

Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites

Juan Antonio García Amado¹

Sumario: I. NO CASTIGA UN FANTASMA NI UNA ENTELEQUIA. II. ¿QUIÉN ESTÁ LEGITIMADO PARA CASTIGARNOS? III. ZANCADILLAS AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. IV. ILÍCITOS Y SANCIONES ADMINISTRATIVOS Y PENALES: LA NECESIDAD DE UNA DIFERENCIA SUSTANTIVA INENCONTRABLE. V. DE LO CUALITATIVO A LO CUANTITATIVO, Y VUELTA. VI. LA ADMINISTRACIÓN EN SU SITIO Y EL CIUDADANO CON SUS GARANTÍAS.

I. NO CASTIGA UN FANTASMA NI UNA ENTELEQUIA

Entre sanción administrativa y pena hay elementos comunes. Esos elementos coincidentes constituyen en principio buenas razones para que a ambas se les dé un fundamento común, que se suele poner en el *ius puniendi* del Estado. Pues, en efecto, común a las dos es, por un lado, el carácter aflictivo, de castigo, y, por otro, el que su inflicción está en manos del Estado. La existencia de sanciones administrativas y penales lleva a preguntarse por qué puede el Estado sancionar así, imponer esos castigos a los ciudadanos.

Caben respuestas de dos tipos, según que se sitúe el punto de vista en la dimensión fáctica o en la normativa. Bajo una óptica puramente fáctica, se podría decir que el Estado sanciona porque puede, dándole aquí al “poder” el sentido de estar en condiciones fácticas, de tener los resortes materiales y la posibilidad empírica de hacerlo. Si usamos los dos verbos alemanes que significan “poder” (*können* y *dürfen*), estaríamos hablando, en este caso, del poder como *können*. Una respuesta de este jaez tiene, al menos a primera vista, un aire de trivialidad, pues el “poder”, así, parece un atributo definitorio del Estado, de modo que un Estado “impotente” es poco menos que una contradicción en los términos o un componente del diagnóstico de la crisis de un Estado como tal. El Estado, pues, al menos el Estado en su total concepto

1 Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León.

y en su plenitud efectiva, posee el poder fáctico para forzar las conductas de sus ciudadanos y castigar al reticente a sus órdenes.

Bajo el prisma normativo, el poder por el que nos preguntamos se correspondería con el verbo alemán *dürfen* y alude a la habilitación o legitimidad para imponer castigos, sanciones. Aquí nos estamos preguntando por qué al Estado le está permitido disponer sanciones para sus ciudadanos. Desde el momento en que enfocamos así la cuestión, estamos poniendo al Estado en una situación pareja a la que es propia también de los individuos que viven en una sociedad organizada por normas, pues lo que yo, como mero individuo, “puedo” hacer, en el sentido material de “poder” (por ejemplo, matar a mi vecino mientras duerme en la playa), no “puedo” hacerlo, en el sentido normativo de “poder”, desde el momento en que hay alguna norma que me lo impide. ¿Me lo impide? Fácticamente no, pero la norma correspondiente me prohíbe² tal comportamiento y, para el caso de que vulnere dicha prohibición, prevé que se me aplique una sanción y el sistema normativo dispone la organización y los instrumentos para que la aplicación de dicha sanción sea viable y probable.

Así pues, resulta que, en una primera aproximación, el Estado y yo estamos en una posición similar, pues ambos podemos fácticamente hacer más de lo que podemos normativamente hacer. Pero este paralelismo de las dos situaciones es fuertemente engañoso y, si nos quedáramos ahí, eludiríamos la cuestión central que nos estamos planteando, la del fundamento del *ius puniendi* estatal. A mí no me está permitido hacer todo lo que fácticamente puedo hacer por la sencilla razón de que la sociedad en la que vivo se rige por unas normas que estipulan comportamientos como prohibidos. Es más, la organización social es posible precisamente porque rigen normas que diferencian entre comportamientos permitidos y prohibidos (prohibiciones de hacer y prohibiciones de no hacer u obligaciones). En cambio, el Estado se encuentra en una situación distinta.

Sin embarcarnos en disquisiciones históricas y conceptuales, partimos aquí de que la organización social moderna es una organización estatal. Los poderes sociales son concebidos como poderes estatales. La sociedad se estructura sobre la base de una compleja interrelación entre poderes, pero en la época moderna, al menos, esos poderes se entienden encarnados por y en el Estado. A través de órganos del Estado se sientan y/o reciben su “sanción” como tales las normas jurídicas, supremas nor-

2 Usamos la expresión habitual, aunque conviene tener en cuenta la precisión que hace Alejandro Nieto, precisión que le sirve también para marcar una diferencia entre normas sancionadoras penales y administrativas: “la enumeración de los delitos es de ordinario autónoma en cuanto que no remite a otras normas. Por ello no puede haber, como regla, más delitos que los tipificados directamente: *las normas penales no prohíben ni ordenan nada sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma, en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción*” (Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 4ª ed., 2008, p. 312. *Cursivas en el original*).

mas de la organización social; a través de órganos del Estado se mantiene el orden social y se aplican coactivamente tales normas. En el Estado culmina y desemboca la política, como gobierno o autogobierno de la “polis”, de un conjunto social delimitado. Y el Estado tiene su eje en el Derecho, como conjunto de normas vinculantes para los ciudadanos que coordinan la convivencia de ese conjunto y gestionan sus objetivos. Las sociedades modernas se autogobiernan en cierto sentido, si son sociedades democráticas organizadas en un Estado democrático de Derecho, pero no se autogestionan.

El Estado puede cumplir ese cometido de servir de eje o cúspide de la organización social porque dispone de dos tipos de medios: el monopolio del uso (autorizado) de la fuerza, con los correspondientes instrumentos a tal efecto, y herramientas económicas que detrae de la propia sociedad. Cuando estamos en un Estado de Derecho, ambos tipos de medios se procuran y se emplean con arreglo a las normas jurídicas, no libérrimamente. Pero con ello hemos dado de nuevo el salto a lo normativo. Un Estado puede, fácticamente, aplicar a su albur la fuerza sobre sus ciudadanos, aunque normativamente, con arreglo a Derecho, al Derecho de ese Estado (si es un Estado de Derecho), no deba hacerlo, no le esté permitido hacerlo. Mas, si lo hace, no deja de ser Estado, en el sentido de supremo poder social, aunque deje de ser Estado de Derecho y aunque con arreglo a las pautas que proporcionan determinados sistemas político-morales hoy predominantes en nuestro contexto cultural deje de ser un Estado legítimo.

Ahí se halla la diferencia entre mi situación y la situación del Estado: a mí se me impide por la fuerza hacer buena parte de lo que fácticamente podría hacer, o se me castiga por la fuerza si lo hago. En cambio, no hay fuerza capaz de poner similares límites al Estado³. El Estado y el ciudadano se encuentran, por definición, en una posición asimétrica. Y es a partir de esa constatación como cobra pleno sentido el interrogante sobre el *ius puniendi* del Estado, sobre su derecho a sancionar el comportamiento de los ciudadanos que no se sometan a ciertas normas que, en nuestra época, son normas estatales. En términos más claros: ¿por qué puede el Estado sancionarme a mí por matar a mi vecino, o por robarle su reloj, o por traficar con marihuana, o por fumar marihuana en un local público, o por conducir sin llevar abrochado el cinturón de seguridad, o por construir una casa sin la preceptiva licencia municipal?

