declarar de forma categórica que «*puede considerarse que los tribunales de apelación o de casación cumplen los requisitos de una "doble instancia jurisdiccional"*».

Incluso si nos atenemos a los razonamientos que hace el Tribunal en la sentencia Saquetti, el argumento decisivo para apreciar que se había vulnerado el derecho a la doble instancia, no era que nuestro recurso de casación vigente al momento de dictarse la sentencia de instancia en aquel proceso impidiera el conocimiento de asuntos cuya cuantía no excediera de 600.000 €, conforme a la normativa entonces vigente (artículo 86 en la redacción dada por Ley 13/2009), y precisamente por el régimen intertemporal que comportó la reforma del artículo 86.2º.b), que elevó la cuantía del recurso de casación a dicha cantidad; sino el hecho de que fuese dicha aplicación de la Ley de reforma la que impidió que tuviera acceso a la casación la sentencia que allí se cuestionaba, dado que por su cuantía excedía del límite casacional, fijado con anterioridad en 150.000 €. Y hasta tal punto considera el Tribunal

que es esa la causa de la vulneración del derecho al reexamen que declara taxativamente que *«dichas limitaciones del derecho a recurrir por parte del demandante impidieron que su sanción fuera revisada por un tribunal superior e infringen la esencia misma del derecho amparado por el artículo 2 del Protocolo nº 7, ya que quedan fuera del margen de apreciación del que gozan los Estados contratantes con respecto a dicha disposición.»*

En suma, cabe concluir que en la exigencia que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo impone el derecho a un nuevo examen de la declaración de culpabilidad o condena, se reconoce un *«margen de apreciación»* que, en esa misma jurisprudencia, comporta nuestro sistema de casación, del cual demuestra la sentencia Saquetti que el Tribunal tiene un cabal conocimiento.

Suscitado el debate sobre la naturaleza del recurso de casación, en su regulación actual en nuestro Derecho, ya se ha expuesto como el TEDH no pone reparos a esa posibilidad, y así se deduce claramente de la sentencia Saquetti. Y en este sentido se hace por la Abogacía del Estado una oportuna cita de la jurisprudencia del TJUE que delimita la configuración orgánica y procesal del derecho al reexamen de la condena, que merece tomemos en consideración.

Nos referimos en primer lugar a la sentencia de 8 de enero de 2009, asunto Patsouris c. Grecia, Nº 44062/05. En la mencionada sentencia, referida a un supuesto de sanción disciplinaria (funcionario de policía local) por la comisión de una infracción penal urbanística, respecto de la cual no tuvo oportunidad de una doble instancia de su condena, por el régimen de recurso del Derecho griego que impone limitaciones para acceder a él. Cuestionándose ante el Tribunal de Garantías europeo la posible vulneración, entre otros, del artículo 2 del Protocolo, el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

«35. La Corte reitera que los Estados Contratantes tienen en principio una facultad discrecional para decidir sobre las modalidades de ejercicio del

derecho previsto en el artículo 2 del Protocolo núm. 7. Así, el examen de una condena o una condena por un superior el tribunal puede relacionarse tanto con cuestiones de hecho como de derecho o limitarse a cuestiones de derecho; además, en algunos países, el litigante que desee apelar ante la autoridad de apelación debe, en ciertos casos, solicitar autorización a tal efecto. Sin embargo, las limitaciones impuestas por la legislación nacional al derecho de apelación mencionado en esta disposición deben, por analogía con el derecho de acceso a los tribunales consagrado en el artículo 6 de la Convención, perseguir un fin legítimo y no vulnerar la esencia misma de este derecho. (...).

«36. La Corte advierte de entrada que, según las pruebas que constan en el expediente, la Ley nº 3346/2005 beneficia en principio a las personas condenadas en primera instancia o en apelación a penas de hasta seis meses de prisión, en particular en el caso de en la medida en que estas sentencias no sean ejecutadas ni consignadas en sus antecedentes penales. Sobre este último punto, la Corte otorga especial peso a la opinión expresada de manera consistente por los fiscales del país sobre la prohibición de inscribir en los antecedentes penales una condena como la impuesta al demandante (ver párrafo 26 supra). Además, la Corte acepta que la nueva ley persigue un objetivo legítimo, a saber, la aceleración de la justicia penal al aliviar la congestión del papel de los tribunales de casos menos importantes.»

Conforme a tales principios, concluye la mencionada sentencia que no se había vulnerado el Protocolo.

En la sentencia de 7 de diciembre de 2006, asunto Hauser-Sporn c. Austria (demanda Nº 37301/03), se refiere a una sanción impuesta por una infracción en materia de tráfico, con una multa equivalente a 290 €, cuyas vicisitudes coyunturales del Derecho Procesal austriaco, en la revisión del asunto por declaración de inconstitucionalidad de las normas que habían servido para la condena, denegó una segunda instancia por la cuantía de la multa (no excedía de 726 €.). Sobre esos presupuestos declara el Tribunal, ante la invocación del Protocolo, que *«El solicitante se quejó en virtud del*

artículo 2 del Protocolo N° 7 de que no tuvo una revisión por un tribunal superior. Sostuvo que la revisión del Tribunal Administrativo fue insuficiente, ya que no podía considerarse como un órgano judicial con competencia plena en materia de hechos y derecho, y que, en el presente caso, el Tribunal Administrativo, en cualquier caso, se negó a atender su denuncia. Además, invocó el artículo 13 a este respecto.» (51).

Suscitado el debate en la forma expuesta declara el TEDH: «La Corte reitera que los Estados Contratantes pueden limitar el alcance de la revisión por un tribunal superior en virtud de la referencia en el párrafo 1 de este artículo a la legislación nacional. En varios Estados miembros del Consejo de Europa, dicha revisión se limita a cuestiones de derecho o puede requerir que la persona que desee apelar solicite una autorización para hacerlo (...). No hay indicios de que, en el presente caso, el alcance de la revisión del Tribunal Administrativo con arreglo a la legislación austriaca pertinente (...) fuera insuficiente a los efectos del artículo 2 del Protocolo núm. 7. La decisión del Tribunal Administrativo en virtud del artículo 33 (a) de la Ley del Tribunal Administrativo, de no tramitar la denuncia del solicitante puede equipararse a una decisión adoptada sobre una solicitud de autorización para apelar (...). Por lo tanto, no hay apariencia de violación del artículo 2 del Protocolo núm. 7 ni del artículo 13 del Convenio. De ello se desprende que esta denuncia debe ser desestimada por manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.» (52)

Por su parte, la decisión del Tribunal declara la inadmisibilidad de la reclamación en su decisión de 30 de mayo de 2000, en el asunto Yves Loewenguth c. Francia, N° 53183/99, referido a una condena penal por violación, en que le fue denegado el recurso de apelación por carecer de fundamento, aduciéndose por el sancionado ante el Tribunal que la revisión solo era ya admisible en recurso de casación, cuyo conocimiento «es limitado a cuestiones de derecho». Pues bien, sobre esos presupuestos se declara en la sentencia que «La Corte recuerda, sin embargo, que del texto del artículo 2 del Protocolo núm. 7 se desprende que los Estados Partes conservan el derecho a decidir sobre las modalidades de ejercicio del derecho de revisión y

pueden restringir el alcance del mismo; en muchos de estos estados, dicho reexamen se limita, por tanto, a cuestiones de derecho (...) . Por lo tanto, el Tribunal considera que la posibilidad ofrecida al demandante de apelar sobre cuestiones de derecho contra la sentencia de 31 de marzo de 1998 cumplía los requisitos del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio.»

En la sentencia de 18 de enero de 2000, en el asunto Presti y Frodl c. Austria, Números 27618 y 27619 (condenados por delito de asesinato), ante la invocación de la vulneración del artículo 2 del Protocolo, se declara:

«La Corte recuerda que los Estados Contratantes pueden limitar el alcance de la revisión por un tribunal superior en virtud de la referencia del párrafo 1 de este artículo a la legislación nacional. En varios Estados miembros del Consejo de Europa dicha revisión se limita a cuestiones de derecho o puede exigir a la persona que desee apelar que solicite una licencia para hacerlo (...).»

