

EL DERECHO A UNA DOBLE REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUESTAS POR LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA TRIBUTARIA «PENAL» Y «GRAVE»: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 30 DE JUNIO DE 2020, AS. SAQUETTI IGLESIAS C. ESPAÑA

(Interpretación del artículo 2 del Protocolo n.º 7 anejo al Convenio Europeo de Derechos Humanos)¹

Felipe Alonso Murillo

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Valladolid

Ex letrado coordinador en el Gabinete Técnico del

Tribunal Supremo

(España)

Cómo referenciar: Alonso Murillo, F. (2021). El derecho a una doble revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas impuestas por la Comisión de una infracción administrativa tributaria «*penal*» y «*grave*»: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020, as. Saquetti Iglesias c. España. *Revista Técnica Tributaria* (133), 155-168.

¹ Versión oficial en francés:

AFFAIRE SAQUETTI IGLESIAS c. ESPAGNE <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-203315>

Traducción al castellano por el Ministerio de Justicia:

file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/CASE%20OF%20SAQUETTI%20IGLESIAS%20v.%20SPAIN%20-%20[Spanish%20Translation]%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice-1.pdf Consultado el día 6/05/2021.

SUMARIO

1. Cuestión jurídica con interés casacional objetivo
2. Aplicabilidad a las sanciones tributarias de la Sentencia *Saquetti Iglesias c. España*
3. Especial trascendencia constitucional del cambio o de la adaptación de la doctrina del Tribunal Constitucional a la Sentencia *Saquetti Iglesias c. España*
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Cuestión jurídica con interés casacional objetivo

1. En Autos de 18 de marzo de 2021 (recurso de casación 8158/2020; ECLI:ES:TS:2021:2906A) y 15 de abril de 2021 (recursos de casación 8159/2020; ECLI:ES:TS:2021:4695A, y 8156/2020; ECLI:ES:TS:2021:4678A), la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha admitido los recursos de casación preparados por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la siguiente cuestión:

«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 n.º 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».

2. Identifica como normas 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 [artículo 90.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa –«LJCA», en lo sucesivo–]:

«[E]l artículo 24 de la Constitución y el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de 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».

3. Sorprende que la Sección Primera no dedique una sola línea, en ninguno de los tres autos, a evidenciar que las sanciones administrativas discutidas se imponen por una infracción administrativa «penal» y «grave», porque esa calificación es la que justifica la aplicación del apartado 1 del artículo 2 del Protocolo n.º 7 anejo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la inaplicación de las excepciones del apartado 2 de dicho artículo 2, en la interpretación que dimana de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [«TEDH», a partir de aquí] de 30 de junio de 2020, as. *Saquetti Iglesias c. España* (demanda número 50514/13), y, por ende, la que otorga al recurrente el derecho a una segunda revisión jurisdiccional de la sanción por un tribunal superior. La Sección de Admisión parece darse por satisfecha con la calificación legal como infracciones graves que otorga el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, a todas las que tipifica en su artículo 307.

4. Conviene destacar que la sentencia *Saquetti Iglesias c. España* también versó sobre una sanción por la comisión de una infracción administrativa legalmente calificada como grave, pero ahí acaban las coincidencias, pues era una infracción tipificada en el artículo 52.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y el

TEDH dedica los párrafos 20 a 31 de dicha sentencia a justificar el carácter «penal» de la sanción impuesta y, por tanto, la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 2 del Protocolo n.º 7 [*«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. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley»*], y los párrafos 32 a 46 a fundamentar la «gravedad» de la sanción impuesta y, por tanto, la inaplicabilidad de las excepciones del apartado 2 del artículo 2 del Protocolo n.º 7 [*«Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución»*].

5. No sorprende en cambio y es lógico que en los mencionados autos se califique como suficiente el «juicio de relevancia» exigido para el escrito de preparación del recurso de casación por el artículo 89.2.d) LJCA [*«Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir»*], «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-» (hecho segundo de los tres autos).