En los hechos el Estado puede sancionarme por lo que le dé la gana. Pero, si tratamos de librarnos de la fuerza normativa de lo fáctico y entendemos que la pregunta por el fundamento del *ius puniendi* es la pregunta por las razones que hacen aceptable dicha posibilidad de castigar, no hemos de conformarnos con respuestas del tipo

3 Salvo, por supuesto, otro Estado, en cuyo caso sólo trasladaríamos el problema y no habríamos salido de la esfera de lo fáctico, o la sociedad internacional si está suficientemente organizada como tal, es decir, con poder coactivo suficiente, con lo cual también aquí nos limitaríamos a elevar la cuestión un peldaño más arriba.

puede (*darf*) porque puede (*kann*). Además, una contestación así no sólo significaría el acrítico plegarse ante el poder meramente material, sino que, además y sobre todo, supondría que por definición al Estado le está admitido castigar sin límites, es decir, puede castigar a quien quiera, cuando quiera y como quiera. No debemos perder de vista que la pregunta por el fundamento del *ius puniendi* es simultáneamente la pregunta por los límites del *ius puniendi*: según sea el fundamento, así serán los límites, pues no se podrá castigar más allá de dicho fundamento o en contradicción con él.

Pero con esta forma de hablar de los últimos párrafos estamos ya incurriendo en un defecto del que debemos tomar plena conciencia, aun cuando sea muy difícil sus- traerse a tal inconveniente a la hora de expresarse. Pues estamos personalizando el Estado, le estamos dando la condición de sujeto parangonable a un ser humano, con su voluntad, sus intereses propios e, incluso, con sus sentimientos. Y en este punto, cómo no, se nos hace ineludible volver a Kelsen⁴, si no queremos caer en un estatismo de la peor calaña y del mayor peligro para los individuos.

El Estado no es una persona, un ser orgánico y psíquico, aunque con arreglo a Derecho una parte de él, la Administración, tenga personalidad jurídica⁵. Este último, el de la personalidad jurídica, no es un dato fáctico, sino jurídico-normativo. ¿Acaso, entonces, el Estado carece de existencia fáctica? Conviene reparar en distinciones bien evidentes. Los órganos del Estado y los poderes del Estado no son entes empíricos, sino constructos jurídicos. Pero los seres humanos que ocupan esos órganos y dentro de ellos desenvuelven sus competencias y potestades y los que detentan los poderes del Estado sí son individuos de carne y hueso. El Estado, como tal, ni piensa ni siente ni padece ni quiere o deja de querer. Son esos individuos los que poseen voluntad, intereses y sentimientos.

A la hora de repasar las justificaciones del poder punitivo del Estado podemos rastrear el efecto de dos concepciones del Estado, que denominaremos sustancialistas y no sustancialistas. Las concepciones sustancialistas son las que lo ven como ente con algún tipo de sustancia o esencia autónoma, propia y definitoria. Estas visiones sustancialistas se subdividen, a su vez, en dos, las que personalizan al Estado, contemplándolo como un ser en algún punto parangonable a una persona, una especie de supraindividuo o supersujeto con existencia propia; y las que ligan el concepto

4 Como explica Celia Suay (“Refutación del *ius puniendi*”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 724), “En el contexto de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, las críticas de Kelsen al paradigma antropomórfico y autocrático del Estado contribuyen a desvincular el Estado de Derecho de las adherencias conceptuales propias del antiguo régimen de la monarquía absoluta” y en esa empresa Kelsen critica “la “personalización” e incluso la “humanización” que del Estado hace la doctrina jurídica, en cuyo discurso aparece “ordenando”, “prohibiendo”, “facultando”, “castigando” etc. En particular, a Jellinek critica que hable de la “conciencia del Estado”, de sus “motivos racionales”, e incluso de sus “caprichos””.

5 Cfr. García de Enterría, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público”, *Revista de Administración Pública*, 129, septiembre-diciembre 1992, pp. 200ss.

de Estado con atributos no estrictamente “personales”, pero que lo entienden como un ente dotado de ciertos caracteres constitutivos que le confieren naturaleza propia y específica, al margen o por encima de los componentes puramente formales o estrictamente jurídicos, y en alguna medida también al margen o por encima de los ciudadanos y de la sociedad que forman.

Desglosemos muy brevemente esta clasificación en sus consecuencias para la fundamentación del *ius puniendi*. Para las doctrinas sustancialistas personalizadoras la realidad del Estado es una realidad personal, aunque su composición sea supraindividual; realidad personal que está por encima de los individuos que lo componen y a los que aglutina, pues sólo ese ser, el Estado, da o refleja, sintetizándola, su identidad colectiva, al tiempo que, mediante los mandatos que emanan de su voluntad, marca sus fines y guía la realización de sus intereses. Por supuesto, esta visión es herencia y secuela de la identificación absolutista entre el Estado y la persona del monarca. Fue el Estado, en tanto que aparato, cobrando autonomía frente al soberano personal y fue la soberanía haciéndose atributo del ente estatal, jurídico-formal e institucional, pero en la doctrina, especialmente en la alemana⁶, se operó una mera transposición de esquemas: si ya no es el Estado lo mismo, en esencia, que la persona-institución del Rey, será el Estado persona en sí y “reinará” sobre sus súbditos-ciudadanos con pareja potestad e idéntica función. Y, de la misma manera que el monarca aquel, señor absoluto, tenía un derecho irrestricto a establecer normas y a castigar y a que en su nombre se castigara al que las incumpliera⁷, así luego se va a predicar idéntico derecho cuasinatural, incuestionable y definitorio, como propio del Estado.

Otras corrientes sustancializadoras del Estado no llegan a pintarlo como esa especie de organismo viviente complejo, pero lo dotan de alguna propiedad definitoria que lo convierte en un ser específico y que, al tiempo, sirve de explicación y fundamento de sus poderes, incluido el de imponer castigos a los ciudadanos. De esas propiedades, la más común e importante es la soberanía. El Estado lo es porque tiene soberanía y la soberanía existe como y en cuanto atributo del Estado. A partir de ese dogma inicial se tiene, al mismo tiempo, por explicada la existencia del Estado y por justificada su potencia coactiva. Estamos otra vez, como bien vio Kelsen en su momento, ante el entremezclamiento de lo fáctico y lo normativo. El Estado es soberano

6 En palabras de García de Enterría, en el Derecho Público alemán del XIX “[e]l Estado en su conjunto lo que debe de caracterizarse como una persona jurídica, pero no ya en los términos comunes del Derecho Privado, sino como una *potentior persona*, singular y armada con todos sus atributos de poder, cuyas facultades se caracterizarán como derechos subjetivos (públicos) del sujeto, correspondiendo sus obligaciones a los derechos de los ciudadanos”. A tal construcción “subyace un componente hegeliano, que pretende sustantivar la totalidad del Estado como un “espíritu objetivo” transpersonal que vendrá a sustituir el tradicional, y ya visto como arcaico, centro subjetivo del monarca, y que a la vez elude sabiamente la posición exacta del pueblo en el sistema. La soberanía será, por supuesto, el primero de los atributos o derechos de esa persona superior” (García de Enterría, E., op. cit., p. 198).