Ya antes, en la Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 1992, asunto Nielsen c. Dinamarca, solicitud 19028/91, se declara: *«diferentes reglas gobiernan la revisión por un tribunal superior en el Estados miembros del Consejo de Europa. En algunos países dicha revisión en ciertos casos se limita a cuestiones de derecho, como los "recursos en cassation "(en derecho francés) o" Revision "(en derecho alemán). En otros existe el derecho a apelar contra las conclusiones de hecho, así como sobre cuestiones de derecho; y en algunos Estados una persona que desee apelar a un En ciertos casos, un tribunal superior debe solicitar autorización para apelar... tal examen por este tribunal puede ser una revisión limitada, siempre que las limitaciones de la ley no haga que tal revisión no tenga sentido... que la limitación de la revisión estaba en consonancia con la normas típicas que rigen los procedimientos ante los Tribunales Supremos que se reúnen sólo para controlar la legalidad de la sentencia del tribunal de primera instancia. La Comisión, por tanto, considera que el ejercicio del derecho a revisión según lo dispuesto en la legislación danesa satisfacía el requisito del artículo 2 del Protocolo núm. 7 (P7-2) del Convenio.»*

En ese mismo año de 1992, la Decisión de la Comisión de 8 de diciembre, en el asunto NW c. Luxemburgo, número 19715/92, había declarado con mayor precisión:

«... [L] la Comisión observa que en los estados miembros del Consejo de Europa, las posibilidades de apelación no están regulados de la misma manera. En algunos países, el examen por un tribunal superior puede limitarse, como en el presente caso, a la aplicación de la ley, como el recurso de casación. Otros países reconocen la apelación, que permite llevar ante un tribunal superior tanto a los hechos como a las cuestiones de derecho. De este modo el artículo 2 del Protocolo núm. 7 (P7-2) deja a la legislación nacional el cuidado de determinar las modalidades del ejercicio del derecho a la revisar la condena en un tribunal superior o condena, incluidos los motivos por los que puede ser ejercido (cf. informe explicativo relativo al Protocolo núm. 7, párr. 18).»

Mención especial merece el tratamiento que se hace en Francia de la exigencia del artículo 2 del Protocolo, que puede aprovechar al debate de autos por estar inspirado nuestro Derecho Administrativo fuertemente en el Derecho Francés, incluso, ciertamente que con particularidades, en su faceta jurisdiccional.

Francia había ratificado el Protocolo el 22 de noviembre de 1984 --en la fecha de su aprobación-- demorando la entrada en vigor al 1 de noviembre de 1988. Sin embargo, ya en el Instrumento de Ratificación se habían establecido reservas en cuanto a la aplicación del Protocolo (España hizo una mínima reserva condicional a la extensión del Protocolo, por parte del Reino Unido, sobre Gibraltar, pero sin reserva concreta sobre el artículo 2).

En concreto, en lo que respecta al artículo 2, que es el que nos ocupa, ya se ponía la siguiente condición: *«El Gobierno de la República Francesa declara que solo los delitos que, según el derecho francés, son competencia*

de los tribunales penales franceses, pueden considerarse delitos en el sentido de los artículos 2 a 4 del Presente Protocolo.»

Y aun en ese ámbito, se establecía que: «El Gobierno de la República Francesa declara que, de acuerdo con el significado del párrafo 1 del artículo 2, la revisión por un tribunal superior puede limitarse a un control de la aplicación de la ley, como un recurso ante el Tribunal Supremo.»

Pues bien, con relación a Francia, se declara en la Decisión de 15 de mayo de 1996, asunto Alteri c. Francia, número 28140/95:

«La Comisión recuerda que el Gobierno de la République Française declaró, con respecto al Protocolo N ° 7: "que en el sentido del artículo 2, párrafo 1 (P7-2-1), el examen por un tribunal superior puede limitarse a una aplicación de la ley, como el recurso a casación".

«La Comisión concluye que el demandante fue juzgado y declarado culpable por el Tribunal de lo Penal y que el único recurso disponible para él contra su sentencia fue un recurso de casación. El reexamen probable que interviniera ante el Tribunal de Casación se limitaba a solo cuestiones de derecho. Por tanto, la Comisión debe garantizar que en la limitación del derecho de reconsideración en la ley francesa cumple con el requisito del artículo 2 del Protocolo núm. 7 (P7-2).

«La Comisión recuerda que la segunda frase del artículo 2 del Protocolo No. 7 (P7-2-1) establece que el ejercicio del derecho a la revisión debe estar regulada por la ley, pero el artículo no especifica su alcance o su implementación real. Como la referencia a la necesidad de que la legislación regule los motivos de la revisión, los Estados tienen poder discrecional para decidir sobre las modalidades ejercicio de este derecho de examen. Este último puede limitarse siempre que las limitaciones previstas por la ley no vacíen el mismo reexamen de su significado (cf. N ° 19028/91, 9 de diciembre de 1992, DR 73, p. 239).

«La Comisión advierte que en el presente caso la limitación de la revisión a las cuestiones de derecho fue acorde con las reglas características que rigen los procesos ante varios Tribunales Supremos, que se reúnen únicamente para verificar la legalidad de la sentencia de fondo. Por tanto, la Comisión considera que la posibilidad de que el demandante ejerza el derecho de revisión previsto en la legislación francesa cumplía los requisitos del artículo 2 del Protocolo núm. 7 (P7-2) del Convenio.

«De ello se deduce que esta denuncia debe desestimarse por ser manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 27 párr. 2 (art. 27-2) de la Convención.»

Los argumentos se reproducen, casi en su literalidad, en la Decisión de la Comisión de 20 de ese mismo mes y año en el asunto Sausier c. Francia, número 35884/97.

De lo expuesto en los párrafos anteriores podemos sacar las siguientes conclusiones:

Primera. La garantía sobre el examen por un Tribunal superior a que se refiere el artículo 2 del Protocolo queda al criterio de la legislación de cada Estado, conforme a la remisión que se hace en el párrafo segundo del precepto, en relación a que su ejercicio se regulará por la ley.

Segundo. La exigencia del examen por un Tribunal superior no requiere necesariamente que afecte a las cuestiones de hecho y de derecho. Puede cumplir la garantía que se impone en el Protocolo un recurso que limite el conocimiento del Tribunal superior a cuestiones de derecho.

Tercero. Los recursos de casación, pese a la limitación que comportan como recurso extraordinario y conforme a lo concluido en el párrafo anterior, sirven para garantizar el derecho al reexamen por un Tribunal superior.

Cuarto. Los presupuestos formales de los recursos establecidos por la legislación interna de cada Estado, siempre que no desvirtúen la exigencia, dan cumplimiento a la garantía establecida en el Protocolo.

SEXTO. Aplicación de la doctrina sobre el derecho al nuevo examen de la culpabilidad en nuestro Derecho.

A la vista de las anteriores conclusiones debemos examinar la incidencia que comporta en nuestro actual sistema procesal contencioso-administrativo la exigencia del examen de la declaración de culpabilidad por una infracción administrativa que, conforme a su propia naturaleza, debe considerarse penal y someterse a las garantías que impone el artículo 2 del Protocolo.

1. La impugnación de las infracciones administrativas en el Derecho español. A los efectos del debate que se suscita es conveniente hacer una referencia, siquiera sea somera, al sistema establecido en el Derecho español para la impugnación de las resoluciones en que se acuerdan las sanciones por infracciones administrativas. Y en ese sentido debemos partir de que las resoluciones administrativas en las cuales una Administración pública impone una sanción, de cualquier naturaleza, no presentan de especialidad alguna y se someten al régimen general de la impugnación de los actos administrativos, previsto en el artículo 106 CE, y artículos 1, 25 a 30 y concordantes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cuanto al régimen procesal de tales «actos administrativos», tampoco se somete a especiales reglas y conforme al régimen de competencias, tanto objetivo como funcional, que se establece en la Ley procesal en los artículos 8 a 12, la impugnación de estos actos administrativos sancionadores se asigna a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo; en función, a

grandes rasgos, de si las resoluciones sancionadoras son competencias de las Corporaciones locales; la Administración periférica del Estado o de las Comunidades Autónomas, o de la Administración General del Estado.

A la vista de esa atribución competencial, no ofrece problema alguno en relación a la exigencia del reexamen cuando la competencia venga atribuida a los Juzgados, tanto provinciales como centrales, porque sus sentencias son susceptibles de recurso de apelación para ante las Salas de esta Jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia, en el primero de los mencionados órganos unipersonales, o ante la de la Audiencia Nacional, cuando la sentencia se dictase por los segundos (artículo 81). Y no puede pasar desapercibida la circunstancia de que estas sentencias de los Juzgados, además del recurso de apelación, pueden ser objeto del recurso de casación (artículo 86).

En esa sucinta exposición de los supuestos competenciales de nuestro sistema de recursos, en función del reparto competencial, tampoco ofrecen especiales reparos a los efectos de tener por cumplida la exigencia del examen por un tribunal superior aquellos supuestos en que la revisión de los actos sancionadores venga atribuido a esta Sala Tercera porque, siendo el máximo órgano de esta Jurisdicción (artículos 123 de la Constitución y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), es de aplicación la exención que, con toda lógica, se impone en el artículo 2.2º del Protocolo.

En esa misma línea, deberá concluirse que, por las mismas razones, quedan excepcionadas de la exigencia de la doble instancia, cuando la resolución sancionadora, por estar contemplada en la Legislación autonómica, sea competencia de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, en la medida que dichos Tribunales culminan la organización judicial en ese ámbito territorial (artículos 152.1º.2ª de la Constitución y 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), es decir, se trataría del máximo órgano jurisdiccional, siempre y cuando el debate suscitado no excediera del Derecho autonómico en que, como se establece en los mencionados preceptos, entraría en juego la competencia de este Tribunal Supremo.