6. Como es sabido, el planteamiento de cuestiones nuevas está proscrito en casación², pero la vulneración del derecho a una segunda revisión jurisdiccional por un tribunal superior no se materializa hasta que la sanción impuesta por la comisión de una infracción administrativa de naturaleza «penal» y «grave» no resulta judicialmente confirmada en única instancia, pues sólo entonces dejará de ser meramente hipotética para ser real. Es prudente, no obstante, poner de manifiesto esta eventual vulneración en cuanto sea procesalmente posible hacerlo.

7. La Sala Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limita a sostener en los tres autos mencionados la concurrencia de la presunción del artículo 88.3.a) LJCA [*«Se presumirá que existe interés casacional objetivo: a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia»*] en la cuestión jurídica arriba enunciada, pese a que los recurrentes habían invocado además y con buen criterio el *numerus apertus* que deriva del inicial enunciado de este artículo 88.2 LJCA [*«El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna: (...)»*] y la circunstancia del artículo 88.2.c) LJCA [*«Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso»*].

2 Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017 (recurso de casación 203/2016; ES:TS:2017:719A), 5 de abril de 2017 (recurso de casación 628/2017; ES:TS:2017:2754A), 9 de julio de 2018 (recurso de queja 496/2017; ES:TS:2018:7751A) o 2 de marzo de 2020 (recurso de queja 579/2019; ES:TS:2020:1822A), entre otros.

8. En efecto, se debe advertir que la desatención o contradicción con la jurisprudencia del TEDH no está específicamente incluida en ninguna de las circunstancias de interés casacional del artículo 88.2 LJCA, ni tampoco de las presunciones del artículo 88.3 LJCA, pese a que el artículo 10.2 de la Constitución Española [«CE», en adelante] reconoce a su jurisprudencia carácter informador en la interpretación de los derechos y libertades fundamentales que proclama nuestro texto constitucional. De ahí que los recurrentes denunciaran en el escrito de preparación con una buena técnica casacional la infracción del artículo 24 CE, interpretado a la luz del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la sentencia del TEDH de 30 de junio de 2020, *as. Saquetti Iglesias c. España*, sobre exigibilidad de una segunda instancia en materia de sanciones administrativas graves.

9. En fin, nada recogen los mencionados autos sobre la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que va de suyo ante la inexistencia de jurisprudencia y la relevancia de la cuestión jurídica a resolver.

2 Aplicabilidad a las sanciones tributarias de la Sentencia *Saquetti Iglesias c. España*

10. El TEDH deja meridianamente claro en la sentencia *Saquetti* que el recurrente sólo tendrá derecho a una segunda revisión jurisdiccional por un tribunal superior de la sanción confirmada en única instancia que corresponda a una «infracción penal», por lo que se le aplica el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7, y que sea una «infracción grave», por lo que no se le aplica el artículo 2.2 del Protocolo n.º 7.

A) Concepto de «infracción penal»

11. El concepto de «infracción penal» es un concepto autónomo en la jurisprudencia del TEDH, porque no puede quedar al albur de los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus Protocolos anejos el cumplimiento o no de las garantías previstas para las infracciones penales, con la simple decisión de calificarlas o recalificarlas como infracciones administrativas.

El TEDH identifica en la sentencia *Saquetti* el concepto de «infracción penal» del Protocolo n.º 7 con el concepto de «acusación en materia penal» del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que lleva a aplicar al caso su consolidada jurisprudencia que acude a los denominados «*criterios Engel*» para evaluar el «aspecto penal»: a) la clasificación de la disposición en el ámbito interno del Estado; b) el carácter de la infracción, y c) la gravedad de la sanción impuesta.

Primer criterio: clasificación en el Derecho interno del Estado.

12. El TEDH sostiene que la calificación en el Derecho interno del Estado de la infracción como administrativa y que dicha infracción no sea sancionable con

pena de privación de libertad³ no basta para negar su carácter de «infracción penal», pues también se debe tener en cuenta la naturaleza de la infracción cometida y la gravedad de la sanción impuesta.