7 Se consideraba el *ius puniendi* “como una potestad de corrección moral indeterminada infligida por el vicario de Dios para el gobierno humano que era el Rey” (García de Enterría, E., op. cit., pp. 196-197).

cuando y porque de hecho se puede imponer y se impone en su territorio sobre sus ciudadanos y frente a otros Estados, pero esa potencia fáctica se convierte, por arte de la alquimia filosófico-jurídica, en fundamento de las potestades normativas del Estado. El Estado puede (*darf*) mandarnos y castigarnos, porque puede (*kann*) hacerlo; al Estado le está permitido lo que es capaz de hacer, y porque es capaz de hacerlo le está permitido y es justo y necesario que lo haga. Otra cosa es que tan poderoso ser decida autorrestringirse el uso de su fuerza o que le solicitemos comedidamente que se frene.

De nuevo nos damos de bruces con las mentadas dificultades expresivas. Acabamos de decir “el Estado se puede imponer y se impone”, “al Estado le está permitida tal cosa” o “es capaz de tal otra”. Con esa forma de hablar, difícilmente evitable si no es a costa de largos circunloquios, estamos subjetivizando al Estado. Al colocarlo como sujeto de oraciones con verbos referentes a acciones y capacidades, colaboramos con su sustancialización: el Estado, en sí y por sí, es un algo, un ente –personal o no– que hace cosas, tiene objetivos, se relaciona con “otros” sujetos u objetos, etc. Mas lo que por evitar el circunloquio no se menciona no debe perderse de vista: el Estado nada hace ni deja de hacer por sí. Todo querer del Estado es un querer de alguien que no es el Estado, sino que cumple una función dentro del esquema, jurídicamente plasmado, de ese constructo artificial y artificioso que llamamos Estado. Cuando el individuo X desempeña su cometido dentro de un órgano del Estado, sus decisiones, tomadas con arreglo al procedimiento jurídicamente establecido y dentro de las competencias jurídicamente determinadas, valdrán como decisiones del Estado porque el sistema jurídico así las configura y porque, con arreglo al propio sistema jurídico, el aparato coactivo del Estado las respaldará (deberá respaldarlas) mediante la fuerza, en su caso. Pero no dejan de ser materialmente decisiones *del individuo X* que formalmente cuentan como decisiones de ese Estado, que son imputadas a ese Estado.

Bien se apreciará que ya estamos transitando hacia las concepciones no sustancialistas del Estado, que también podríamos llamar concepciones escépticas o antimetafísicas. Y ahí, cómo no, el puesto de honor le corresponde a Kelsen, que con su escepticismo puso en su día (y sigue poniendo hoy) de los nervios a cuantos hacen del Estado en sí una fe o a cuantos quieren colocar al Estado al servicio de su fe, sea de la fe en Dios, en una razón milagrera, en la nación o, a la postre y siempre, en los intereses bien concretos de este grupo o de aquellas personas de pura carne y puro hueso. Bien conocido es que para Kelsen el Estado no es más que el reverso del sistema jurídico, el nombre que se da al Derecho en funcionamiento, en cuanto creado y aplicado por órganos que son órganos del Estado porque así los define el sistema jurídico; por personas, en suma, a las que el sistema jurídico permite convertir su voluntad, arropada de formalismos también jurídicamente diseñados, en la voluntad del Estado que a todos vincula y a todos se impone. Otra cosa, un mero añadido –aunque en términos morales y político-valorativos tenga una gran importancia– es que el propio sistema jurídico pida y/o trate de garantizar en lo posible que esas voluntades que se van a transmutar en voluntad estatal no

sirvan a intereses egoístas, sino al interés general, al interés del conjunto de los ciudadanos.

Bajo tal punto de vista “insustancial” el *ius puniendi* estatal, sea en sentido subjetivo u objetivo, no es más que la posibilidad que el Derecho reconoce a alguien o algunos de establecer castigos e imponerlos a los ciudadanos. La cuestión del *ius puniendi* recibe así un nuevo significado y puede quedar dibujada en estos términos: quién, desde el Estado, a través del Estado o por medio del Estado (de los aparatos del Estado) puede disponer castigos para los ciudadanos. Quitamos la máscara, desvestimos al personaje, y aparecen los individuos. Buscamos más allá del títere o la marioneta que se nos muestra a primera vista, y vemos a los que mueven los hilos. Dejamos de observar solamente al muñeco que parece hablar por sí mismo y contemplamos al ventrilocuo que le pone voz. Podría hablarse de una especie de platonismo invertido: la contemplación de la pura idea deja de tenerse por acceso a la única, verdadera o suprema realidad y se capta la verdad de las cosas: que la idea no es más que la sombra, el reflejo, de la realidad *material* que está en su origen.

Así pues, el *ius puniendi* estatal en sentido subjetivo no es otra cosa que la facultad que a alguien o algunos el sistema jurídico reconoce para sentar y aplicar castigos, y, en sentido objetivo, se trata del conjunto de las normas sancionadoras así establecidas y de las prácticas de su aplicación con arreglo a las normas del sistema jurídico. Por consiguiente, las preguntas decisivas serán dos, según que, respectivamente, nos coloquemos en un plano descriptivo o en un plano filosófico-político. Desde el primero, el interrogante, propio de la más estricta y pertinente dogmática jurídica, versará sobre a quiénes, por qué procedimientos y con qué límites permite un determinado sistema jurídico fijar las normas que prevén castigos y a quiénes, por qué procedimientos y con qué límites ese sistema jurídico permite o manda aplicar esos castigos. Desde el segundo, eminentemente valorativo, cabe preguntarse a quién y con qué procedimientos y límites le debe estar permitido dictar esas normas sancionadoras y aplicarlas, si queremos construir un sistema jurídico-político y un modelo de organización social justos o lo más justos posible. No está de más invocar aquí aquel rigor metodológico que tanto obsesionaba a Kelsen, a fin de no confundir la realidad con el deseo y de no caer en la impostura de hacer pasar por descripciones de lo que hay lo que no son más que las aspiraciones o ideas morales del expositor de turno.

Resta todavía otra pregunta crucial, la pregunta por el qué: qué comportamientos deben ser reprimidos mediante los castigos así establecidos y/o qué bienes deben ser salvaguardados por esa vía. De este asunto se tratará más adelante, una vez que hayamos hecho algunas consideraciones sobre el anterior, sobre aquellas dos primeras cuestiones interrelacionadas, las cuestiones sobre el quién, sobre el sujeto titular del *ius puniendi* en cualquiera de sus manifestaciones. Del sistema punitivo vigente existen en España y en cualquier país de nuestro entorno magníficas exposiciones, sea desde el campo de las sanciones administrativas o del de las penas, aun cuando el deseable rigor metodológico antes aludido aparezca muy irregularmente repartido.

Lo que a nosotros nos toca aquí es plantear el tema en su vertiente iusfilosófica y filosófico-política. Lo haremos asumiendo una visión no sustancialista y antimetafísica del Estado. Por supuesto, quienes comulguen con el sustancialismo y con cualquier tipo de entificación ontologista y suprajurídica del Estado habrán de llegar a conclusiones bien distintas.

II. ¿QUIÉN ESTÁ LEGITIMADO PARA CASTIGARNOS?

Si a un servidor la doctrina y los catecismos jurídicos lo convencen de que ése que pone castigos es el Estado, que es un ser en sí y para sí que hace tal cosa como parte intrínseca y esencial de su naturaleza, me conformo y punto. Al igual que el creyente religioso dice “gracias a Dios” cuando le vienen bien dadas, pero asume que algo habrá hecho realmente mal cuando se le tuercen las tornas y le llegan las desgracias, como creyente en el Estado me someteré y pensaré que soy un probo ciudadano si no me sanciona y que bien merecido lo tengo si me castiga. Los designios de ese ser superior, el Estado, habrán de ser para mí, ciudadano de a pie, fuertemente inescrutables y, todo lo más, explicados por ciertos administrativistas, penalistas y científicos de la política travestidos de teólogos e intérpretes y portavoces del ser supremo. Pero si soy descreído, no me conformaré y se me hará más intensamente presente la pregunta de quién es nadie para amenazarnos y castigarnos a mí y a mis conciudadanos. No me servirá que me digan que lo hace el Estado por ser él quien es y por mucho que me citen la autoridad de Gerber, Laband o Jellinek.

