

## **Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador**

Alejandro Nieto  
*Catedrático de Derecho Administrativo*

1. El "giro administrativo" en el proceso de sustantivación del Derecho Administrativo Sancionador.
2. La permanente cuestión del contraste entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.
3. Consecuencias del giro administrativo.
4. Del daño al riesgo.
5. De la defensa de los derechos individuales a la de los intereses públicos y generales.
6. Fraccionamiento.
7. La vuelta del péndulo.

Es probable que muchos de ustedes, a la vista de su título formal aparentemente inequívoco, crean que en esta conferencia va a procederse a una “puesta al día” de las novedades legislativas y jurisprudenciales exigidas durante el año 2006: una tarea que sería, desde luego, útil para los oyentes en unos tiempos en los que la avalancha de novedades de todo tipo tan difícil hace a los juristas prácticos “estar al día”.

Si éstas son sus expectativas, vaya por adelantado, entonces, que he de defraudarles, puesto que mi intención no es realizar un barrido de las novedades del último año, sino algo mucho más serio, aunque sea perjudicando el interés “práctico” inmediato de mi intervención. Ha llegado, en mi opinión, un momento de detenerse para reflexionar sobre lo sustancial por encima del tráfico de cada día. Vamos a pensar en lo que actualmente significa el Derecho Administrativo Sancionador dentro de nuestro Derecho Administrativo e incluso dentro del Derecho a secas. Una tarea que hoy resulta natural, pero que hace apenas veinte años hubiera parecido sorprendente: así de deprisa hemos avanzado en este punto.

### 1. El “giro administrativo” en el proceso de sustantivación del Derecho Administrativo Sancionador

En 1992, en la primera edición de mi libro *Derecho Administrativo Sancionador*, se formuló la tesis de que el Derecho Administrativo Sancionador español, hasta entonces considerado como una hijuela del Derecho Penal en cuanto construido exclusivamente con materiales tomados de éste, no tardaría en adquirir sustantividad propia y que su destino pasaba por su previsible e inevitable administrativización. En definitiva, se diseñaba un árbol genético que partiendo del Derecho Público Constitucional formaba el tronco específico del Derecho Punitivo Público, que luego se desdoblaba en dos ramas: la del Derecho Penal y la del Derecho Administrativo Sancionador.

En los catorce años que desde entonces han transcurrido, lo que en 1993 parecía mero voluntarismo, o a todo lo más simple conjetura, se ha materializado con rapidez insospechada en una realidad, hasta tal punto que hoy sí puede hablarse ya de un Derecho Administrativo Sancionador en sentido propio. Los balbuceos iniciales quedan ya lejos, las vacilaciones juveniles van superándose y ha entrado sin duda en la mayoría de edad.

Una declaración que no debe entenderse como triunfalista, y ni siquiera como autosatisfactoria, puesto que hay que ser conscientes del largo camino que aún queda por recorrer, de los ensayos frustrados y de las excesivas contradicciones que se padecen. La verdad es que la mayor parte de las cuestiones importantes están sin solucionar, pero lo que

importa es que ya están planteándose correctamente y, si esto es así, la solución vendrá antes temprano que tarde. Aquí ha tenido lugar lo que denomino el “giro administrativo” de la evolución del Derecho Administrativo Sancionador. Porque, como es sabido, esta rama del Derecho, que en el actual Estado democrático había nacido a la sombra del Derecho Constitucional y se había estado desarrollando de la mano y bajo la tutela del Derecho Penal, poco a poco, al principio tímidamente y luego en progresión acelerada, ha ido adquiriendo una sustancia administrativa que le ha permitido, no ciertamente independizarse, pero sí encontrar su propia identidad en el lugar que le corresponde.