Por tanto, este primer criterio no permite excluir la consideración como «infracción penal», a los efectos del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7, de las infracciones administrativas tributarias.

Segundo criterio: carácter de la infracción.

13. El TEDH sostiene la necesidad de tener en cuenta la magnitud del colectivo al que se dirige la norma, el tipo y la naturaleza de los bienes jurídicos o intereses protegidos y la existencia de un objetivo de disuasión y represión. De este modo, si el alcance de la infracción administrativa tipificada es general y su objetivo esencial la disuasión y represión del comportamiento ilícito debe ser considerada como una «infracción penal».

Por tanto, este segundo criterio tampoco permite excluir la consideración como «infracción penal», a los efectos del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7, de las infracciones administrativas tributarias.

Tercer criterio: gravedad de la sanción impuesta.

14. El TEDH sostiene la gravedad de la sanción impuesta, aunque la infracción cometida en ningún caso podía ser sustituida por pena de privación de libertad ex artículo 25.3 CE, atendiendo a la calificación legal de la infracción cometida como «grave» y al importe de la multa irrogada.

Por tanto, este tercer criterio conduce a la consideración como «infracción penal», a los efectos del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7, de las infracciones administrativas tributarias legalmente calificadas como «graves» y «muy graves».

15. Ciertamente, no siempre es necesario que concurren simultáneamente el segundo y el tercer criterio para calificar una infracción administrativa como «infracción penal»⁴, a los efectos del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7. En efecto, el TEDH afirma en la misma sentencia *Saqueti* que la concurrencia del segundo criterio puede ser suficiente, por lo que también podrían tener tal consideración las infracciones administrativas tributarias legalmente calificadas como «leves», pero no cabe olvidar que el artículo 2.2 del Protocolo n.º 7 excepciona

3 Recuérdese el tenor del artículo 25.3 CE: *«La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».*

4 No le falta razón a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional cuando sostiene, en el FJ séptimo de la sentencia de 27 de enero de 2021 (recurso de apelación 30/2020; ES:AN:2021:426), lo que sigue:

«La calificación de la sanción como "administrativa" o "penal" a los efectos del derecho a la doble instancia [...] no reposa [...] sobre la competencia jurisdiccional sino sobre el contenido de la infracción y, el examen de la propia práctica del TEDHS permite comprobar que la articulación de estos criterios ha variado según los casos, y específicamente, se puede constatar que los dos últimos se han utilizado tanto de manera alternativa como cumulativa.

El TEDHS ha dicho que para que sean aplicables el art. 6 y el artículo 2 del protocolo núm. 7 del Convenio, basta con que la infracción pueda considerarse por su naturaleza como "penal" desde el punto de vista del Convenio, o que la sanción que se imponga por la concreta infracción, a la vista de su naturaleza y grado de severidad pertenezca a la esfera "penal"».

la aplicación del artículo 2.1 en las «infracciones de menor gravedad según las defina la ley».

B) Concepto de «infracción de menor gravedad»

16. El TEDH utiliza en la sentencia *Saqueti* un criterio subjetivo y singularizado, fundamentado en las circunstancias del infractor y la ausencia de proporcionalidad en la sanción impuesta, para considerar superado el umbral de gravedad que permite la excepción. En el voto particular concurrente que luce la sentencia *Saqueti*, el juez *Lemmens* defiende, en cambio, que la aplicación o no de la excepción se debe determinar sobre la base de un criterio objetivo y generalizado, que atienda a la sanción que se pueda imponer al infractor y no a la sanción que le haya sido impuesta.

17. Parece claro que las infracciones administrativas tributarias calificadas legalmente como «leves» sólo podrían eludir la excepción del artículo 2.2 del Protocolo n.º 7 para las infracciones de menor gravedad, si las circunstancias del infractor y la proporcionalidad de la sanción impuesta evidencian materialmente su «gravedad», mientras que las infracciones administrativas tributarias calificadas legalmente como «graves» y «muy graves» sólo podrían entrar en la excepción del artículo 2.2 del Protocolo n.º 7 para las infracciones de menor gravedad, si la sanción impuesta evidencia materialmente su «menor gravedad».