De lo expuesto ha de concluirse, y a ello se refiere el debate suscitado en el auto de admisión, que la polémica se suscita respecto de los supuestos en que la revisión de los actos sancionadores fuera competencia de las Salas de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia (sin perjuicio de la posibilidad de acceder a casación las sentencias de apelación de los Juzgados, como antes se dijo). Y así se sostiene en el escrito de interposición del presente recurso, en que se considera que al estar excluidas dichas sentencias del recurso de apelación, se vulneraría el artículo 2 del Protocolo, al considerar que en el mismo se exige preceptivamente que contra tales sentencias debe proceder dicho recurso y no solo el de casación, que es lo procedente conforme al actual sistema de nuestra Ley procesal.

Acotado el debate a las mencionadas sentencias de los órganos colegiados susceptibles del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 86, consiste en si el recurso de casación constituye un medio idóneo para cumplir la exigencia de que la declaración de culpabilidad «sea examinada por un órgano jurisdiccional superior».

Planteado de este modo y como después se verá, nos encontramos con una resolución sancionadora cuyo enjuiciamiento conforme a las mencionadas reglas de competencia objetiva, viene atribuido a las Salas territoriales de los Tribunales Superiores de Justicia, en este caso al de Madrid, cuyas sentencias son susceptibles de recurso de casación para ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2. La doctrina de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo. La cuestión del examen de la declaración de culpabilidad o de condena por un órgano jurisdiccional superior en las resoluciones administrativas sancionadoras no es nuevo en nuestro Derecho y ya la doctrina se ha ocupado de esta cuestión postulando algún sector la exigencia de instaurar en nuestro sistema procesal contencioso-administrativo la doble instancia jurisdiccional, abriendo el recurso de apelación a todas las sentencias dictadas en única

instancia por las Salas de los TSJ y de la AN; propuesta que se ha acentuado al comentar el alcance de la sentencia Saquetti.

También la misma jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala Tercera, ha dejado constancia de esa propuesta. En efecto, ya en la antes mencionada sentencia 89/1999 deja insinuada el Tribunal de Garantías esa posibilidad al referirse a que *«pueda el legislador (atendida la gravedad de la sanción y la necesidad de cohonestar los derechos fundamentales a "un proceso con todas las garantías" y "sin dilaciones indebidas") arbitrar los oportunos medios de impugnación, lo cierto es que esta exigencia no se deriva de la Constitución, desde la que no cabe predicar la existencia de un derecho fundamental a la doble instancia contencioso-administrativa.»* Y en ese mismo sentido, en la sentencia de este Tribunal Supremo 1221/2020, de 30 de septiembre, dictada en el recurso 7007/2018 (ECLI:ES:TS:2020:3008), se hace referencia a *«la aconsejable doble instancia, la cual posibilitaría ---sin las restricciones propias del recurso de casación--- una plena revisión de la valoración de la prueba realizada en la instancia en supuestos con la trascendencia de autos...»*. No ha sido recogidas por el Legislador esas propuestas y se mantiene, en términos generales, el sistema de recursos establecido ya en la redacción originaria de la vigente Ley procesal.

Mayor recorrido ha tenido este debate en el ámbito del Orden Jurisdiccional Penal al que parece oportuno hacer referencia, por cuanto si de lo que se trata es de asimilar las infracciones administrativas graves a las penales y someterlas al mismo régimen de garantías, la problemática no difiere y es impensable que tengan mayores garantías las infracciones administrativas de naturaleza penal que las penales propiamente dichas.

Pues bien, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo ha examinado de manera reiterada esta cuestión, ante la que fue invocada reiteradamente la exigencia de la doble instancia con carácter general; que ha sido acogido finalmente, como es sabido, de manera absoluta, al haberse generalizado en una siempre deseable ampliación de las garantías que impone el Convenio.

No obstante, cuando aún dicha garantía no estaba reconocida con carácter general en nuestro Derecho Procesal Penal, la jurisprudencia de la Sala Segunda era concluyente en lo que ya se ha expuesto, bien que referido no solo al Protocolo, sino también al artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, de idéntico contenido que el artículo 2 del Protocolo.

En efecto, sirva de ejemplo, entre otras muchas, la sentencia 545/2012, de 22 de junio, dictada en el recurso de casación 2517/2011 (ECLI:ES:TS:2012:5199), en la que se recoge un exhaustivo panorama del debate procesal, con invocación a la conveniencia de instauración de la doble instancia que el Legislador finalmente ha acogido para ese Orden Jurisdiccional. Se declara en ese sentido:

«La doctrina de esta Sala al respecto ya ha sido fijada con la suficiente uniformidad. En efecto, en las SSTS 749/2007, 19 de septiembre y 742/2009, 30 de junio, recordábamos que es cierto que la generalización de la doble instancia constituye un desideratum hacia el que ha de dirigirse nuestro sistema procesal. Y así está aconteciendo, tanto en el orden jurisprudencial como en el legislativo... [A]sí ha sido entendido por el legislador español, que en su reforma de la LOPJ, operada mediante LO 19/2003, de 23 de diciembre, ha llevado a cabo una reordenación de la planta judicial para acomodar ésta a las exigencias derivadas del principio de la doble instancia.

«Esa compartida necesidad de reforma de nuestro sistema procesal, que generalice la doble instancia y haga del recurso de casación un recurso para la unificación de doctrina, se dibuja como algo irreversible.

«Cuestión distinta es que las alegaciones que hasta entonces se formulen lamentando la efectiva reordenación de nuestro sistema, hayan de ser necesariamente acogidas. La impugnación basada en la ausencia de doble instancia ha de ser resuelta conforme al estado actual de nuestra legislación, completado con la jurisprudencia que complementa aquélla.

[.../...]

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperrios, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el artículo 2 del Protocolo número 7º los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio. (STS 587/2006, 18 de mayo).

«Por último es de interés destacar, como hace la reciente STS 480/2009, 22 de mayo, dos cuestiones:

«a) Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewengutin y Deperrios, que fueron inadmitidas, respectivamente el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000, consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de Derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio.

«b) Que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación...

«De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que no existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación

del actual recurso de casación en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP.»

Carecería de todo sentido que si para las infracciones penales la jurisprudencia del propio TEDH que se cita en la sentencia transcrita, ha considerado que el originario recurso de casación --y exclusivo recurso en ese Orden Jurisdiccional anteriormente--, de naturaleza objeto y finalidad similar al de este Orden Contencioso-Administrativo, cumple las exigencias del artículo 2 del Protocolo 7 no pudiera tener ese misma cualidad nuestro actual recurso de casación.

3. El recurso de casación como recurso procesal a los efectos de la exigencia de la doble instancia. La principal objeción que se hace en el escrito de interposición del presente recurso es que, si bien se abandona el sistema procesal de motivos concretos y tasados de la casación en su anterior regulación, la reforma de 2015 lo condiciona a la concurrencia de dos presupuestos (artículo 88): de un lado, que se invoque una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia (también procesal o sustantiva); de otro, que presente interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia; condicionamiento este último que impide, a juicio de la defensa de la recurrente, que nuestro recurso de casación pueda cumplir la exigencia de la garantía que impone el artículo 2 del Protocolo.

Es cierto que el mencionado artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa solo autoriza el recurso de casación cuando se invoque que la sentencia de instancia ha incurrido en una infracción del ordenamiento jurídico y, además de ello, se estime por esta Sala que ese debate suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia; y siendo esos dos presupuestos necesarios, no es admisible el recurso si, evidentemente, no se denuncia una infracción del ordenamiento o no concurre ese interés casacional. Como se ha declarado reiteradamente por este Tribunal, no es admisible el recurso cuando pese a invocarse que la

sentencia de instancia incurre en infracción del ordenamiento jurídico, no es apreciable ese interés casacional objetivo.

En cuanto a la delimitación del concepto jurídico *“interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”*, se ha considerado como el presupuesto esencial y el eje del nuevo recurso, cuya finalidad es la de *«fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, para seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso.»* (Auto de 19 de junio de 2017, dictado en el recurso 273/2017; ECLI:ES:TS:2017:). Y hasta tal punto el Legislador ha considerado ese interés relevante para el recurso, que impone al recurrente, ya desde el trámite de preparación, una especial fundamentación en el escrito de preparación del recurso (artículo 89.2º.f) y, en sintonía con esa trascendencia y regulación, la Sección de Admisión de esta Sala Tercera ha puesto especial atención al cumplimiento y concurrencia de dicho presupuesto.

Ahora bien, como exige el mencionado artículo 88, dicho interés ha de ser «objetivo», es decir, debe tener una virtualidad de generalidad que trascienda de las concretas circunstancias del caso enjuiciado en la sentencia objeto del recurso. No son las peculiaridades del caso concreto enjuiciado las que reclaman el pronunciamiento sobre la interpretación de la norma que requiere el recurso de casación, sino su proyección a supuestos que puedan someterse al enjuiciamiento por los Tribunales, permitiendo que con la interpretación dada por el Tribunal Supremo se forme la jurisprudencia que unifique la interpretación de las normas delimitadas en el auto de admisión (Autos de 25 de mayo de 2017, recurso de casación 1132/2017; y de 26 de septiembre de 2018; dictado en el recurso de casación 238/2018).