Sobre los aspectos procedimentales no hace falta detenerse, dado que siempre han sido administrativos desde su mismo origen: administrativo es el procedimiento sancionador y contencioso-administrativa la jurisdicción revisora de las sanciones. Este régimen, que a los españoles nos parece obvio, dista mucho de serlo, ya que caben otros modelos alternativos igualmente plausibles, por ejemplo, que el procedimiento sea judicial desde el principio o que la revisión de los actos administrativos sancionadores sea realizada por tribunales penales.

De la misma manera que también ha sido originalmente administrativa la potestad sancionadora, así como el alcance de su ejercicio, de acuerdo con un esquema que nada tiene que ver con el penal. Porque los jueces penales sólo están para reprimir delitos derivados de una legislación que les es ajena, a diferencia de lo que sucede en el otro ámbito, en el que la Administración es directamente la ejecutora de unas normas, que no le son ajenas puesto que colabora en su formación a través de los reglamentos y, sobre todo, porque gestiona los intereses públicos y generales. La Administración es, en suma, un gestor –y un gestor no sólo de normas sino en primer término de intereses– y únicamente reprime de forma marginal, como un subproducto –mejor, como un complemento– de su actividad esencial de gestión.

Con esta diversidad de presupuestos, radicalmente separados, lo que asombra entonces es la servidumbre penal que ha padecido hasta ahora el Derecho Administrativo Sancionador. Extraño fenómeno que quizás pueda explicarse por la absoluta pobreza teórica en los años en que se aprobó la Constitución y por su cerrazón ideológica. La servidumbre técnica a la que le sometió el Tribunal Constitucional bajo determinados principios penales de rango constitucional ya es menos justificable, puesto que responde a una exacerbación ideológica más propia de políticos demagógicos que de magistrados prudentes. Por ello, sorprende más todavía que los excesos dogmáticos (sumisión ciega a los principios de legalidad, reserva

legal, mandato de tipificación, culpabilidad, *non bis in idem*) fueran obra del Tribunal Constitucional y no de la Constitución misma, mucho más mesurada –con su enigmático silencio– en este punto.

Sea como fuere, el hecho es que el Derecho Administrativo moderno se colocó en la estela del Derecho Penal dejándose arrastrar por él. Con la inevitable consecuencia de que el aparato empezó a bloquearse, ya que con toda evidencia no se podía manejar con instrumentos sustancialmente penalísticos una realidad como la de las infracciones administrativas, tan distintas de las penales.

Para rectificar el error de esta perspectiva se ofrecía a los tribunales dos posibilidades: la de “adaptar” los principios penales a la realidad administrativa y la de abandonar tales principios para seguir una vía administrativa propia. Dos opciones en el fondo complementarias, que han desembocado en una situación nueva.

a) Hay dos materias, por lo pronto, en las que el proceso ya se ha consumado por completo. La tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanzas locales tiene un régimen propio, rigurosamente administrativo, que ha roto hasta sus últimas amarras con el Derecho Penal. Y lo mismo ha sucedido con las modalidades de prescripción, aunque ésta sea una cuestión casi marginal y muy fácil de llevar a cabo a través de una simple intervención legislativa.

b) El alcance de los principios de legalidad y reserva legal es muy distinto en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador, puesto que en éste –una vez superadas las graves reticencias iniciales– se ha terminado aceptando con naturalidad la colaboración reglamentaria indirecta (de la que en el Código Penal sólo hay unos raros ejemplos). Aquí lo importante es, sin embargo, subrayar que todo el principio está en crisis, al borde del naufragio, puesto que se ha comprobado que, si se aplica rigurosamente en el ámbito de los ilícitos administrativos, se dificulta gravemente la operatividad de la gestión administrativa.

c) El régimen general de la reserva legal y de la tipificación se ha “ablancado” hasta extremos hace poco inimaginables, y el nivel de exigencia se reduce ahora a la determinación de unos “mínimos de antijuricidad” y de unos criterios –que de hecho pueden ser muy vagos– para orientar el desarrollo reglamentario.