En consecuencia, si al interrogarnos sobre ese poder o derecho del Estado, preguntamos en realidad por qué individuos pueden sancionar a otros individuos y no nos resignamos tampoco con la respuesta formal y formalista de que serán los que para tal fin el Derecho nombre; si no preguntamos, en suma, por el órgano del Estado, sino por quiénes para ese cometido deberían ocuparlo, y si comenzamos por referirnos a la tipificación de los comportamientos que han de acarrear las sanciones, se nos presentarán de nuevo dos alternativas. O creemos que hay individuos o grupos sociales (el rey, el dictador carismático, la nobleza, los curas, los blancos, los arios, los sabios, los ricos, los varones...) que por sus superiores dotes o sus particulares méritos están por sí naturalmente llamados a cumplir con esa tarea, o se nos agudizará la rebeldía al reparar en que por principio a ningún ciudadano debería reconocérsele tan peligroso poder sobre los otros.

La primera de esas alternativas tropieza con dos graves inconvenientes. Uno, el de que sólo se puede acoger por quien posea una concepción premoderna y reaccionaria del ser humano y de la sociedad y piense, por tanto, que hay, bien naturalmente, bien por designio divino, seres humanos superiores, llamados a mandar sobre los demás, y sujetos naturalmente inferiores y abocados a obedecer y servir. El otro, el de que semejante planteamiento es radicalmente incompatible con las Constituciones actuales de nuestro ámbito cultural liberal-occidental, como la española; Constituciones que afirman la idéntica dignidad de todos los seres humanos y el derecho de

todos los ciudadanos a la igualdad formal, en la ley y ante la ley, amén de ser titulares todos y conjuntamente de la soberanía popular y de los correspondientes derechos políticos para la participación, en igualdad, en la creación de las leyes. Dicho más radicalmente, sin pararse en matices y con ánimo deliberadamente provocativo: no se ve cómo cualquiera puede proclamarse demócrata y defensor y servidor leal del Estado constitucional de Derecho y, al tiempo, creer que el *ius puniendi* corresponde por sí a alguien o algunos en particular o, incluso, que corresponde a un ser especial llamado Estado, ya sea éste concebido como suprapersona o como ente no “personal”, pero como ente dotado de un ser propio y de una naturaleza prejurídica, vístase como titular de un misterioso atributo llamado soberanía o como cuasireligiosa encarnación de la nación o de un fantasmagórico espíritu del pueblo.

Formulamos así una tesis que, puesta en términos positivos, puede, y hasta debería, resultar trivial de tan evidente: sólo el conjunto de la ciudadanía, en ejercicio de la soberanía popular que la Constitución le atribuye y por la vía de los derechos políticos que le garantizan la participación en igualdad en la creación de la ley, ha de poder establecer las normas que tipifiquen las sanciones para los propios ciudadanos. Pero en la práctica o doctrina en mano no parece tan elemental esa afirmación, ya que, para empezar, nos lleva a una interpretación maximalista del principio de legalidad en materia de sanciones y, para seguir, nos conduce a tomar conciencia de las graves zancadillas que en nuestros días le ponen tanto los partidos políticos y los grupos de presión, por un lado, como muchos juristas teóricos y prácticos, por otro, al principio democrático y de soberanía popular. Desglosemos con la necesaria brevedad estos aspectos.

En la Constitución española el principio de legalidad en materia de sanciones queda establecido en el artículo 25.1 con una dicción aparentemente contundente⁸. Pero hecha (la interpretación de) la Constitución, hecha la trampa, y más en estos tiempos de principalismo desbocado y de consiguiente relativismo semántico de doctrinantes, legisladores, Administraciones, jueces y magistrados constitucionales. Como, al parecer, no hay regla constitucional sin excepción⁹, pues para eso se con-

8 “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

9 De modo que, como apunta Nieto a propósito del contenido de la reserva legal en materia de sanciones administrativas, pero dando cuenta de un mal muy general de nuestro sistema jurídico, *“al final nos quedamos sin saber cuál es la regla y cuál la excepción”* (Nieto, A., op. cit., p. 264. Cursiva en el original). La frase completa de Nieto merece ser citada, no sólo en lo que vale para este tema concreto, sino que lo plasmado en la cursiva (en el original) sirve como diagnóstico general: *“Con la llamada colaboración reglamentaria nos encontramos, pues, en una situación paradójica que dista mucho, sin embargo, de ser anómala en el Derecho: una declaración prohibitiva inicial tajante (consecuencia de inequívocos impulsos ideológicos) y luego una serie de concesiones (provocadas por las exigencias de la realidad) que terminan desfigurando por completo el dogma inicial: con el resultado de que al final nos quedamos sin saber cuál es la regla y cuál la excepción”*. Citado sea sin desconocer que, en el tema que aquí nos importa, Nieto se inclina más por el “realismo” que por la ideología y más por la admisión de las excepciones que por el empeño en las reglas.

vierten las reglas constitucionales en principios que sólo valen *prima facie*, esto es, en principio y mientras quien puede no dé con algún otro principio que para un caso o sector de casos las contrapese y las desactive, tenemos que, por ejemplo, el artículo 127 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común recoge muy pomposamente ese mandato constitucional de legalidad, pero con una importante coletilla: “La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”. Y el art. 129.1 de la misma Ley abunda en que “Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”. La coletilla en cuestión fue añadida por la Ley 57/2003 Reguladora de las Bases del Régimen Local, una vez que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 132/2001, había hecho una interpretación restrictiva o de mínimos del principio de legalidad aplicado a las sanciones establecidas en ordenanzas municipales, al afirmar que basta que la norma legal fije “los criterios mínimos de antijuridicidad”, sin que sea exigible que la ley defina los tipos, ni siquiera que fije “tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal”, bastando que dé “criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción”, y al pedir también, en cuanto a las sanciones, que en la ley se describan “las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales”, sin necesidad siquiera de que “la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica” (F. 6º). A este propósito se ha dicho que “Los límites establecidos por el Tribunal Constitucional son tan escasamente sólidos que hacen que no tengan anclaje alguno en el principio de legalidad¹⁰”. Del Título IX, arts. 139 a 141, de la Ley de Bases de Régimen Local, tal como se ha establecido tras su reforma por la citada Ley 57/2003, se ha afirmado que contiene “habilitaciones legales absolutamente genéricas¹¹”. Téngase en cuenta que fue la jurisprudencia del TC en los años ochenta la que, al establecer “una especie de principio de reserva de ley atenuado¹²”, fran-

10 Gómez Tomillo, M., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 112. La postura general de este autor es que “*Resulta incomprensible que, si se acepta la identidad sustancial entre infracciones administrativas y penales, se diferencie en cuanto a las garantías propias de unas y otras*” (ibid., p. 105. La cursiva en el original).