Precisamente por ese carácter de generalidad que debe tener el interés casacional, es preciso que sea necesario para la formación de la jurisprudencia. De ahí una primera conclusión lógica, como se ha declarado

reiteradamente por esta Sala, es que no concurre el interés casacional cuando ya exista jurisprudencia al respecto, a salvo de la posibilidad que se apreciase la necesidad de reafirmarla, o se suministrasen argumentos sólidos para reconsiderarla o matizarla.

A la vista de tales circunstancias debemos acometer la labor que se nos impone en el auto de admisión que, conforme a lo que se ha razonado anteriormente, se centra en determinar si el actual recurso de casación regulado en nuestra Ley procesal cumple con la exigencia del doble enjuiciamiento que impone el artículo 2 del Protocolo, conforme a los criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH. Es decir el debate que aquí se suscita es cómo se articula la posibilidad del recurso de casación cuando la revisión de la resolución sancionadora estuviera atribuida a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia --que no afectaran al Derecho autonómico-- o de la Audiencia Nacional. En principio, los recursos en los que se dictaran sentencias en esta materia sancionadora, hasta ahora, no merecen especialidad alguna y solo cuando, conforme a los cánones del artículo 88, si es apreciable el interés casacional objetivo, se podría admitir el recurso de casación.

Conforme se ha expuesto al reseñar la jurisprudencia del TEDH, ninguna duda existe que el recurso de casación de nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa constituye un instrumento procesal idóneo para salvaguardar la garantía reconocida en el artículo 2 del Protocolo. El hecho de que el mismo esté sometido a una serie de limitaciones, no solamente formales, no empece esa conclusión, habida cuenta de que el Tratado y el Protocolo dejan al criterio de los Estados el régimen de los recursos que habilitan la doble instancia.

Para establecer la vinculación de la exigencia de la doble instancia con nuestro actual sistema del recurso de casación, esto es, con la concurrencia del interés casacional objetivo, debemos traer a colación lo que antes se dijo en relación a los supuestos en que se invoca esa garantía del reexamen, que no constituye un fin en sí mismo sino que, en cuanto instrumento de orden

procesal, su finalidad es dar efectividad al derecho del sancionado, a quien se le ha rechazado la revocación de la sanción impuesta por la Administración, dando oportunidad de que la decisión sea examinada por este Tribunal Supremo en recurso de casación, que es la garantía que se le reconoce por los Textos internacionales sobre Derechos fundamentales.

Para el examen de esa cuestión deberemos tener en cuenta que, en principio y centrado ya el debate en las sentencias que revisen actos sancionadores por infracciones que deban ser consideradas como de naturaleza penal, cuando se aduzca una infracción del ordenamiento jurídico, comporta el cumplimiento del primer presupuesto para la admisión del recurso. Es decir, la controversia no puede centrarse ya en si procede el reexamen por este Tribunal Supremo, sino en facilitar al sancionado, a quien se le ha desestimado el recurso en la instancia, la posibilidad de poder someter a este Tribunal Supremo las infracciones del ordenamiento que considere que se han desatendido en esa primera sentencia.

Es decir, el derecho al reexamen del artículo 2 del Protocolo no constituye un fin en sí mismo, como cabría concluir de todo el debate suscitado en este recurso, a la vista del énfasis que sobre ello se hace en el escrito de interposición, sino un medio a través del cual se puedan suscitar esas cuestiones sobre las posibles infracciones del ordenamiento a que se cree derecho el sancionado; lo cual ciertamente que consta en el escrito de interposición. Ahora bien, ello no comporta, como ha quedado reflejado en el examen de la jurisprudencia del TEDH y en contra de lo que se sostiene en el escrito de interposición, que puedan suscitarse en el recurso de casación cuestiones de mero hecho, esto es, una revisión de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, lo cual está, en principio, vedado en el recurso de casación, como se ha expuesto (ello sin perjuicio de la posibilidad de integrar los hechos a que se refiere el artículo 93.3º) y que no constituye un presupuesto ineludible del derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo.

Queda por referirnos al interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que, como hemos visto, constituye el otro presupuesto

ineludible para la admisión del recurso de casación. Pues bien es esa revisión de la culpabilidad la que se pretende por el recurrente y es la que constituye el fin del recurso. Luego deberá estimarse que lo reconocido en el artículo 2 del Protocolo es esa posibilidad de que en vía de recurso de casación este Tribunal Supremo pueda hacer un reexamen de las cuestiones --sustantivas y con exclusión de las cuestiones de mero hecho-- que hayan sido suscitadas por el sancionado en la instancia o tomadas en consideración por el Tribunal a quo.

Ahora bien, los párrafos 2º y 3º del artículo 88 de la Ley procesal recogen supuestos en los que el Tribunal pueda apreciar el interés casacional o cabe presumir que concurre el mismo. Sin embargo no son supuestos tasados («entre otras circunstancias», establece el precepto), lo que admite interpretar que la necesidad del reexamen de las resoluciones sancionadoras para este tipo de sentencias, con el fin expuesto, debe integrarse en los mencionados supuestos de interés casacional, por imponerlo la normativa reguladora de los derechos fundamentales, ahora reforzada con la ratificación del Protocolo número 15 al Convenio a que antes se hizo referencia.

Es decir, la proyección del artículo 2 del Protocolo en el actual sistema de nuestro recurso de casación no está tanto en la posibilidad ineludible de que se admita el recurso, sino en la garantía que debe conferirse al sancionado de que la impugnación de la sanción impuesta por la Administración y confirmada en la instancia --si se estima el recurso en la instancia decae el derecho del artículo 2 del Protocolo-- pueda ser examinada por este Tribunal Supremo y que siempre debe de hacerse posible cuando se invoque una infracción sustantiva, porque ese es el derecho que le reconoce el mencionado precepto y exige el TEDH conforme a la sentencia Saquetti.

Lo expuesto no supone que sin mayores razones que la denuncia de una infracción del ordenamiento y la declaración de culpabilidad por este tipo de infracciones comporte sin más la admisión del recurso de casación. Ha de estar condicionado, por supuesto, a que se invoque una cuestión de naturaleza sustantiva o procedimental que haya sido suscitada en la instancia

y rechazada por el Tribunal que dictó la sentencia recurrida, respecto de la cual no exista ya jurisprudencia.

Con todo, no puede perderse de vista que, como se declara por el TEDH, una resolución denegando el recurso da plena satisfacción a la garantía de la doble instancia, lo cual permite concluir que el auto en que se declarase la inadmisión del recurso de casación, no es contrario al artículo 2 del Protocolo. Lo que exige el derecho al reexamen es que el ordenamiento procesal habilite la posibilidad de que la condena por infracciones administrativas de naturaleza penal, pueda ser revisada por un Tribunal superior. Ahora bien, como también ha declarado el Tribunal, conforme a los propios términos del artículo 2 del Protocolo y se reseña en el Instrumento de interpretación a que ya nos hemos referido, la concreta regulación de ese derecho se deja a la normativa interna de los Estados y que la regulación de los mecanismos procesales para esa revisión puede establecer presupuestos formales, por lo demás propios del Derecho Procesal, sin que dichos condicionantes procesales puedan comportar la vulneración de la garantía del reexamen.

Es decir, si el TEDH consideró que en asunto Saquetti se había vulnerado la garantía del Protocolo lo fue, y así se declara de manera expresa, porque en la regulación de la casación que era aplicable en aquel proceso impedía que toda sanción inferior a 600.000 € pudiera acceder a la casación; pero lo que termina aceptando el Tribunal no es propiamente esa omisión, sino el hecho de que en ese reexamen pudieran haberse corregido las pretendidas vulneraciones del ordenamiento que había denunciado el sancionado y que es lo que en última instancia termina acogiendo el mismo Tribunal Europeo, como ya se ha expuesto anteriormente. Y esa limitación ha desaparecido en el actual sistema de nuestra casación, como lo evidencia que estemos ahora examinando una sentencia que confirmó una sanción inferior a dicha cuantía y nada habría impedido haber admitido el recurso de casación incluso con menor cuantía. Es decir, en el actual modelo casacional, como se argumentó anteriormente, ninguna resolución sancionadora está excluida de que la sentencia que la confirmase pueda acceder al recurso de casación. Y esa

amplitud de revisión que establece el Legislador español es suficiente para dar por cumplida la exigencia procesal.

A lo antes concluido no puede oponerse el rigor que el propio Legislador impone y la jurisprudencia de esta misma Sala ha establecido para el trámite de admisión de la casación porque, en primer lugar, ese será un debate que deberá suscitarse en cada supuesto en que por esas circunstancias se inadmita el recurso que, por cierto, no ha supuesto excluir la admisión en este concreto asunto. Pero además, y en segundo lugar, debe destacarse que la jurisprudencia del TEDH, como ya se dijo, no considera que la garantía del reexamen imponga que, en todo caso, deba suponer la revisión por un Tribunal superior de las sanciones de naturaleza penal, sino que esa revisión puede condicionarse a los presupuestos que cada Estado considere procedentes, en el bien entendido de que esas *«limitaciones impuestas por la legislación nacional al derecho de apelación mencionado en esta disposición deben, por analogía con el derecho de acceso a los tribunales consagrado en el artículo 6 de la Convención, perseguir un fin legítimo y no vulnerar la esencia misma de este derecho»* (las antes reseñadas sentencias de 27 de abril de 2000, Haser c. Suiza (dec.) y de 8 de enero de 2009, Patsouris c. Grecia). Deberá concluirse que si conforme a nuestra regulación interna el recurso de casación, que es suficiente para garantizar la doble instancia, se somete a requisitos formales, no por ello se desvirtúa esa consideración.