d) Por lo que se refiere a la culpabilidad, aquí ha habido un perceptible giro administrativo, un cambio sustancial del panorama penal desde el momento en que se ha impuesto la variante de la mera inobservancia y se ha empezado a resquebrajar la presunción de inocencia.

e) La teoría elaborada en torno a la prohibición de *bis in idem* puede calificarse sin ambages de rudi-

mentaria y contrasta con la posición normativa legal. Es en esta materia donde probablemente se encuentre más atrasado el proceso de administrativización, que ni siquiera se ha iniciado seriamente, aunque ya existe una técnica que, debidamente explotada, puede ser muy fértil: la distinción a efectos sancionadores entre hecho y acción.

f) Para mí, con todo, el punto más oscuro –y desde luego el dato más incongruente de la situación– es la descoordinación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Administrativo material, puesto que éste sigue considerando a aquél como un anejo incómodo, la “cara antipática” de una actuación administrativa que tiende cada vez más a hacerse atractiva a los ciudadanos. Las leyes sectoriales cumplen con evidente desgana –que se manifiesta en ocasiones en graves deficiencias– el rito de añadir una coda de tipificaciones infractoras y sancionadoras. El legislador no quiere comprender que las medidas sancionadoras no son externas a las actividades materiales, sino que deben integrarse en ellas como un intento más –junto con las medidas de fomento, preventivas y cautelares– de la eficacia administrativa. Las infracciones que protegen la limpieza viaria no valen de nada si no van acompañadas de la instalación de papeleras y la defraudación fiscal no se evita tanto con inspecciones y multas como con campañas de ilustración fiscal y con la colaboración de funcionarios dispuestos a ayudar a los contribuyentes de buena voluntad.

g) Por lo demás, este proceso de sustantivación se ha reflejado, como no podía ser menos, en la actitud de la doctrina. El campo ha sido ocupado con naturalidad y abrumadora mayoría por los autores administrativistas, mientras que los penalistas, conscientes de que ya han cumplido su labor inicial de remolque en su momento imprescindible, se han retirado posteriormente y de manera ostensible a segunda fila.

## 2. La permanente cuestión del contraste entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador

El Derecho Administrativo Sancionador encuentra su identidad cuando consigue determinar con precisión lo que lo separa del Derecho Penal y –superando la vieja y aburrida cuestión de sus diferencias– demuestra así que no es una simple hijuela de éste, a la manera de un Derecho Penal de bagatela o de segunda categoría. Pues bien, lo que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen actualmente de común –que es mucho, aunque cada día menos– no es una servidumbre de éste sobre aquél sino una herencia de la Constitución, que ambos comparten aunque luego cada uno la ha ido administrando de manera distinta.

a) Por lo pronto, el Derecho Administrativo Sancionador es el “brazo armado” de una Administración pública, entendida como gestión de intereses y servicios públicos. Los fines últimos y el marco normativo de esta gestión le vienen dados desde fuera, desde el Legislativo, pero su correcta realización es de su propia responsabilidad y, al colaborar reglamentariamente con las leyes, resulta que la actuación represiva forma parte de la gestión, a diferencia de lo que sucede con los jueces penales, que para nada pueden intervenir en las normas que están manejando.

b) Desde el punto de vista técnico-estructural, las normas del Derecho Administrativo Sancionador son inseparables de las normas legales y administrativas que establecen mandatos y prohibiciones. La infracción administrativa consiste en un incumplimiento o desobediencia de algo que está mandado o prohibido. El delito, en cambio, es la realización a través de una acción u omisión de un tipo normativo en el que sólo implícitamente pueden verse órdenes o prohibiciones.

c) El Derecho Penal es un Derecho represor, los jueces retribuyen con una pena a los delincuentes, mientras que el fin último del Derecho Administrativo Sancionador es la prevención de las infracciones.

d) En el mar sin orillas de los ilícitos administrativos cada vez cobra mayor importancia la complejidad orgánica de los entes infractores y la complejidad tecnológica de las acciones infractoras y de las posibilidades de su impunidad.