11 Huergo Lora, A., *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, p. 372.

12 Gómez Tomillo, M., op. cit., p. 104. Nieto se muestra sumamente crítico con la tesis de que basta la “cobertura legal” (que el reglamento encaje bajo alguna norma legal, cualquiera) para que sea válido el reglamento sancionatorio y critica acerbamente la jurisprudencia que adopta tal punto de vista, incluida la del Tribunal Constitucional. Habla de que ello significa una “reserva legal relajada” (Nieto, op. cit., p. 286) y de que “la cobertura legal no es sino una reserva legal rebajada” (ibid., p. 289), y tal relajación o rebaja

queó el paso al art. 129.3 de la Ley 30/1992¹³. ¿Por qué es importante aquí el principio de legalidad? Se suele aludir, con razón y con buenas razones, a su relación con la seguridad jurídica y hasta es posible ligarlo con el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley, entre otras cosas. Pero no basta, pues se puede pensar en reglamentos generales que cubran también esos objetivos. La interpretación plena y radical del principio de legalidad en este asunto ha de arrancar de la vinculación entre lo formal y lo material, entre el puro dato normativo y su fundamento filosófico-político. No es descabellado pensar, al menos como hipótesis de trabajo, que pueda haber alguna dictadura o régimen autoritario cualquiera en donde formalmente se respete el principio de legalidad de las sanciones, pues todas las posibles se dispongan en leyes y no se permita su tipificación en reglamentos. De ese modo el principio de legalidad sería formalmente respetado y se cumpliría también con algunas de sus secuelas positivas, pero no se daría satisfacción al principio democrático y al de soberanía popular, a los que también ha de ir unido, desde el momento en que ley fuera lo que como tal dispusiera el dictador o su corte, en un contexto de falta de libertades y de escarnio de los derechos políticos propios del Estado de Derecho democrático. En ese régimen se honraría el principio de legalidad sancionadora al poner la tipificación de las sanciones en norma tan alta de la pirámide normativa, la ley, pero no se trata de eso; o no se trata sólo de eso. Se trata de no tomar en cuenta el principio de legalidad solamente por lo que podríamos llamar sus efectos formales (*lex scripta, lex*

no cabe porque “una cosa es el principio genérico de legalidad en Derecho Administrativo y otra muy distinta el principio específico de reserva legal en el Derecho Administrativo Sancionador” (ibid.). “Si fuera válida la teoría de la habilitación o cobertura legal genérica, sobraría la regla específica de las reservas legales y por ello, cuando el Tribunal Supremo se lanza a la búsqueda de una cobertura legal genérica, está olvidando que las exigencias de la reserva legal específica, que son otras, deben ser consideradas como prevalentes” (ibid., p. 288 –cursivas en el original-).

No hay que perder de vista que Nieto diferencia muy claramente dos vertientes del principio de legalidad: “una formal, que suele denominarse exigencia de reserva legal, y otra material conocida de ordinario como mandato de tipificación legal” (ibid., p. 297). Este último impone que “los textos en que se manifiestan las normas sancionadoras describan con suficiente precisión –o, si se quiere, con la mayor precisión posible– las conductas que se amenazan con una sanción así como estas mismas sanciones” (ibid., p. 297). Pues bien, así como Nieto es crítico frente a la relajación de la reserva legal en cualquier ámbito de las sanciones administrativas, es decidido partidario de la autonomía de los municipios para la tipificación de sanciones en sus ordenanzas. De ahí que, en cuanto a la tipificación de las sanciones, la “teoría de las matizaciones o flexibilizaciones” (Nieto, op. cit., p. 336) que sentó la referida STC 132/2001 y que buena parte de la doctrina considera contenedora de concesiones excesivas para las ordenanzas municipales, a Nieto le parece insuficiente y dañina por querer atar aún demasiado la capacidad tipificadora de sanciones. Y lo que este autor lamenta es la escasa habilidad al redactar el Título IX de la Ley 57/2003 y, en particular, al no enunciar en el art. 140 de la Ley de Bases del Régimen Local auténticos criterios de antijuridicidad, sino “criterios de clasificación de hechos antijurídicos” (ibid., p. 343), lo que puede mover en el futuro a un nuevo recorte por el TC (Cfr. sobre todo este tema, Nieto, op. cit., pp. 320-347).

13 Artículo según el cual “Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”. Según Gómez Tomillo (op. cit., p. 117), para salvar la compatibilidad de este precepto con el principio de legalidad hay que interpretarlo conforme a las exigencias de las normas sancionadoras en blanco.

previa, *lex certa*), los cuales se traducen ante todo¹⁴ en un principio de seguridad jurídica que también cabe que sea respetado en una tiranía. Se trata, además, de vincularlo con el principio de ley legítima en el Estado democrático de Derecho¹⁵ y, con ello, incluso, con la idea de justicia, pues en un Estado de Derecho no puede imponerse colectivamente más ley justa (o ley más justa) que la ley originada en el funcionamiento cabal del sistema democrático.

El poder de dictar normas sancionadoras no ha de sustraerse a esos ciudadanos que van a ser destinatarios de tales normas y de las correspondientes sanciones, pues hemos quedado en que, conforme a las bases y los fundamentos del Estado de Derecho, nadie es más que nadie para andar castigando a otros. La vía son los derechos políticos de los ciudadanos, derechos que les permiten, en un contexto de libertades

14 Pero secuelas “formales” de esta dimensión formal del principio de legalidad, como el principio de taxatividad de las sanciones o la prohibición de su aplicación analógica *in malam partem*, también se justifican, en el fondo, como requisito de la titularidad popular de la soberanía. Del primero dice Gómez Tomillo que “En definitiva se trata de preservar la competencia del legislador a la hora de determinar qué comportamientos se hacen acreedores de un reproche sancionatorio” (Gómez Tomillo, M., op. cit., p. 125), y respecto a la prohibición de analogía insiste en que tiene su fundamento final “en que la reserva de ley sólo puede desarrollar toda su eficacia cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria de cada funcionario público (o juez en el caso del Derecho penal). Se trata de una exigencia derivada del contrato social mismo: los límites a la renuncia a las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisadas de un modo contundente” (ibid., p. 137).

15 Como sostiene Huergo Lora, siguiendo a Schmidt-Assmann, “La reserva de ley va unida a la legitimación democrática, es decir, a la necesidad de que determinadas decisiones sean adoptadas por el órgano que reúne a los representantes democráticos de los ciudadanos”, y “la legitimación democrática no la tiene cualquier órgano elegido democráticamente, sino que el concepto constitucional de democracia se refiere al *pueblo* y al órgano que lo representa, el Parlamento. En un Estado federal, también tienen esa legitimidad democrática los Parlamentos de los Estados federados (o Comunidades Autónomas). El principio democrático garantiza que las decisiones sean adoptadas por un órgano que represente a una colectividad *amplia* y, sobre todo, determinada con arreglo a características *generales*. De esta forma se evita el predominio de intereses sectoriales, locales, de grupo, de clase, etc” (Huergo Lora, A., op. cit., p. 375. Los subrayados en el original). El mismo autor resalta que “[l]as ordenanzas locales no son Leyes y no pueden equipararse a ellas, porque no son expresión de un “pueblo” en el sentido que a este término le presta el principio democrático” (ibid., p. 374). Ante el dato de que “Resulta imposible que se recojan en Leyes formales todos los mandatos y prohibiciones que se quieren reforzar mediante la potestad sancionadora” (ibid., p. 369) y la consiguiente inevitabilidad de la técnica de remisión normativa, Huergo Lora propone que se esté a los límites operantes a este respecto en el Derecho penal y que “la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones administrativas debe someterse a los límites de las normas penales en blanco, más que a principios propios de la remisión normativa en general, que no se adaptan a la naturaleza de las sanciones” (ibid., p. 370). Sobre la admisibilidad de las normas sancionadoras en blanco, bajo las mismas condiciones y garantías en Derecho penal y Derecho administrativo, Gómez Tomillo, M., op. cit., pp. 113ss. De la tensión entre la inevitabilidad de las remisiones reglamentarias o de las leyes sancionadoras en blanco en el Derecho administrativo y la exigencia constitucional de tipificación de las sanciones da buena cuenta la siguiente frase de Nieto, que suena, incluso, paradójica, y más si se tiene en cuenta que este autor es decidido partidario de suprimir el dogma de la legalidad estricta de las sanciones administrativas: “yo denominaría pura y simplemente leyes en blanco a aquellas que *no alcanzan por sí mismas el grado de precisión tipificante que exige la Constitución*. Y con ello el problema está en determinar hasta dónde puede llegar –en general o en cada caso concreto– el debilitamiento del mandato de tipificación, o sea, el punto concreto que separa lo lícito de lo ilícito” (Nieto, op. cit., p. 266). Sobre los requisitos de ese tipo de normas, según Nieto, cfr. ibid., pp. 267ss.