Es más, cabría añadir a esa conclusión, que ese rigor formal que en la admisión del recurso de casación se denuncia en el escrito de interposición, debe tener en cuenta la anterior conclusión de que el reexamen se garantiza con un examen de legalidad, que no desmerece el cumplimiento de la garantía, porque dichas exigencias procesales están fundamentalmente centradas en que el asunto planteado por el recurrente carezca del interés casacional por existir ya jurisprudencia, lo cual no puede considerarse que desmerece la garantía que comporta la doble instancia por rechazar un recurso que, en la forma expuesta, comporte una innecesaria reiteración de esa jurisprudencia.

De lo expuesto es cierto que deberá concluirse que la jurisprudencia del TEDH exige el derecho al reexamen, como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, de quien ha sido declarado culpable de una infracción de naturaleza penal, y que si el recurso de casación de nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cumple con dicha exigencia, existe ya un principio en favor de dicha garantía y, en lo que ahora interesa, en vincular el interés casacional objetivo en su favor. Esto es, considerar que cuando se hayan dictado en única instancia por las Salas Territoriales de este Orden Jurisdiccional sentencias confirmando resoluciones administrativas en las que se ha declarado la culpabilidad por infracciones de naturaleza penal --no en los casos en que se estimasen dichos recursos-- el derecho fundamental afectado comporta hacer una interpretación en favor del interés casacional objetivo a los efectos de la admisión del recurso, siempre y cuando la finalidad del reexamen esté justificada en una pretendida y razonada vulneración de las normas y jurisprudencia aplicables al caso y que hayan sido vulneradas en esa sentencia de instancia; interpretación que ciertamente no puede afectar a una mera cuestión de hecho, que se excluye de manera categórica de nuestro actual sistema, acogiendo la extensión que a la revisión se declara por le jurisprudencia del TEDH.

Ese presupuesto ciertamente no deja de ofrecer serios reparos a la hora de su aplicación, pero también lo es que es difícil aventurar las cuestiones de legalidad que pueda suscitar cada caso en que se hiciera una declaración de culpabilidad y quizás no esté de más tomar en consideración a estos efectos el presente recurso, en el que la mercantil sancionada implora su derecho a la doble instancia con la finalidad, no de cuestionar los hechos, que expresamente se excluyen del debate casacional, como se dice en el escrito de interposición, sino si el Tribunal de instancia puede desestimar el recurso tomando en consideración actuaciones que no estaban en el previo procedimiento administrativo; y en ese sentido ha sido apreciado el interés casacional en el auto de admisión. Téngase en cuenta que el auto de admisión dictado por la Sección Primera de esta Sala Tercera, lo justifica en base a lo establecido en el artículo 81.1º, en relación con el 90.4º, ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estimando

implícitamente que dicha admisión está amparada en el artículo 88.3º.a) -el invocado- en el escrito de preparación y acogido en el auto de admisión dictado por la Sala de instancia. Es decir, se considera que el Protocolo, en la forma en que ha sido interpretado en la sentencia Saquetti, constituye una cuestión que suscita interés casacional para la formación de la jurisprudencia, habiéndose admitido el recurso y encontrándonos ahora examinando no solo esa cuestión, que es medial, sino, como veremos, las pretensiones que se suscitan por la recurrente, que es lo trascendente en el razonar del recurso. Es decir, ya lo veremos, no puede estimarse por la recurrente que se le haya vulnerado la garantía que le reconoce el artículo 2 del Protocolo, al menos en el presente supuesto, puesto que ha tenido oportunidad de que su declaración de culpabilidad sea revisada por este Tribunal Supremo, órgano superior en la jerarquía judicial, como exige el Protocolo.

SÉPTIMO. Respuesta a la cuestión casacional para la formación de la jurisprudencia.

A los efectos de dar respuesta a la cuestión casacional que se suscita en el presente recurso, de acuerdo con los anteriores razonamientos y en respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, ha de entenderse que la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el artículo 2 del Protocolo nº 7 del CEDH, en la interpretación dada por la sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti c. España, puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora.

OCTAVO. Examen de la pretensión accionada en el proceso.

En consecuencia y por lo que atañe al presente recurso y habiéndose admitido la casación habrá de estarse, para su resolución, a las infracciones que se denuncian como causa de nulidad de la resolución sancionadora impugnada, en lo referente a los motivos de impugnación de carácter sustantivo, respecto de los que la parte se limita a alegar indefensión, por cuanto, para la apreciación de los hechos, la Administración introdujo en vía del recurso contencioso-administrativo una prueba pericial que no había practicado en vía administrativa, lo que es más que discutible desde el momento en que la potestad sancionadora se ejerce por la Administración (artículo 25 CE) y exige prueba de cargo suficiente en el seno del procedimiento sancionador mismo (STC 175/2007, de 23 de julio). Además, dicha prueba pericial tuvo una relevancia decisiva en la formación del juicio de la Sala de instancia, que reproduce y valora críticamente y de manera minuciosa los informes periciales presentados tanto por esta parte como por la Administración demandada en el seno del recurso contencioso-administrativo, así como lo declarado por los peritos en sus respectivas ratificaciones. Son numerosas las referencias de la sentencia de instancia a la mayor credibilidad de las explicaciones del perito de la Administración efectuadas en el acto de ratificación de los informes. En definitiva, es evidente que la Sala de instancia no conforma su juicio sobre la única base del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes, sino, sobre todo, a la luz de la prueba practicada en el recurso contencioso-administrativo. Por tanto, no cabe duda de la especial relevancia que tiene en este caso el que pueda realizarse una segunda revisión jurisdiccional de los hechos en atención a los cuales se impone la sanción.

Tal planteamiento se reflejaba en el escrito de preparación alegando que al fundar la sentencia su fallo en la pericial aportada por la Administración al recurso, el Tribunal de instancia vulnera su derecho a la presunción de inocencia, puesto que lo hace al enjuiciar su recurso y la parte no ha tenido ocasión de ponerla de manifiesto en el proceso.

Precisando, incluso, que *«esta parte no discute aquí los hechos, ni siquiera la valoración de la prueba realizada por el Tribunal Superior de*

Justicia de Madrid. Se suscita la cuestión estrictamente jurídica y no fáctica, de si la Administración debe aportar prueba de cargo suficiente en el procedimiento administrativo y no completarla mediante prueba practicada en el recurso contencioso-administrativo.»

Pues bien, este planteamiento no puede compartirse ya que parte de un presupuesto que no responde a la actividad probatoria desarrollada en el recurso contencioso-administrativo, pues, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la prueba no tenía por objeto los hechos imputados a la recurrente sino la valoración y aclaración de los datos, informes y pruebas de cargo que constaban en el expediente sancionador y que determinaron la imposición de la sanción, como con toda claridad y de manera exhaustiva se expone en la sentencia de instancia en relación con los distintos motivos de impugnación, que se ha reproducido antes, pero que conviene volver a hacerlo, al menos en relación con esta alegación de vulneración de la presunción de inocencia en la imputación de los hechos sancionados, en cuanto no deja lugar a dudas sobre el alcance de la prueba practicada en el recurso contencioso-administrativo, cuando razona en los siguientes términos:

«Sobre los motivos de impugnación relativos a que el vertido no procede del buque RHL Flensburg y a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

[...] «Al respecto hemos de partir de un dato esencial: la recurrente no cuestiona la realidad de un vertido contaminante. Así, por ejemplo, en el escrito de ampliación de demanda afirma: "El buque RHL Flensburg no es responsable de la manta contaminante. Tuvo el infortunio de pasar por ahí, de estar en el momento equivocado en el lugar equivocado, pero nada más " - pág. 67/85-.

«Decimos esto porque el perito don Antonio Ortiz Capetillo, propuesto a instancia de la recurrente, llegó incluso a negar que el vertido detectado fuera contaminante. Así, al minuto 53:45 y siguientes de la grabación de la vista, por ejemplo, manifestó que "pongo en cuestión que exista vertido ilegal porque se

basa solamente en lo que detectan los sensores y no son determinantes para decidir si es o no ".

«Afirmaciones que no se compadecen ni con la propia posición de la parte que ha propuesto su pericial ni con lo actuado en el procedimiento sancionador. Así, la calificación de vertido contaminante no se alcanza solo a partir de las imágenes de los sensores sino del conjunto del material probatorio de cargo, del que forma parte también la toma de muestras en el mar y su análisis, como se refleja en el informe final de detección de contaminación - folios n 118 a 134 del expediente administrativo-. Así también vino a reconocerlo el otro perito propuesto por la recurrente, don José Ángel Elorriaga Garmedia, que afirmó al minuto 1:43:00 y siguientes de la grabación de la vista que existía mancha contaminante y que la estela mostrada por la imagen SLAR no podía corresponderse con la estela normal del buque en su experiencia como marino.