### 3. Consecuencias del giro administrativo

Cuanto acaba de decirse es cosa sabida y por ello no vale la pena detenerse en estos puntos, pues parece más importante fijar la atención en otros más novedosos –el traslado del daño al riesgo en el centro de gravedad de la institución, el paso de la defensa de los intereses individuales a la de los intereses públicos y generales y, en fin, el fraccionamiento normativo–, que se encuentran fomentados por una sonora descriminalización de los ilícitos, como la que tuvo lugar en la revisión del Código Penal de 1995.

Tal como éste advierte en su exposición de motivos, “se venía operando con la idea de que el Código Penal constituye una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esta idea partía ya de un déficit, dada la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración; pero, además, resultaba innecesaria y perturbadora”. Y así es como se devolvieron al Derecho Administrativo Sancionador los tipos que había hecho suyos indebidamente el Derecho Penal.

### 4. Del daño al riesgo

En la figura tradicional del ilícito aparece un daño como elemento central que se castigaba y que tenía, además, un efecto psicológico secundario: la disuasión mediante el dolor con objeto de que el infractor no repitiera su acción. En definitiva, puro conductismo, ya que así se adiestra en las escuelas a los perros guardianes y a las ratas en los laboratorios de investigación. La multa impuesta por el Ministerio de Hacienda hará pensar dos veces al infractor antes de volver a cometer una defraudación fiscal.

Esto es cierto, desde luego, pero se trata de una observación parcial, ya que en la actualidad la clave del sistema administrativo sancionador no se encuentra en el daño sino en el riesgo, no en la represión sino en la prevención (que no es un mero efecto colateral). La verdad es que hasta hace poco el Derecho Administrativo Sancionador vivía en el hueco que le hacían sus dos poderosos vecinos: el Derecho Penal, por un lado, y el Derecho civil de responsabilidad, por otro. Hoy, en cambio, la orientación hacia el riesgo le permite afirmarse en terreno propio porque la prevención del riesgo es cosa del Derecho Administrativo y su represión, del Derecho Administrativo Sancionador.

La respuesta jurídica al daño es la responsabilidad económica, de naturaleza sustancialmente civil, aunque pueda derivarse de una ilicitud administrativa o de un delito. En estos últimos casos, la sanción no es una alternativa a la indemnización sino un complemento. En la actualidad, y cada día en mayor medida, el riesgo es el protagonista del Derecho Administrativo Sancionador, desplazando al daño a segunda fila. El circular con semáforo rojo constituye una infracción aunque no se produzca accidente alguno; mientras que pueden producirse accidentes y daños indemnizables aun respetando escrupulosamente las señales de tráfico.

Las aglomeraciones humanas y el desarrollo tecnológico han producido la “sociedad de riesgo” en que vivimos. Hoy no nos atemoriza tanto la naturaleza (el frío, los animales venenosos y depredadores, los terremotos) como las conductas de los demás hombres, y más que por sus actos de violencia por los riesgos que sin intención, o con ella, provocan (contaminaciones, contagios, accidentes). La situación ha llegado a un punto crítico que ya no permite que el Estado y el Derecho entren en acción únicamente para regular e imponer indemnizaciones por los daños, sino que los obliga a intervenir antes de que el daño se haya producido. De lo que se trata ahora fundamentalmente es de prevenir los daños mediante la eliminación –o al menos reducción– de los riesgos, a cuyo efecto se ha puesto en marcha una política pública preventivo-represiva, que se desarrolla en varias fases. La primera consiste en una

regulación poco menos que global de las actividades de los particulares, que se completa con inspecciones permanentes y culmina en unas sanciones cuando se constata la infracción de lo regulado. El Derecho Administrativo Sancionador es, por tanto, un elemento en la realización de esta política. De esta manera, hemos llegado a un punto en el que el Estado ha asumido el papel de garante de un funcionamiento social inocuo y el Derecho Administrativo –e indirectamente el Derecho Administrativo Sancionador– se ha convertido en un instrumento de prevención de riesgos. Una sociedad de riesgo exige la presencia de un Estado gestor de tal riesgo y, eventualmente, de un Derecho reductor del mismo.