y de debate plural y pluralista, participar en el proceso de formación de mayorías legitimadas para dar contenido a la ley, lo cual tiene tanta mayor justificación y razón de ser cuanto más crucial es el contenido de la ley y cuanto más afecta a los intereses básicos y primeros de la ciudadanía.

Como explica Huergo Lora¹⁶, no cualquier órgano elegido democráticamente (un ayuntamiento, por ejemplo) ha de tenerse sin más por legitimado para tipificar sanciones para los ciudadanos que caen bajo la esfera de su competencia. Sólo se respeta esa faceta del principio de legalidad si dicha facultad de crear normas que tipifiquen sanciones se circunscribe al órgano en el que la soberanía popular se proyecta como soberanía legisladora: el Parlamento, el poder legislativo.

En los tres grandes estudios de conjunto sobre las sanciones administrativas que hoy pueden encontrarse en las librerías españolas, los de Nieto, en su cuarta edición, Huergo Lora y Gómez Tomillo, se aprecia una valoración diferente de los alcances del principio de legalidad en el Derecho administrativo sancionador. Huergo Lora y Gómez Tomillo ponen el énfasis en el traslado a ese campo de los desarrollos que el principio de legalidad ha alcanzado en el Derecho penal, si bien acaban teniendo que asumir excepciones que valoran de esa manera, como excepciones poco menos que derivadas de la naturaleza de las cosas. Por su parte, Nieto, celoso de la especificidad del Derecho administrativo y convencido de que el administrativo sancionador no es una réplica del Derecho penal en otro campo, sino una variante del *ius puniendi* tan propia y autónoma como propio y autónomo es, a su vez, el Derecho penal, entiende que, aunque en general es muy sabia y conveniente la transposición del modelo penal de garantías y de desarrollo del principio de legalidad, las excepciones no son propiamente tales, sino manifestaciones de que son diversas las naturalezas de lo penal y lo sancionador administrativo. Contempladas conjunta y comparativamente ambas posturas, dejan un poso de perplejidad en el lector, al menos en el no muy avezado, pues mientras el reacio a la asimilación, Nieto, acaba siendo fuertemente crítico con la mayor parte de las inaplicaciones en la práctica del modelo maximalista propio del Penal, los defensores de la equiparación terminan por asumir con cierto aire de resignación bastantes de las diferencias de régimen que van en detrimento del sancionado por la Administración.

III. ZANCADILLAS AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Por lo general, la doctrina y la jurisprudencia diferencian y gradúan las sanciones en razón del grado de importancia de los ilícitos, es decir, de los bienes afectados por el comportamiento ilícito, y, correlativamente, de las consecuencias afflictivas establecidas para el autor del ilícito. Están en primer lugar las penas, tipificadas necesariamente en leyes (que cuando están en juego ciertos derechos fundamentales, han de

¹⁶ Cfr. op. cit., p. 375. La opinión contraria en Nieto, op. cit., p. 325.

ser leyes orgánicas). Vienen luego las sanciones administrativas, graduadas, a su vez, en orden de importancia y de las que se excluyen, por imperativo constitucional (art. 25.3), las privativas de libertad. Precisamente, la posibilidad de que en ciertos reglamentos se estipulen sanciones se justifica, además de sobre el dato formal de que en la norma legal exista algún tipo de habilitación, por muy genérica que sea, en cuanto a la clase de ilícito y a la clase de las sanciones posibles, sobre el dato material de la importancia del ilícito y la sanción en juego. Por un lado, se dice, no se puede esperar que la ley sea capaz de prever con determinación bastante toda sanción que las diversas Administraciones necesitan imponer para hacer viable sus tareas de orden y gestión; por otro, se añade, no resulta particularmente preocupante que, pese a lo que la Constitución en términos claros y generales prescribe, determinadas sanciones menos graves las establezcan ciertas Administraciones en sus reglamentos. Mas con el asunto de la gravedad de las sanciones desembocamos de nuevo en aguas muy procelosas.

Por una parte, podemos preguntarnos si el juicio sobre la gravedad de esta o aquella sanción se puede y se debe hacer desde patrones objetivos o si, por contra, debe tomarse en consideración total o parcial el sentimiento subjetivo del ciudadano sancionado o de los ciudadanos en su conjunto. ¿Qué nos resultaría a usted o a mí más afflictivo y doloroso, que nos encerraran en una cárcel un mes, que nos multaran con veinte mil euros, que nos separaran definitivamente de nuestro cargo de funcionarios o que se publicara nuestro nombre dentro de una lista de los que han cometido ciertas infracciones contra la salud o la seguridad de los consumidores¹⁷? Por otra parte, y si nos vamos al intento de hacer clasificaciones objetivas, nos damos de bruces con las incongruencias que traen de cabeza a los que ponen la diferencia entre penas y sanciones administrativas en la gravedad: no sólo tenemos el dato de la difícil conmensurabilidad, sino el de que, aun dentro de la misma categoría de sanciones, las hay administrativas que son más altas que las penales; por ejemplo, caben sanciones administrativas de multa más elevadas que penas de multa. Arribamos al problema que nos plantearémos más adelante, el de qué diferencia ilícitos penales y penas, por un lado, de ilícitos administrativos y sanciones administrativas, por otro. Pero ahora hemos de seguir con el tratamiento de las que más arriba hemos llamado dificultades del principio de legalidad, entendido en su vinculación al principio democrático. Concretamente, toca referirse a lo que denominamos zancadillas al principio democrático, con su repercusión inevitable en el sentido y la función legitimadora del principio de legalidad.