«Pues bien, a partir de esta premisa básica y esencial, la Administración sostiene que el vertido contaminante procede del buque RHL Flensburg tomando en consideración todo el conjunto de pruebas de cargo que obra en el expediente administrativo y que la resolución impugnada detalla en el fundamento de derecho V -folios nº 838 a 840 del expediente administrativo- y valora en el fundamento de derecho VII -folios nº 840 a 844 del expediente administrativo-.

«La Sala, revisando la valoración fáctica de la resolución impugnada y las pruebas de cargo obrantes en el expediente administrativo, concluye que existe prueba de cargo válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la parte recurrente en relación al hecho de que el vertido contaminante en cuestión procedía del buque RHL Flensburg.

«Alcanzamos esta conclusión por cuanto, en primer lugar, se ha acreditado sobradamente en el expediente administrativo que el vertido procedía del buque RHL Flensburg.

«Destacamos, en este punto y al igual que la resolución administrativa impugnada, el valor probatorio del informe final de detección de contaminación -folios n 118 a 134 del expediente administrativo-.

«Informe en el que, tras valorar el material probatorio obrante en las actuaciones, se concluye lo siguiente a los folios nº 133 y 134 del expediente administrativo:

«"1. Los operadores de la aeronave A/S Sasemar 101 confirman la detección de una descarga el 30 de Abril del 2016 a 18:10 UTC conectada a la popa del buque RHL FLENSBURG, apreciando que en la proa del buque no existe ningún tipo de descarga.

«2. Conforme al apartado de % de hidrocarburos del Código de Apariencia del Acuerdo de Bonn, la tripulación de la aeronave cataloga la descarga como una contaminación del 100% de grado 1. Esta información es corroborada por las fotografías tomadas durante el vuelo.

«3. El buque es identificado por la señal AIS recibida a bordo de la aeronave A/S Sasemar 101 y se confirma su identidad por interrogatorio posterior de los operadores de consola.

«4. La descarga reportada por la aeronave es detectada por los siguientes sensores: SLAR e IR.

«5. La superficie contaminada de acuerdo con el polígono efectuado en el sensor SLAR es de 6,69 km². El extremo de la mancha más cercano a costa demora al 2462 de Escombreras a 1,2 millas y el extremo más alejado, en el cual se encuentra el buque conectado, al 2052 desde Cabo Tiñoso a una distancia de 12,2 millas náuticas, como se aprecia en las siguientes imágenes georreferenciadas.

«6. Durante la comunicación establecida con el buque a las 18:45 UTC, éste indica que actualmente transporta FAME y que su última carga fue GAS

OIL. Niega que este efectuando descarga alguna. Puerto de destino, ALGECIRAS.

«7. Las conclusiones de este informe se completarán con los resultados del análisis de las muestras tomadas en la mar por la embarcación SALVAMAR MIMOSA".

«En segundo lugar, que la prueba de cargo obrante en las actuaciones deriva de un contexto muy determinado:

«-Se trata de una detección in fraganti -como se constata en el formulario de detección suscrito por la tripulación de la aeronave, folios nº 120 a 121 del expediente administrativo, y como aclaró doña Berta Blanco Meruelo al minuto 2:30:30 y siguientes de la grabación de la vista-.

«Circunstancia que desvirtúa gran parte de las alegaciones de descargo de la parte recurrente pues no se trata de que la aeronave detectara una mancha presuntamente contaminante en el mar y tratara de conectarla a algunos de los barcos que pasaran por la zona. O que se tomara una imagen puntual de la mancha y del buque y que casualmente coincidieran en sus posiciones. Al contrario, se produjo la detección y el seguimiento de la mancha y del buque durante el intervalo de una hora aproximadamente y las pruebas tomadas durante todo ese seguimiento permitieron constatar que solo podía proceder de un buque, que era el que la había generado y la estaba generando hasta que finalizó la descarga.

«Lo anterior se explicó clarificadoramente en el acto de la vista por doña Berta Blanco Meruelo: "no hay contaminación a proa del buque Flensburg. De hecho en el intervalo de una hora, en cuatro instantes distintos y por diferentes medios se puede ver al buque con la proa limpia. En un primer instante con la detección visual y la toma de fotografías el buque tiene la proa limpia. Posteriormente en la pasada SLAR, la proa seguía limpia y la estela seguía contaminando. Posteriormente las comunicaciones y la grabación la proa seguía limpia y seguía con la estela a popa. Posteriormente se la pasa la

imagen IR y se ve nuevamente al barco con la proa limpia y la estela contaminante detrás. Durante una hora, en cuatro situaciones distintas, el buque sigue en navegación con la proa limpia y una mancha en su popa. Durante más de una hora el buque sigue descargando ilícitamente la detección fue a las 18:10 horas y la última pasada del IR terminó a las 19:00. (Interrogada sobre si pudo ser casualidad:) Igual una vez puede pasar. Es muy difícil pero puede pasar pero cuatro veces me parece muy difícil. Fuera de eso es que no había nada en la proa. Estaba limpia y la mancha no estaba cortada, estaba continua. Si hubiera pasado otro barco estaría cortada en algún momento pero aun poniéndonos en el peor de los casos, que se diera esta situación, que me parece muy difícil que haya pasado un barco y después aparezca por ciencia infusa el buque en cuestión, que no deja de ser un buque y va en navegación, es que hay cuatro situaciones en que sigue apareciendo la proa limpia y la mancha en la popa, con lo cual muy difícil" -minuto 2:22:32 y siguientes de la grabación de la vista-.

«-La detección in fraganti resulta de una mancha producida en el mismo momento de la detección y no de una mancha antigua. Así resulta de las mismas pruebas valoradas en el punto anterior. Y de nuevo resultan de interés las aclaraciones de doña Berta Blanco Meruelo al minuto 2:17:50 y siguientes de la grabación de la vista: "el objetivo de este vuelo longitudinal con el infrarrojo es que se vea cómo es la continuidad de esa mancha, que es fresca, que no se ha separado ni desintegrado ". Y acerca de si es plausible la tesis de que el RHL Flensburg atravesara una mancha preexistente, al minuto 2:26:40 y siguientes, "(en tal caso) hubiese aparecido la mancha fraccionada. Como una bañera con espuma y pasas la mano por encima y dejas un río blanco que ves el agua, lo mismo. Hubiese dejado su estela limpia. Eso no se observa ni en la imagen visual, ni en las observaciones de los operadores de consola, ni el comandante ni el informe del Centro, ni en la imagen SLAR que se ve que es una mancha toda sin fracciones. Mi conclusión es que el barco estaba realizando una descarga de hidrocarburos conforme a lo que ha recogido el avión y el resultado de las muestras ".

«Aclaraciones y pruebas que, a nuestro juicio, desvirtúan la tesis sostenida por la recurrente a este respecto con apoyo en los informes periciales aportados y que no permiten explicar satisfactoriamente el material probatorio obrante en las actuaciones.

«-Por otra parte, no se trata de una detección efectuada de cualquier forma y por cualquier agente. Lo actuado revela que se trata de una detección in fraganti realizada por la aeronave y el personal cualificado que tiene encomendada tal misión. La aeronave está provista de los sensores que permiten la identificación de una mancha supuestamente contaminante. Toda su actuación se guía a través de un procedimiento altamente protocolizado.

«Ese procedimiento incluye con la toma de muestras en el mar para comprobar que efectivamente lo detectado por los sensores y por la tripulación de la aeronave se corresponde con una mancha contaminante. Y toda la información generada por dicha actuación consta en el expediente y se sintetizan sus resultados en un informe final de detección de contaminación, que es al que nos hemos referido constantemente.

«-Finalmente, a este respecto, destacar el valor de la imagen tomada por el sensor SLAR que obra en las actuaciones y las aclaraciones vertidas sobre la misma por doña Berta Blanco Meruelo, que son especialmente significativas y reveladoras de las circunstancias que estamos valorando en cuanto a la autoría del vertido -folio nº 130 del expediente administrativo, archivo RHL FLENSBURG\Documentación carpeta SIGO\1 DOCUMENTOS OBRANTES EN EXPEDIENTE INFORME DETECCION FF-1604301-VC101\SENSOR SLAR FLENSBURG en soporte digital unido al volumen 2 del expediente administrativo y minutos 2:03:06 a 2:09:30 de la grabación de vista-

«En tal sentido debemos contextualizar toda la información obrante en el expediente.

«A partir de lo anterior cobran pleno sentido el informe aportado por la Administración junto con su contestación, elaborado por doña Berta Blanco Meruelo, y las aclaraciones emitidas por la misma en el acto de la vista.

«Informe y aclaraciones que, a juicio de la Sala, explican razonada y razonablemente cómo las pruebas de cargo obrantes en el expediente justifican la conclusión acerca de la autoría por el buque en cuestión del vertido contaminante y cómo no desvirtúan tal conclusión las pruebas de descargo aportadas por la recurrente, en especial los informes periciales de parte.