Ahora bien, el significado del riesgo no puede analizarse en términos generales, habida cuenta de que sus dos modalidades –abstracto y concreto– tienen una relevancia jurídica muy distinta.

a) El riesgo abstracto es el riesgo potencial producido por una acción u omisión independientemente de que se realice, o no, en el momento de la comisión. El no respetar un semáforo produce un riesgo abstracto, aunque en unas circunstancias determinadas (por ejemplo, en un día y hora en que no hay tráfico y además la visibilidad es perfecta) no se produzca riesgo alguno concreto o real para las personas ni las cosas. Lo cual no tiene, sin embargo, relevancia porque lo que el legislador aquí desvalora es la producción de riesgo potencial o abstracto.

La aceptación de tal figura ha provocado un verdadero cataclismo en el Derecho Administrativo Sancionador desde el momento en que se exige responsabilidad en ausencia de daños y aun de riesgo concreto. Porque la infracción es consecuencia exclusiva de la mera inobservancia de un precepto, con un notable descenso, además, del nivel de culpabilidad. Es infracción tener una escopeta de caza sin licencia aunque nunca se haya salido al campo a cazar y ni siquiera se tengan cartuchos en casa. Con esta arma herrumbrosa abandonada en el desván y sin munición no se crea peligro concreto alguno; pero ello no evita la infracción administrativa, al no haber obtenido la licencia de armas. El riesgo abstracto, en definitiva, es el punto por donde se pasa del Derecho Administrativo Sancionador de culpa al de mera inobservancia.

b) El régimen de las infracciones de peligro concreto es totalmente diferente del anterior. El artículo 1.1 de la Ley de tráfico previene que “los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos”. Aquí la infracción no consiste en una mera inobservancia, no basta la constatación mecánica de un incumplimiento de la normativa, sino que se precisa una valoración concreta de lo sucedido. Es decir, que la decisión originaria está en manos de la Administración, que es la que constata y valora la existencia del peligro concreto.

## 5. De la defensa de los derechos individuales a la de los intereses públicos y generales

El Derecho Administrativo Sancionador moderno –contaminado, sin duda, por las preocupaciones ideológicas constitucionales y por la tradición penalista– se autoproclamó de inmediato defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales, no descuidados ciertamente en la época anterior, pero a los que no se había dado la importancia que merecían, al menos en la materia de orden público. Actitud loable, desde luego, pero sesgada y parcial habida cuenta de que por imperativo constitucional la tarea primordial de la Administración es la *gestión* (y defensa) de los intereses públicos y generales; lo que en absoluto corresponde a los tribunales de justicia sometidos “únicamente” a la ley y al Derecho.

Vistas así las cosas, resulta difícil entender la perceptible (aunque no absoluta) indiferencia del Derecho Administrativo Sancionador moderno respecto de los intereses públicos y generales, potenciada por la circunstancia de su elaboración pretoriana, es decir, obra de los jueces, olvidando que la potestad sancionadora donde reside es en la Administración y no en los jueces de control (obsesionados de ordinario por la pretensión de los derechos individuales, de los que se consideran los supremos defensores y garantes). La aberración ha consistido entonces en mirar el fenómeno con los ojos del controlador, no del gestor, atendiendo casi exclusivamente a las disfunciones y arbitrariedades producidas en la instancia administrativa.