18. En efecto, no cabe descartar que el Tribunal Supremo interprete en sentido amplio la excepción prevista en el artículo 2.2 del Protocolo n.º 7 para las «infracciones de menor gravedad» y defienda su aplicabilidad a infracciones calificadas legalmente como «graves» e, incluso, como «muy graves». La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha seguido esta intelección amplia o extensiva en la sentencia de 27 de enero de 2021 (recurso de apelación 30/2020), donde califica como «infracción de menor gravedad», en el sentido del artículo 2.2 del Protocolo n.º 7, una infracción administrativa calificada legalmente como grave, tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, cuya sanción puede ser de hasta 2.000.000 de euros, pero que en el caso de autos ascendió a 40.000 euros y fue reducida a 30.000 euros en la sentencia de 3 de febrero de 2020 del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo n.º 1 (procedimiento ordinario 19/2019) recurrida en apelación, precisamente porque la sanción impuesta a la mercantil en el caso enjuiciado evidenciaba materialmente su «menor gravedad»⁵.

5 Textualmente, argumenta como sigue su decisión:

«La revisión de las actuaciones en vía administrativa permite concluir que no se ha privado a la empresa apelante de ningún derecho, fundamental. Se alegó la infracción del artículo 14 de la Constitución vinculándolo a la pretendida competencia de la CNMC para imponer la sanción, y por considerar que la sanción de 40.000 euros, pese a encontrarse dentro del mínimo era superior a la impuesta a otras empresas en otros supuestos similares.

«La Sala comprueba igualmente que no consta que se haya impuesto una multa que, por su cuantía, tenga efectos económicos significativos sobre la actividad empresarial de la empresa sancionada. Nada se ha alegado en este sentido.

La recurrente en la instancia alegó falta de proporcionalidad y arbitrariedad en la imposición de la multa, pero en ninguna de sus alegaciones se recoge referencia alguna a su propia situación

19. La mencionada sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que falla la inadmisión por cuantía del recurso de apelación, cuenta con un voto particular discrepante del magistrado SOLDEVILA FRAGOSO, con el que cuestiona la constitucionalidad y la aplicabilidad del artículo 81.1.a) LJCA [*«Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes: a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros»*] cuando se trata de la revisión jurisdiccional de sanciones por infracciones administrativas calificables como «infracción penal», puesto que la calificación, en todo caso y sin mayor ponderación, de una sanción de 30.000 euros a una persona jurídica como «infracción menos grave», puede ser manifiestamente desproporcionada, lo que contradice la jurisprudencia del TEDH.

C) Doble revisión jurisdiccional

20. La doble revisión de las sanciones por la comisión de una infracción administrativa tributaria de «carácter penal» y «grave» ha de ser jurisdiccional y efectuada por órganos jurisdiccionales de «apelación» o de «casación», para cumplir con lo exigido por el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No se podrá tener en cuenta la revisión efectuada por los Tribunales Económico Administrativos, porque no son órganos jurisdiccionales, y tampoco el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, porque no puede ser considerado como una segunda instancia jurisdiccional a los efectos del artículo 2 del Protocolo n.º 7, tal y como deriva de los párrafos 53 y 57 de la sentencia *Saqueti*.

D) Dificultades de la revisión casacional: lograr la admisión de la casación

21. Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo Provinciales o Centrales únicamente serán susceptibles de recurso de casación si contienen doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y son susceptibles de extensión de efectos [artículo 86.1 LJCA, segundo inciso], por lo que no son recurribles en casación las sentencias desestimatorias⁶ ni tampoco las sentencias estimatorias en parte, con respecto de la parte desestimatoria del fallo⁷, pues no reconocen ninguna situación jurídica individualizada susceptible de extensión de efectos. Luego, al ser la Administración quien impone sanciones por la comisión de infracciones administrativas tributarias, si la sentencia del Juzgado dictada en

patrimonial; no consta que solicitara la medida cautelar de suspensión en vía jurisdiccional, ni alegación de daños y perjuicios por el pago de la multa. No consta, en resumen, un significativo daño patrimonial, como no se ha alegado ni consta limitación de sus derechos, daño reputacional, o cualquier otro elemento que pudiera llevar a este Tribunal a considerar grave la sanción de multa impuesta y con ello a inaplicar la limitación impuesta por razón de la cuantía en el artículo 81.1. a) de la ley jurisdiccional».