«El citado informe de doña Berta Blanco Meruelo concluye en la pág. 21/24:

«"la descarga detectada in fraganti por la unidad aérea S101 el día 30 de abril de 2016 se constata en base a todo lo argumentado en la documentación del caso y los documentos aportados que se trata de una descarga ilícita de un buque en navegación. Ver ilustración 2.

«Así mismo conforme a lo expuesto en las páginas 13 y 14 de la resolución sancionadora del Director General de la Marina Mercante, queda demostrado que la mancha en el intervalo desde el primer registro de la mancha contaminada hasta el último registro de dicha mancha por la unidad aérea, intervalo de dos horas y cuarenta minutos, la mancha se ha desplazado hacia el sureste alejándose de la costa. Ver ilustración 10".

«Pues bien, a partir de todo lo expuesto, existen seis pruebas o elementos de descargo fundamentales en que se centra la argumentación de la recurrente: (i) el informe pericial de don Andoni Ortiz Capetillo; (ii) el informe de don José Ángel Elorriaga Garmendia; (iii) el resultado de los análisis comparativos entre las muestras tomadas en el mar por la SALVAMAR MIMOSA y las muestras tomadas al buque en el curso de la inspección a que se le sometió en Algeciras; (iv) el resultado de esta misma inspección; (v) la naturaleza desconocida de la mancha para los operadores de SASEMAR; y

(vi) la falta de lógica en la actuación del buque RHL Flensburg para realizar un vertido contaminante en las circunstancias en que se produjo.

«Los analizaremos a continuación:

«(i) El informe de don Andoni Ortiz Capetillo está desvirtuado, a nuestro juicio, por el contenido del informe de doña Berta Blanco Meruelo -págs. 15/24 y 16/24 de su informe- y en sus aclaraciones en el acto de la vista, en especial a los minutos 2:14:14 y siguientes de la grabación de la vista.

«Destacaremos en este punto que, en torno a la controversia fundamental acerca de si la posición reflejada en las imágenes obtenidas por los sensores se refiere al buque o a la aeronave, nos parecen más convincentes las razones de la Sra. Blanco Meruelo -muestra la posición de la aeronave- que las del perito de la parte recurrente -muestra la posición de la imagen obtenida por los sensores-.

«En nuestra opinión, la tesis de la Sra. Blanco Meruelo permite explicar los datos obrantes en el expediente administrativo. La tesis del Sr. Ortiz Capetillo, no.

«Nos remitimos en este punto al razonamiento expresado anteriormente en torno al contexto en que se produce la detección.

«La tesis del Sr. Ortíz Capetillo en su informe y en su anexo le permite sostener que el buque RHL Flensburg no pudo ser el causante del vertido, entre otras razones, al no coincidir sus respectivas posiciones (ni en su origen, ni en su final, ni en la derrota del buque) o que las muestras fueron tomadas fuera de la zona contaminada por el vertido.

«Ya hemos señalado el contexto y las circunstancias que se produce la detección.

«Esta explicación del Sr. Ortiz Capetillo no permite explicar tal contexto y tales circunstancias y ello solo le resulta posible tomando como premisa que la información proporcionada por las imágenes de los sensores se refiere a la mancha y no a la aeronave.

«En cambio, la explicación de la Sra. Blanco Meruelo sí logra dar cuenta de todo el material probatorio obrante en las actuaciones. Así, por ejemplo, en cuanto a la posición en que se tomaron las muestras, son absolutamente reveladoras y convincentes las aclaraciones de esta última a los minutos 2:28:20 y siguientes de la grabación de la vista.

«Cuando decimos que está desvirtuado es que está desvirtuado de un modo total por lo que tampoco analizaremos de modo individualizado cada una de las premisas en que se apoya su autor para alcanzar sus conclusiones.

«(ii) El informe de don José Ángel Elorriaga Garmendia está desvirtuado, a nuestro juicio, por el contenido del informe de doña Berta Blanco Meruelo -págs. 15/24 y 16/24 de su informe- y en sus aclaraciones en el acto de la vista, en especial a los minutos 2:29:01 y siguientes de la grabación de la vista, en cuanto a la diferencia de comportamiento de una marea negra y una descarga ilegal.

«Como en el caso anterior, cuando decimos que está desvirtuado es que está desvirtuado de un modo total por lo que tampoco analizaremos de modo individualizado cada una de las premisas en que se apoya su autor para alcanzar sus conclusiones.

«(iii) En relación al resultado de los análisis comparativos entre las muestras tomadas en el mar por la SALVAMAR MIMOSA y las muestras tomadas al buque en el curso de la inspección a que se le sometió en Algeciras, hemos de reiterar el criterio expresado en anteriores sentencias de esta Sala y Sección.

«Argumentación en que se basa la Administración para descartar la viabilidad de esta alegación de la recurrente -folio nº 881 del expediente administrativo-.

«Así, por ejemplo, en la sentencia de 31 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TSJM:2012:16367) afirmamos al respecto: "Por lo demás, resultaba innecesaria la realización de análisis comparativos entre las sustancias vertidas al mar y las halladas en el buque , al haber quedado demostrado por los datos recogidos por los sensores del avión SESAMAR 102 que la descarga provenía del Buque Gorgonilla, y que además no podía tratarse ni de aguas de refrigeración de los motores ni de aguas residuales por las razones que se explicitan en la resolución de 29 de marzo de 2009 recurrida (Fundamento de Derecho III, págs. 20, 21, 22, 23 y 24 del expediente administrativo) y en la Resolución de 2 de noviembre de 2011, (Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 5º), que damos por reproducidas ".

«Y en la sentencia de 30 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:3739),que: "resultaba innecesaria la realización de análisis comparativos de las sustancias vertidas al mar, al haber quedado demostrado por los datos recogidos por los sensores del avión SESAMAR 102 que la descarga provenía del Buque".

«(iv) Respecto al resultado de la inspección a que fue sometido el buque en el puerto de Algeciras, sirven las mismas razones expresadas en el punto anterior. Se sanciona por un vertido ilegal procedente del buque RHL Flensburg que ha sido constatado en la forma que se refleja en las actuaciones por lo que el resultado de la inspección solo sería, en su caso, un indicio que resulta, además, desvirtuado por todo ese conjunto probatorio acreditativo de la realidad y autoría de los hechos sancionados.

«(v) En cuanto a la naturaleza desconocida de la mancha para los operadores de SASEMAR, la Sala no estima que este dato tenga el valor que la parte recurrente le atribuye. De un lado, estaría en contradicción con toda la actuación desplegada por los mismos en orden a la constatación, por todos los

medios a su disposición, de un vertido contaminante al mar, como se acredita en las actuaciones. De otro lado, las explicaciones ofrecidas por doña Berta Blanco Meruelo acerca de esta cuestión resultan también suficientemente esclarecedoras en cuanto a que no existe incongruencia alguna en tal extremo del expediente: " han rellenado el código de colores del Acuerdo de Bonn y este código solo se rellena cuando se detectan hidrocarburos. Si no hay hidrocarburo no tiene sentido rellenar el Acuerdo de Bonn, con lo cual han rellenado el acuerdo de Bonn y eso significa que han visto hidrocarburo, un grado 1 del 100%... no es incongruente, estamos hablando de un buque que es un quimiquero que no sabes qué carga puede llevar a bordo de productos químicos con lo cual, a efecto visual, lo único que pueden identificar es el hidrocarburo y lo pueden clasificar y dimensionar pero están viendo una mancha que no tienen la certeza de que solo sea hidrocarburo" -minuto 2:37:20 y siguientes de la grabación de la vista-.

«(vi) Por último, en cuanto a la falta de explicación razonable de la actuación del RHL Flensburg, aunque se admitiera tal tesis estaríamos en la misma situación a la que acabamos de referirnos: sería un indicio que resulta desvirtuado por todo ese conjunto probatorio acreditativo de la realidad y autoría de los hechos sancionados. Además resulta que en las actuaciones disponemos de al menos dos argumentos que sí avalan la lógica a que pudo obedecer la conducta sancionada y que desvirtúan la alegación de la recurrente.

«Así al folio nº 583 del expediente administrativo, propuesta de resolución, se indica que "s e puede aducir en contraposición que por ser una zona de gran tráfico cualquier descarga detectada podría pertenecer a cualesquiera de los buques que transitan por la zona con rumbos muy semejantes, pudiendo ser indistinguible el buque realmente causante de aquélla ".

«Por otra parte, doña Berta Blanco Meruelo expresó a la Sala su opinión personal acerca de por qué pudieron producirse estos hechos, minuto 3:16:50 y siguientes: " desde mi experiencia y mi lógica como marino se

habían llevado gasoil y llevaba FAME, que es biodiesel, tendría el slop "petao" y necesita el slop para las operaciones de carga y descarga, para cebar la bomba, si lo tenía demasiado lleno y le podía contaminar la carga necesitaría limpiar el slop y cuánto antes porque tenía un intervalo muy poco de navegación pero eso son conjeturas más a nivel persona " -minuto 3:16:50 y siguientes de la grabación de la vista-.