La galopante pérdida de limpieza del proceso democrático en los tiempos que corren, con la consiguiente degradación de los derechos políticos de los ciudadanos, apenas necesita, de tan obvia, ser glosada por extenso. La tendencia al bipartidismo que se reparte el escenario político en régimen de oligopolio y con una complicidad

¹⁷ Sobre la posibilidad de esta última sanción administrativa, cfr. Gómez Tomillo, M., op. cit., p. 49, n. 78.

de fondo que da lugar a auténticos pactos colusorios, la utilización partidista y descarada de los medios de comunicación al servicio de los intereses de este o aquel partido que, a su vez, sirva a los intereses empresariales de los propietarios de tales medios, la sustitución del debate de ideas y proyectos por la contienda puramente demagógica, estéril y cerril, las deliberadas políticas educativas y culturales orientadas a la infantilización y sumisión acrítica de la opinión pública, y tantos y tantos otros fenómenos de esta época de gatos pardos en la noche de la política democrática hacen que, de nuevo, quien no se conforme con las apariencias y quiera fijarse en la sustancia de esas cosas no pueda evitar un juicio tan realista como pesimista: bajo el manto puramente formal de esta democracia se ocultan formas sutiles y escurridizas de tiranía. En otros términos, esta democracia, que se dice constitucional y de Estado de Derecho, en los hechos cada vez se diferencia menos de aquella democracia orgánica del franquismo o, si queremos ser menos radicales y aún más precisos, cada vez se aproxima a mayor velocidad al mal ejemplo de “democracias” personalistas y corruptas como el chavismo de Venezuela o el berlusconismo italiano. Y si, de resultas y a la postre, tenemos que la ley será siempre y por definición lo que interese al gobernante de turno o a la oligarquía político-económica que no deja resquicio para la transparencia y el verdadero debate democrático, acabará por no importar nada que las normas penales o las normas administrativas sancionadoras aparezcan o no bajo la forma de la ley o como simples órdenes de la casta gobernante, vestida bajo el ropaje jurídico que se quiera¹⁸.

Pero no sólo los partidos políticos dominantes y sus cortes de cobistas y arribistas tienen responsabilidad por esa vertiginosa evaporación de los fundamentos que

18 En nuestra mejor doctrina, Alejandro Nieto ha partido de algunas de estas circunstancias para su interpretación de la reserva legal: “el panorama constitucional moderno ya no se articula sobre la dialéctica Legislativo-Ejecutivo, sino sobre los partidos políticos de Gobierno y oposición. El partido gobernante domina habitualmente tanto el Parlamento como el Gobierno y, por ende, tiene a su disposición tanto facultades legislativas como reglamentarias. En su consecuencia, la exigencia de ley, incluso formal, no añade nada a la legitimación reglamentaria alternativa, ya que el autor de las leyes y los reglamentos es el mismo: el Partido político dominante” (Nieto, A. op. cit., p. 258). Y ante los autores que, como De Otto o Arroyo, reinterpretan el papel del Parlamento como sede en la que, al menos, la elaboración de sus normas se somete a un debate de carácter público y con posibilidad de que las minorías se hagan oír, lo cual no sucede cuando de dictar reglamentos se trata, insiste Nieto en la desmitificación del proceso parlamentario, “aunque sólo sea por la experiencia española de los últimos años, demostrativa de que los debates parlamentarios pueden ser tan opacos como los del propio Consejo de Ministros” (ibid., p. 259). Seguro que esos diagnósticos de Nieto tienen mucho de certeros, pero pareciera que hace de la necesidad virtud cuando de tal estado de cosas saca un argumento para una interpretación menos ambiciosa de la reserva legal. Su tesis fundamental sobre la misma reza así: “no es tanto el deber del Legislador de tipificar las sanciones como el que tenga la posibilidad de hacerlo y decida si va a realizarlo él directamente o va a encomendárselo al Ejecutivo. La reserva legal implica, entonces, una prohibición al reglamento de entrar por su propia iniciativa en el ámbito legislativo acotado; pero no prohíbe al Legislador el autorizar al Ejecutivo para que así lo haga”, aunque con ciertos requisitos (ibid., p. 260. Cursiva en el original). A la vista de todo esto podríamos preguntarnos si, así entendida y puesto que el profesor Nieto insiste en hacernos ver que el legislativo y el ejecutivo son hoy poderes en las mismas manos, la reserva legal no se convierte en algo perfectamente ocioso y carente de razón de ser, ya que equivaldría nada más que a la posibilidad que el partido dominante tiene, a la hora de establecer sanciones administrativas, de escoger libremente entre dos procedimientos normativos igualmente “opacos” y por igual sometidos a su simple voluntad.

dan su sentido último al principio de legalidad, especialmente de legalidad sancionadora. También tienen su parte la doctrina y los jueces, que forman el que podríamos llamar complejo académico-judicial, por analogía con lo que en Estados Unidos en tiempos se llamó el complejo militar-industrial. Dos constructos teóricos constituyen su mejor herramienta disolvente de la legalidad y de la propia Constitución y su sentido último: principios jurídicos y ponderación. No es que por sí estas categorías sean inconvenientes o que no quepa un uso teórico y práctico razonable y útil de las mismas. Es que de ellas se está haciendo una utilización perversa y provechosa sólo para (los detentadores de) los poderes del Estado y en detrimento de los derechos constitucionales de los ciudadanos, por mucho que, como toda tiranía siempre ha hecho, se venda tal enjuague como supremo esfuerzo para realizar la justicia y llevar a sus más altas cotas tales derechos. Tampoco sobre este particular podemos extendernos aquí y tendrán que bastar unas pocas observaciones muy generales¹⁹.

Las Constituciones como la española constan de enunciados. Dichos enunciados pueden tener un grado mayor o menor de indeterminación semántica. Suelen ser altamente indeterminados cuando una Constitución, como la nuestra, pretende la lealtad de ciudadanos y grupos con convicciones morales y políticas muy plurales y variadas. Hay enunciados constitucionales muy precisos, como el que dice que “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años” (art. 12) o el que proclama que “Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad” (art. 11.2), y los hay bastante imprecisos, como el de que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (art. 18). La indeterminación semántica, mayor o menor, es la que permite, por un lado, que el legislador disponga de alternativas a la hora de legislar dentro de los márgenes de la Constitución y en función del partido y el programa político que por vía democrática disponga de mayoría parlamentaria en cada momento. De no ser así, debería concluirse que en la Constitución está predeterminado todo el contenido posible y necesario de todas las leyes, aunque ese contenido sea implícito y no esté expresamente enunciado en ella. Por otro lado, el propio sistema constitucional establece garantías de mínimos, a fin de que la indeterminación de la Constitución no se tome por absoluta y no se entienda que el legislador puede darle a la ley cualquier contenido que desee. Ni la Constitución predetermina todos los contenidos posibles del sistema jurídico ni deja de poner límites a los contenidos posibles del sistema jurídico. Los órganos encargados de interpretar la

19 Contundente es el veredicto de Nieto: los principios “constituyen una de las figuras más confusas de la Ciencia jurídica, sobre la que no existe un mínimo acuerdo entre los autores (...) El mayor inconveniente, con todo, de tales principios no reside en su ambigüedad sino en el abuso de su empleo, hasta el punto de que es constatable la tendencia a disolver en ellos las normas positivas. En la actualidad, el Ordenamiento Jurídico está formado ya no tanto por normas concretas como por una red de principios generales que actúan como un *deus ex machina* que simplifica la aplicación de las leyes. El resultado final puede parecer sorprendente y provocar la repulsa de honestos juristas; pero no es lícito desconocerlo si es que se quiere tener valor suficiente para contemplar la realidad tal como es: *el Derecho progresa cuando renuncia a sus caracteres aparentemente esenciales de claridad y previsibilidad y cuando debilita la garantía de seguridad jurídica que ofrecen sus normas positivas, para lanzarse a las turbulencias vitales y arriesgadas de los principios generales del Derecho*” (Nieto, A. op. cit. p. 42).