6 Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017 (recurso de queja 143/2016; ES:TS:2017:3360A), 9 de febrero de 2018 (recurso de queja 749/2017; ES:TS:2018:1875A), 5 de julio de 2019 (recurso de queja 243/2019; ES:TS:2019:7577A), 26 de junio de 2020 (recurso de queja 140/2020; ES:TS:2020:5169A) o 7 de abril de 2021 (recurso de queja 43/2021; ES:TS:2021:4291A), entre otros.

7 Verbigracia, autos de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2020 (recurso de queja 512/2019; ES:TS:2020:3376A) y 9 de octubre de 2020 (recurso de queja 144/2020; ES:TS:2020:8908A).

única instancia confirma la sanción impuesta, el sentido del fallo será desestimatorio y dicha sentencia no será recurrible en casación.

22. Para este concreto supuesto se podría cuestionar, tanto en el escrito de preparación del recurso de casación como en el recurso de queja contra la eventual denegación de la preparación por el Juez, la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 86.1 LJCA, por vulneración del artículo 24 CE, en relación con el artículo 10.2 CE y el artículo 2 del Protocolo n.º 7 anejo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme a la exégesis que el TEDH realiza de este último precepto en la sentencia *Saquetti*.

23. Sabido es que sólo se admiten a trámite los recursos de casación preparados que, a juicio de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, presenten interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, no habiendo duda de que está obligada a apreciar su presencia cuando se trate de la doble revisión jurisdiccional de infracciones administrativas tributarias de «carácter penal» y «grave», tal y como ha hecho para infracciones administrativas no tributarias en los autos de 18 de marzo de 2021 (recurso de casación 8158/2020) y 15 de abril de 2021 (recursos de casación 8159/2020 y 8156/2020), puesto que lo impone el respeto de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho.

24. Conviene recordar, no obstante, que el deber de fundamentar especialmente, con singular referencia al caso, el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo en el escrito de preparación no se relaja o debilita porque se hayan admitido a trámite otros recursos de casación con similar contenido⁸.

E) Dificultades de la revisión casacional: dar contenido al derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad

25. En el apartado 18 del informe explicativo del Protocolo n.º 7 del Convenio de Derechos Humanos [informe que no proporciona una interpretación auténtica de su texto pero que facilita la comprensión de sus disposiciones, como reconoce su encabezamiento] se lee: (i) la revisión de los tribunales superiores se regula de forma diferente en los Estados signatarios (ii) el artículo 2 deja a la legislación nacional el establecimiento de las modalidades de ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que puede ejercerse, y (iii) ese examen se puede limitar en algunos países a la aplicación de la ley, como un recurso de casación, mientras que en otros países existe una apelación, que permite llevar tanto las cuestiones de hecho como de derecho ante un tribunal superior.

26. El problema que se suscita en nuestro país es la dificultad de dar un contenido efectivo al derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior, previsto en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7, en la jurisdicción contencioso-administrativa y en el marco de un recurso de casación limitado a las cuestiones de derecho ex artículo 87 bis.1 LJCA.

8 Véase, por todos, el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2018 (recurso de queja 417/2018; ES:TS:2018:13710A).

27. Da perfecta cuenta de tales dificultades de fondo el actual magistrado de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo NAVARRO SANCHÍS⁹:

«1) No encuentro otro modo efectivo, dotado de una mínima certeza, que atender a un criterio formal para distinguir entre la pena y la sanción a efectos de reservar para la primera de ellas el derecho del condenado a la doble instancia judicial que garantiza el Protocolo n.º 7.