El progreso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador ha de conducir inevitablemente a una mayor atención de la actividad administrativa originaria, es decir, a la protección de los intereses generales, sin perjuicio del respeto a la ley. Esto es obligado porque de otra suerte –y tal como está sucediendo ya– se confunde el objetivo con el instrumento. Para los jueces, y en especial tratándose de la jurisdicción penal, la legalidad es la defensa de los derechos y garantías de quienes han atacado los bienes jurídicamente protegidos; mientras que para la Administración, y muy particularmente en su vertiente sancionadora, el objetivo es la protección y defensa de los intereses públicos y generales, operando la ley y el Derecho como un límite del ejercicio de su actividad, no como un fin de contenido propio. Hay que recuperar, por tanto, ese objetivo fundamental, pues en otro caso no valdría la pena haber otorgado a la Administración la potestad sancionadora y sería más propio encomendársela directamente a los tribunales.

Una recuperación que se facilita cuando el Derecho Administrativo Sancionador recobra su sustancia administrativa y abandona el mimetismo judicial que

actualmente practica. Al Derecho Administrativo Sancionador no le es lícito desconocer los derechos e intereses de los particulares, pero mucho menos perder de vista que su objetivo fundamental es la protección y defensa de los intereses públicos y generales.

## 6. Fraccionamiento

El “giro administrativo” también ha venido acompañado de una dinámica centrífuga que no puede sorprender a nadie porque es consustancial con la realidad administrativa, cada vez más fraccionada. Frente a la rigurosa unidad del Derecho Penal, anclado constitucionalmente en el Estado, la potestad administrativa sancionadora tiende a fraccionarse en los niveles de las comunidades autónomas y de los entes locales (por citar sólo a los más importantes), que tienden igualmente por su parte a separarse todavía más tanto en lo normativo como en la ejecución. Mientras que en el terreno material la desbordante actividad administrativa ha abierto tanto el abanico de su contenido que hoy cabe preguntarse hasta qué punto puede hablarse de un solo Derecho Administrativo Sancionador y no de tantos como sectores ordinamentales existen con características individualizadas. Piénsese en el caso del fiscal, del orden social, tráfico y policía, que son los de mayor tradición, a los que se van sumando otros menos venerables quizás pero igualmente importantes, como el medioambiental, urbanístico, sanitario y muchos más que les van siguiendo.

En estas condiciones empieza a cobrar el Derecho Administrativo Sancionador actual un sentido inédito, al que ahora se le pide no ya una regulación completa de la materia, sino una red conceptual y normativa que coordine el funcionamiento de estos derechos –en plural– que se entrecruzan material y territorialmente. La Ley de procedimiento administrativo común, adelantándose intuitivamente a este proceso, resolvió la cuestión a través de las técnicas de los “principios” y de las “bases” que pueden permitir la unidad dentro de la variedad, remitiéndose tanto a las normas territoriales como a las sectoriales.

## 7. La vuelta del péndulo

Sin perjuicio de lo anterior, en los últimos años ha tenido lugar una evolución inesperada: la tendencia a la despenalización, que parecía irreversible, se ha cortado bruscamente con la criminalización de conductas que venían constituyendo desde siempre inequívocos ilícitos administrativos. Un movimiento pendular, por tanto, que no deja de ofrecer contradicciones severas.

Un buen ejemplo de tal tendencia es el de los nuevos delitos urbanísticos y los problemas que han traído consigo.

a) El Código Penal vigente ha seleccionado algunos ilícitos urbanísticos –en realidad, sólo dos– y los ha elevado a la categoría de delitos en su artículo 119. Pero ¿por qué sólo dos? Esto es algo que nadie ha conseguido entender, ni se ha expresado nunca, ni oficial ni doctrinalmente, una explicación satisfactoria.

b) Lo peor del caso es que la criminalización de las conductas no ha implicado su exclusión de la lista de las infracciones administrativas, de tal manera que las mismas son *al tiempo* delito e infracción. Abriéndose con ello la “doble vía” de la represión, que tantas y tan insuperables dificultades arrastra.