«En último lugar, destacar que la valoración global de la actuación de la Administración, tras revisar el expediente administrativo y las pruebas prácticas en los presentes autos, es que ofrece una respuesta razonada, razonable y exhaustiva a todas las cuestiones que se han suscitado en una instrucción tan compleja y completa como la que se ha seguido en el presente expediente sancionador.

«Por todo lo expuesto y razonado, ninguno de estos motivos de impugnación merece favorable acogida.»

Por otra parte, la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso contencioso-administrativo responde al ejercicio del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus derechos (artículo 24.2 CE), que la propia recurrente también ejercitó, bajo el control de su pertinencia y regularidad procesal por el órgano jurisdiccional, sujeto a la correspondiente impugnación de contrario.

Y finalmente, corresponde al órgano jurisdiccional la valoración de la prueba, de acuerdo con las normas procesales establecidas al efecto, cuya vulneración no se ha invocado en este caso y que no resulta del hecho de que, de manera justificada y exhaustiva y contrastadas las pruebas de cada parte, se pronuncie sobre aquella que le merece mayor credibilidad.

En consecuencia, también estas alegaciones han de desestimarse y, con ello, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de octubre de 2020 dictada por el TSJ de Madrid en el recurso 209/18, que

resulta conforme con la interpretación de las normas que se recoge en esta sentencia.

NOVENO. Costas procesales.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. La respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo es la reseñada en el fundamento séptimo de esta sentencia.

Segundo. En consecuencia, no ha lugar al presente recurso de casación 8158/2020, interpuesto por la mercantil «ASSURANCE FORENINGEN SKULD (GJENSIDIG)», contra la sentencia 714/2020, de 19 de octubre, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo 209/2018, mencionada en el primer fundamento.

Tercero. No procede hacer expresa declaración sobre el pago de las costas del presente recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 25/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número: 8158/2020

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ

Respetuosamente disiento del parecer de la Sala en el presente asunto. Mi discrepancia, sin embargo, se refiere únicamente a la respuesta dada a la cuestión declarada de interés casacional objetivo por el auto de admisión del recurso de casación. No se refiere a la desestimación del recurso de casación, con la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada y de la sanción administrativa impuesta a la recurrente, que comparto sin reservas.

La cuestión de interés casacional objetivo es cómo incide la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Saqueti Iglesias c. España* de 30 de junio de 2020, que exige un doble grado jurisdiccional en el supuesto de sanciones administrativas graves, «en el vigente sistema de recursos contencioso-administrativos». Más concretamente, tal como dicha cuestión ha sido enfocada por la ponencia aprobada por la Sala, la cuestión consiste en dilucidar si el recurso de casación contra sentencias contencioso-administrativas de instancia puede satisfacer la mencionada exigencia dimanante de la sentencia *Saqueti Iglesias c. España*.

A mi modo de ver, no existe una diferencia ontológica entre la sanción penal y la sanción administrativa. Ambas son expresión del *ius puniendi* del Estado y, en ese

sentido, ambas tienen como finalidad castigar conductas atentatorias contra bienes jurídicos, es decir, contra valores e intereses de la comunidad que el ordenamiento jurídico considera dignos de protección. Es bien conocido que la posibilidad de un derecho administrativo sancionador está expresamente reconocida por la Constitución Española, a comenzar por sus arts. 9 y 25. Más aún, a la hora de proteger bienes jurídicos por vía represiva, el Estado goza de un considerable margen de apreciación para configurar las infracciones y sus correspondientes sanciones como penales o administrativas. En rigor, el único límite constitucional a la posibilidad de que el legislador opte por una u otra respuesta sancionadora viene dado por el inciso final del art. 25 de la Constitución, que prohíbe que la Administración civil imponga sanciones «que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad». Pero ello no significa que las sanciones administrativas sean necesariamente livianas, ni que estén en la práctica limitadas al ámbito de la ilegalidad de bagatela: pueden ser de enorme envergadura, sobre todo económica. En España tradicionalmente se ha hecho un uso muy extenso del derecho administrativo sancionador, sin que nada indique que esa tendencia vaya a invertirse. El fenómeno, por lo demás, no es exclusivamente español.

En este contexto, no es de extrañar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional hayan ido extendiendo las principales garantías de los derechos fundamentales relevantes en sede penal al derecho administrativo sancionador. Ello se predica tanto de garantías sustantivas (reserva de ley, taxatividad, irretroactividad, etc.), como procedimentales (ser informado de la acusación, presunción de inocencia, contradicción, etc.). En esta línea se inscribe la sentencia *Saqueti Iglesias c. España*: allí donde el art. 2 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior», debe entenderse que ello rige también para las sentencias que confirman sanciones administrativas graves.

No se trata aquí de hacer un análisis del mencionado derecho, algo que la ponencia aprobada por la Sala realiza de manera modélica y exhaustiva. Pero sí conviene destacar un externo: mientras que la sanción penal es siempre impuesta por un juez o tribunal, la sanción administrativa no lo es. Es la Administración la que

impone la sanción administrativa. En esta materia, la función de los tribunales contencioso-administrativos consiste en controlar que la sanción administrativa impuesta se ajusta a la legalidad y, en su caso, anularla en todo o en parte. En este punto se encuentra, por cierto, la principal debilidad del derecho administrativo sancionador, pues que la Administración imponga una sanción que luego puede ser impugnada en sede jurisdiccional no equivale -en la lógica del Estado de derecho- a que la Administración debiera acudir ante un órgano independiente, formular un cargo y debatir en plano de igualdad con el encartado, a la espera de que dicho órgano independiente impusiera la sanción si lo considerase procedente. En pocas palabras, la principal debilidad del derecho administrativo sancionador es la deficiente presencia del principio acusatorio; algo que el Tribunal Constitucional nunca ha reputado censurable (STC 14/1999). Y es dudoso, por lo demás, que el criterio jurisprudencial introducido por la sentencia *Saqueti Iglesias c. España* permita eliminar plenamente esa deficiencia, porque lo que no pudo hacer el órgano jurisdiccional inferior tampoco puede hacerlo el superior.

De cuanto se acaba de exponer se sigue que hablar de «doble instancia», como suele hacerse para describir lo exigido por el art. 2 del Protocolo nº 7, es gráfico pero impreciso. De entrada, una doble instancia -en el sentido técnico que el lenguaje jurídico español atribuye a esa expresión- no es exigida ni siquiera para las sanciones penales. El mencionado precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos impone que la sentencia penal condenatoria pueda ser «examinada por un órgano jurisdiccional superior». Pero esto no implica que ese órgano jurisdiccional superior deba tener plenas facultades para revisar la valoración de los hechos efectuada en la instancia, ni menos aún para acordar la práctica de nuevas pruebas. Lo exigido es que haya un órgano jurisdiccional superior habilitado para controlar que la sentencia penal condenatoria es ajustada a derecho.

Pues bien, si esto vale para la sanción penal, con más razón -como bien explica la ponencia- debe valer para la sanción administrativa, que no es impuesta por un juez o tribunal tras determinar por sí mismo los hechos. De aquí se seguiría que el recurso de casación, entendido como medio de impugnación sólo por razones de derecho, puede en abstracto ser idóneo para satisfacer la exigencia de reexamen por un órgano jurisdiccional superior de las sentencias que confirman una sanción administrativa grave. Más aún, no es ocioso recordar que la jurisprudencia de esta

Sala relativa al antiguo recurso de casación admitía la impugnación de sentencias por valoración irracional de las pruebas, sobre la base de entender que ello suponía una vulneración de la interdicción de la arbitrariedad consagrada en el art. 9 de la Constitución. Este criterio, que seguramente podría trasladarse al nuevo recurso de casación, tal vez reforzase la idea de que éste sirve para cumplir lo requerido por la sentencia *Saquetti Iglesias c. España*.

Pero la verdad es que el nuevo recurso de casación, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, no es el medio adecuado para lograr que todas las sentencias que confirman una sanción administrativa grave sean reexaminadas, si así lo quiere el interesado, por un órgano jurisdiccional superior. Y no lo es, porque el nuevo recurso de casación se funda en la idea de que esta Sala debe ocuparse únicamente de aquellos asuntos que, más allá del legítimo interés de las partes, presentan también objetivamente importancia para el desarrollo de la jurisprudencia. Ello determina un amplio margen de apreciación del interés casacional objetivo en la fase de admisión, que -a diferencia de lo que sucedía con el antiguo recurso de casación- dista de operar con criterios reglados. Así las cosas, para que el recurso de casación actualmente vigente pudiera ser un medio verosímil y eficaz de reexamen de cualesquiera sentencias confirmatorias de una sanción administrativa grave, sería preciso renunciar a la valoración del interés casacional objetivo, reintroduciendo criterios de admisión reglados en materia sancionadora. Ni que decir tiene que ello es incompatible con la letra y el espíritu del nuevo recurso de casación.

En mi opinión, la solución a lo que requiere la sentencia *Saquetti Iglesias c. España* sólo puede darla el legislador, aprobando una nueva regulación de los medios de impugnación de sentencias contencioso-administrativas en sintonía con aquella exigencia y, más en general, con la conveniencia de reconsiderar el papel de la doble instancia en este orden jurisdiccional.

Madrid, 25 de noviembre de 2021.