2) Aun dentro de la posibilidad de establecer como canon la gravedad de la infracción o la sanción –excluidas, obviamente, las privativas de libertad–, sería preferible valorar la infracción o sanción tal como se tipifican en abstracto en la norma y no como se individualizan en la imposición, pues el sistema de recursos no puede depender de cómo sea un acto de aplicación.

3) Los criterios Engel atomizan esa dogmática distinción y hacen virtualmente imposible establecerla con carácter previo. Si ha de atenderse al impacto de la sanción en el patrimonio del sancionado, o a la motivación de la sentencia para verificar si se examinó la proporcionalidad en el caso debatido, entonces el derecho a la segunda instancia surgirá, a veces sí, a veces no, en función del fallo, y aún de la fundamentación de aquélla. ¿Qué ofrecimiento de recursos ha de hacer el Tribunal al notificar la sentencia?

4) El derecho a la doble instancia penal que consagra el protocolo n.º 7 al CEDH permite al condenado que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano judicial superior. Quizás sea éste el momento idóneo para recordar que la jurisdicción contencioso-administrativa no emite declaraciones de culpabilidad, ni de condena, ni impone penas o sanciones, como tampoco liquida ni recauda. Su función constitucional (art. 106 CE) es controlar la legalidad de las decisiones que acreditan, valoran y sancionan, en su caso.

5) Extraña, por tanto, el salto dialéctico que supone introducir una segunda instancia judicial en el seno de una jurisdicción puramente revisora, que analiza ex post facto, como el forense a un cadáver –al brillante decir de Hauriou–, si la Administración, que es quien sanciona, ha acertado en la aplicación del derecho y, muy precisamente, en sus aspectos reglados.

6) Cuando se manejan con escaso soporte dogmático las instituciones que se ignoran minuciosamente, se encadenan graves errores de apreciación. Lo que significa, por su propia índole, que los hechos tipificados abstractamente en la ley pueden ser revisados, reexaminados o valorados de otra forma por un órgano superior. Pero ¿por qué judicial y no administrativo?

7) Aun siendo judicial la tarea encomendada, falta en todo caso una explicación de por qué sería medio procesal válido el recurso de casación que, por su propia esencia extraordinaria, ya desde la Revolución Francesa, excluye el reexamen de los hechos o la valoración de la prueba, imprescindibles para revisar en plenitud una condena o una declaración de culpabilidad.

8) Eso a menos que se cree una nueva casación ectópica, una "casacioncita" especial y urgente que haga compañía a la nueva engendrada por el Real

9 Fiscal Blog: NAVARRO SANCHÍS, J.: «¿Devolvemos las sanciones a los jueces? A propósito de la sentencia Saquetti Iglesias». Fuente: <http://fiscalblog.es/?p=6694>

Decreto-Ley 8/2021 para revisar las decisiones en materia sanitaria –o para que decida las medidas el propio Tribunal Supremo–».

28. Si bien falta en el caso español una expresa declaración, como la hecha por Francia, en el sentido de que la revisión por un tribunal superior se puede limitar a un control de la aplicación de la ley como una casación al Tribunal Supremo, se ha de tener en cuenta que, en la sentencia de 1 de septiembre de 2015, *as. Marcial Dorado Baúlde c. España* (demanda n.º 23486/12), el TEDH ya rechazó la vulneración del artículo 2 del Protocolo n.º 7 por el hecho de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo hubiera revisado la condena en el marco de un recurso de casación, que le impedía revisar las cuestiones fácticas, y lo hizo recordando que los Estados disponen de un amplio margen para determinar cómo se ejerce el derecho reconocido en dicho precepto, de modo que el examen por una jurisdicción superior de una declaración de culpabilidad o condena se puede referir a cuestiones de hecho y de derecho o limitarse únicamente a las cuestiones de derecho.

29. Aun así, no deja de ser cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa, como destaca el magistrado NAVARRO SANCHÍS, «*no emite declaraciones de culpabilidad, ni de condena, ni impone penas o sanciones, como tampoco liquida ni recauda. Su función constitucional (art. 106 CE) es controlar la legalidad de las decisiones que acreditan, acreditan, valoran y sancionan, en su caso*».