c) La coordinación de las dos vías no está lograda, ni mucho menos. La represión administrativa se detiene y se remite a la vía penal, donde con frecuencia se duerme literalmente y nos quedamos sin una y sin otra. Además, una vez que el juez ha resuelto surgen nuevos problemas porque en determinadas condiciones puede volver la competencia a la Administración que habrá de enfrentarse a las espinosas cuestiones del *non bis in idem* en sus múltiples modalidades.

d) En esta vía penal –tan frívolamente recuperada– emergen inevitablemente las cuestiones prejudiciales, sean devolutivas o no (artículos 3 y 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal): si es devolutiva, puede eternizarse la cuestión en los recovecos del proceso contencioso-administrativo (que tan difícil encaje tiene aquí al no haber un acto administrativo impugnado), y por ellos los infractores se acogen a ella muy gustosamente; y si no es devolutiva, la resuelve el juez penal, que desgraciadamente no suele ser competente técnicamente para ello. Con este simple dilema puede explicarse ya el fracaso del sistema.

e) El primer pretexto de la novedad introducida es el de la ejemplaridad de la dureza penal, que se supone basta por sí sola para desestimular a los eventuales infractores. Ahora bien, la realidad es muy distinta, puesto que la experiencia indica que la simple amenaza de un castigo terrible, pero improbable, no desestimula a nadie, como comprobamos en España cuando en la posguerra se estableció la pena de muerte para el estraperlo: un castigo tan desmesurado y proporcionado al que nadie hizo caso. Por decirlo con palabras de Beccaria, “la certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, hace siempre más impresión que el temor de otro más terrible si va unida a la esperanza de la impunidad”.

f) Existe un segundo pretexto relacionado con el anterior. El sistema sancionador administrativo –se dice– ha sido un fracaso, y por lo tanto conviene introducir otro alternativo más eficaz. Cierto es, en verdad, el fracaso denunciado, pero con el transcurso

de los años se ha podido comprobar que el fracaso de la represión penal es aún más estrepitoso.

En estas condiciones, cabe preguntarse por el sentido de una reforma legislativa, de la que sus autores tuvieron conciencia desde el primer momento de que no podía ser eficaz. Este caso no es único ni mucho menos y los autores han acuñado el término de “Derecho Penal simbólico”, con cuyas normas se pretende –literalmente– “hacer que se hace”, es decir, dar una respuesta normativa sin pretender que sea eficaz, sino únicamente para responder a las presiones sociales que exigen una medida o reacción del poder público.

Yo suscribo este concepto, que también suele denominarse “Derecho ornamental”, bien conocido por los administrativistas. Pero creo que nuestro caso es aún más grave, puesto que no se trata sólo de un Derecho inútil, sino de un Derecho perjudicial, dado que, en mi opinión, estas normas actúan como un auténtico “cortafuegos” para impedir la acción de la represión administrativa. Porque en el supuesto de que se pone en marcha un procedimiento sancionador en serio (lo que desde luego no es frecuente), los infractores, con la colaboración del Ministerio Fiscal, pueden pararlo sin más trabajo que iniciar unas diligencias penales que, después de paralizar fulminantemente las actuaciones administrativas, se pierden en el polvo de los archivos. A la experiencia me remito y a la práctica de los infractores de insistir en la vía penal, cuyas ventajas conocen de sobra, dado que, a cambio de una amenaza mayor, reducen las posibilidades reales de condena.

Las consideraciones anteriores, que he mantenido siempre, parecen tambalearse por lo que está sucediendo en España en los últimos meses, en los que, al fin y al cabo de más de diez años de vigencia del Código Penal, se han iniciado diligencias penales en serie. Hecho que algunos interpretan como una prueba de la eficacia de la represión penal. Mi punto de vista es a este propósito completamente distinto, pero no es éste ni el lugar ni la hora de abordar un análisis que nos llevaría demasiado tiempo y que habrá que posponer para otro momento. ■