3. Especial trascendencia constitucional del cambio o de la adaptación de la doctrina del Tribunal Constitucional a la *Sentencia Saquetti Iglesias c. España*

30. La doctrina constitucional cuestionada por la sentencia *Saquetti*, formulada antes de la ratificación por España del Protocolo n.º 7 anejo al Convenio Europeo de Derechos Humanos conviene advertirlo¹⁰, se recoge primigeniamente en la sentencia 89/1995, de 6 de junio (ES:TC:1995:89), donde el Tribunal Constitucional negó que el artículo 24 CE reclame el derecho a la doble instancia contencioso-administrativa en materia sancionadora:

«[P]orque (a diferencia del procedimiento administrativo "sancionador") no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que ha de ser respetuoso con las principales garantías del art. 24 de la C.E.

La circunstancia de que los Tribunales del orden judicial administrativo puedan, por estimar que la sanción es conforme a Derecho, desestimar el recurso contencioso-administrativo, no autoriza a concluir en que sean tales Tribunales quienes, como acontece en el orden judicial penal, "condenen" al administrado,

10 Instrumento de Ratificación del Protocolo n.º 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio n.º 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (BOE de 15 de octubre de 2009), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

de tal suerte que, frente a dicha primera condena, haya de surgir, en aplicación de lo dispuesto en aquellas normas de los Pactos internacionales, un derecho a la obtención de la revisión de la condena en una segunda instancia, sino, antes al contrario, la sanción administrativa la irroga la Administración Pública en el uso de sus prerrogativas constitucionales, pudiendo (a diferencia del proceso penal, en nuestro país siempre informado por el principio de legalidad –art. 100 LECrim.–) su destinatario aquietarse frente a la misma o reaccionar mediante la interposición del recurso contencioso-administrativo en el que, aquí sí, los arts. 24.1 y 106.1 de la C.E. garantizan a todo ciudadano el libre y efectivo acceso a los Tribunales.

Por esta razón y con independencia de que, frente a la sentencia dictada por los Tribunales administrativos, 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».

31. El Tribunal Constitucional ha reiterado después el principal argumento para sostener esa doctrina, verbigracia en la sentencia 145/2011, de 26 de septiembre (ES:TC:2011:145), FJ 5: *«no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa "se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE"».*

32. La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional rechazó en el FJ quinto de la antes mencionada sentencia de 27 de enero de 2021 (recurso de apelación 30/2020) el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad frente al artículo 81.1.a) LJCA, con sustento: (i) en el criterio del Tribunal Constitucional que acaba de ser reproducido; (ii) en que dicho precepto no sólo afecta a los actos administrativos sancionadores, sino que incide sobre todos los actos administrativos, por lo que la cuestión de inconstitucionalidad sería interpretativa –si dicho precepto debe ser inaplicado a los actos administrativos sancionadores– y el Tribunal Constitucional ha vetado la búsqueda de criterios interpretativos en la cuestión de inconstitucionalidad, y, finalmente (iii) en que el Tribunal Supremo rechazó en su sentencia de 23 diciembre 1999 (recurso de casación 7234/1993; ES:TS:1999:8441), FD quinto, la procedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la inexistencia de una doble instancia en la vía contencioso-administrativa, a la luz de la precitada sentencia del Tribunal Constitucional 89/1995.

33. La argumentación esgrimida por la Audiencia Nacional para negar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es en absoluto irrefutable, tal y

como corrobora la mera lectura del voto particular discrepante del magistrado SOLDEVILA FRAGOSO, cuando se refiere a la *«Justificación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad»*, y, en todo caso, cabría recurrir en amparo, teniendo en cuenta que: (i) el artículo 10.2 CE establece que *«[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*; (ii) el Tribunal Constitucional ha reiterado que esa *«interpretación no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales»* [véase, por todas, la sentencia 26/2014, de 13 de febrero (ES:TC:2014:26), FJ 4], y (iii) el Supremo Intérprete de la Carta Magna ha entendido, en la sentencia 155/2009, de 25 de junio (ES:TC:2009:155), FJ 2, que presenta especial trascendencia constitucional el recurso de amparo que *«dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de [...] un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE»*.

4. Conclusiones

Primera. Presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia y conviene un pronunciamiento del Tribunal Supremo que determine la eventual incidencia en el vigente sistema de recursos contencioso-administrativos de la sentencia del TEDH de 30 de junio de 2020, As. *Saqueti Iglesias c. España*, que confiere el derecho a una doble instancia de revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas que, a los efectos del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tengan carácter «penal» y sean «graves», cuando la ley reguladora de esta jurisdicción sólo prevé su revisión en única instancia.

Segunda. Las sanciones por la comisión de infracciones tributarias legalmente calificadas como «graves» y «muy graves» deben ser consideradas como de carácter «penal» y «graves», a los efectos del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, salvo que atendidas las concretas circunstancias del infractor y la proporcionalidad de la sanción impuesta se evidencie materialmente su «menor gravedad».

Tercera. Las sanciones por la comisión de infracciones tributarias legalmente calificadas como «leves» no deben ser consideradas como de carácter «penal» y «graves», a los efectos del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, salvo que atendidas las concretas circunstancias del infractor y la proporcionalidad de la sanción impuesta se evidencie materialmente su «mayor gravedad».

Cuarta. La doble revisión de las sanciones administrativas tributarias de «carácter penal» y «graves» ha de ser jurisdiccional y efectuada por órganos jurisdiccionales de «apelación» o de «casación» para cumplir con lo exigido por el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ergo, no cuenta a estos efectos la revisión efectuada por los Tribunales Econó-

mico Administrativos, sea en única o en doble instancia, pues no son órganos jurisdiccionales.

Quinta. La imposibilidad de recurrir en casación las pocas sentencias pronunciadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo que confirmen sanciones administrativas tributarias de «carácter penal» y «graves» [serán pocas sentencias, vistas las dos anteriores conclusiones y el restringido ámbito de competencia en única instancia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo], como resultado de aplicar lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 86.1 LJCA, permite cuestionar la constitucionalidad de dicho precepto legal en tales casos, por vulneración del artículo 24 CE, en relación con el artículo 10.2 CE y el artículo 2 del Protocolo n.º 7 anejo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme a la exégesis que de este último realiza el TEDH en la sentencia *Saqueti*.

Sexta. Es difícil dar contenido efectivo al derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior, previsto en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando se trata de sanciones administrativas, porque ha de hacerse en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa y los tribunales de este orden jurisdiccional, unipersonales o colegiados, no emiten declaraciones de culpabilidad, ni tampoco de condena, y es más difícil aún en el marco de un recurso de casación, lógica y expresamente limitado a las cuestiones de derecho ex artículo 87 bis.1 LJCA. La intervención del legislador se antoja imprescindible para lograr la efectividad de aquel derecho.

Séptima y última. Cabe sostener que presenta especial transcendencia constitucional, lo que resulta imprescindible para la admisión a trámite de un eventual recurso de amparo, el posible cambio o la adaptación de la doctrina del Tribunal Constitucional que sostiene la inexistencia de un derecho fundamental a la doble instancia contencioso-administrativa en materia sancionadora, a la vista de la sentencia *Saqueti*.

5. Bibliografía

COBREROS MENDAZONA, E.: «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, número 118.

LOZANO CUTANDA, B.: «La sentencia *Saqueti Iglesias c. España* impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, número 213.

NAVARRO SANCHÍS, J.F.: «¿Devolvemos las sanciones a los jueces? A propósito de la sentencia *Saqueti Iglesias*». Fuente: <http://fiscalblog.es/?p=6694>

SOLDEVILA FRAGOSO, S.: «Sentencia de gran impacto: Asunto *Saqueti Iglesias v. España*. STEDH de 30 de junio de 2020», *La Ley*, 5811/2020.

Este trabajo ha sido redactado y entregado con fecha 20 de mayo de 2021.