Constitución y de garantizar sus contenidos prescriptivos irrebasables (jueces y Tribunal Constitucional) disponen, inevitable y hasta convenientemente, de un amplio margen de discrecionalidad, consecuencia derivada de la indeterminación semántica de los enunciados constitucionales.

Hasta ahí el diseño obvio y razonable de nuestro sistema constitucional. Ahora veamos en qué lo convierte el Tribunal Constitucional, jaleado por la doctrina dominante. Los contenidos constitucionales no consistentes en la organización institucional de los poderes del Estado tienen, según esos puntos de vista, un carácter fundamentalmente moral, en especial cuando se trata de cláusulas de carácter valorativo y de cláusulas de derechos. La esencia de la Constitución no consistiría en un conjunto de enunciados lingüísticos que tratan de asegurar mínimos y de garantizar esferas de intangibilidad, dejando espacios a la discrecionalidad del legislador y del intérprete judicial, sino en un entramado armónico de valores o ideales morales que pretenden fijar máximos, al menos los máximos que las circunstancias históricas permitan en cada momento alcanzar. Por eso la gran mayoría de esas cláusulas constitucionales son calificadas como principios y no como reglas, siendo los principios mandatos de optimización. El problema está en que la Constitución, puesta a trazar objetivos e ideales y a mandar que se optimicen los unos y los otros, menciona a la vez y con ese mismo estatuto tanto una cosa como su contraria. Así, por ejemplo, dice la Constitución (art. 17.1) que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”, y bien sabemos que cuanto más libres seamos todos más inseguros viviremos todos, y a la inversa. La intención de esa interpretación principialista parece sumamente loable, pues se trataría de alcanzar lo máximo de todo lo bueno, de todo lo que la Constitución pinta como bueno. Otro ejemplo: la Constitución exige en el art. 25.1 la legalidad de las sanciones administrativas, pero también dice en el art. 103 que la Administración actúa de acuerdo con el principio de eficacia, entre otros. Qué maravilla sería una Administración absolutamente eficaz y que al mismo tiempo respetara el principio de legalidad, el cual, dicho sea de paso, está recogido en el capítulo referido a “Derechos y libertades” y en su sección atinente a “derechos fundamentales y libertades públicas”.

Llegamos así al carácter paradójico de este principialismo constitucional de corte moralizante. Los principios constitucionales referidos a derechos fundamentales de los ciudadanos son mandatos morales del máximo nivel y que tienen que ser optimizados por encima de todo, pero tal optimización debe ceder ante excepciones fundadas en otros principios constitucionales o en simples requerimientos prácticos que ni siquiera tienen tal anclaje en principios iusfundamentales de derechos. Podría sintetizarse tal planteamiento diciendo que la Constitución quiere, y quiere con la fuerza de su suprema jerarquía normativa, lo mejor para el ciudadano y sus derechos, pero que lo mejor es enemigo de lo bueno. ¿Y quién realizará tan difícil síntesis entre lo bueno y lo mejor? Si creemos que se tratará de un inevitable y legítimo ejercicio de discrecionalidad, podemos pensar en dos candidatos para tomar la decisión pertinente, el legislador, por un lado, y los jueces y Tribunal Constitucional, por otro. Pero en ese caso la balanza tendría que inclinarse del lado del legislador, en virtud de los

“principios” democrático y de soberanía popular, con su reflejo en los derechos políticos de los ciudadanos. Así que el principalismo va a evitar esa conclusión tirando por el camino de en medio: negando la discrecionalidad de los jueces y del Tribunal Constitucional cuando resuelven ese tipo de dilemas caso por caso. Así como el legislador valora y discrecionalmente decide sobre qué grado de preferencia o realización dar a uno u otro de esos principios constitucionales enfrentados, el juez constitucional haría algo bien distinto de valorar con libertad el mejor modo de configurar el ordenamiento jurídico en ese punto o la solución del caso al que las normas correspondientes se aplican: el juez constitucional pondera, averigua el peso respectivo de los principios en contienda a la luz de las circunstancias particulares del caso, y, mediante ese método, descubre con gran objetividad lo que la Constitución exige como solución. Y así es como el Tribunal Constitucional puede poner a los derechos constitucionales, tan importantísimos, tan morales, tan decisivos, tan llamados a la optimización, los límites y matices que mejor le parezcan. Discrecionalidad contra discrecionalidad, gana siempre la última, si su titular no se autocontrola para no hacer de la Constitución norma con un sólo precepto, el que autoriza esa discrecionalidad última.

En lo concerniente al Derecho administrativo sancionador, en España el reparto de trabajo entre legislador y Tribunal Constitucional resulta curioso y llamativo. El legislador se abstiene de crear una ley general y abarcadora sobre la materia y el Tribunal Constitucional va construyendo el correspondiente sistema a base de combinar reglas y excepciones, garantías y límites, postulados generales y matizaciones, cual si se atuviera a aquel bíblico principio de que tu mano derecha no sepa lo que hace tu mano izquierda²⁰.

Alcanzamos así el resultado final de estas pesquisas acerca de quién es y quién debe ser, en realidad y más allá de las máscaras, el que detente el *ius puniendi* que formal o jurídicamente se predica como propio del Estado. En el plano del deber ser o de los ideales, incluidos los ideales constitucionales en una Constitución propia de un Estado de Derecho, hemos afirmado que sólo los ciudadanos, por la vía de los procedimientos democráticos, han de ser titulares efectivos de ese derecho y, además, esa potestad habrán de ejercerla con respeto a las garantías y los derechos que la Constitución establece. En el plano de lo que hay, de lo que en la práctica está ocu-

20 “Se mantiene, por ejemplo, el principio de la reserva legal, pero se admite que se aplique con “modulaciones”. Este es el juego de la *prudencia iuris* aunque sea al precio de asumir una incertidumbre insalvable, puesto que las soluciones jurisprudenciales son de ordinario impredecibles al no poderse conjeturar de antemano si el juez va a inclinarse por el principio o por su modulación” (Nieto, A., op. cit., p. 48. Similarmente, *ibid.*, p. 169ss. También Huergo Lora, op. cit. p. 43ss.). Parece que nos movemos en ámbitos inciertos, misteriosos, pues “no existe ninguna pauta ni criterio general” para la “aplicación matizada” de los principios y garantías penales a las sanciones administrativas (Beltrán de Felipe, M., “Realidad y constitucionalidad en el derecho administrativo sancionador (I)”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº39, 2005, p. 81). Concluye este último autor, con pesimismo, que “en el Derecho administrativo sancionador español, una cosa y su contraria puede perfectamente ser al mismo tiempo ciertas y válidas” (Beltrán de Felipe, M., “Realidad y constitucionalidad en el derecho administrativo sancionador (II), en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 40, 2006, p. 56).

rriendo, se constata un juego a tres bandas entre legislador, Administración y Tribunal Constitucional, de cuyo resultado lo mejor que se puede decir es que las reglas generales y fiables son pocas y que de ellas no la hay que no tenga excepción o que, dada la dinámica de acción y reacción establecida, no pueda tenerla mañana por obra de un nuevo matiz descubierto por el Tribunal Constitucional mediante alguna sutil ponderación.

IV. ILÍCITOS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES: LA NECESIDAD DE UNA DIFERENCIA SUSTANTIVA INENCONTRABLE

Pasemos a lo que podemos llamar el elemento objetivo o la perspectiva objetiva. Aun cuando estamos tratando en general del *ius puniendi*, hemos acabado por hablar sobre todo de las sanciones administrativas. Ahí nos ha conducido el tratamiento del principio de legalidad, principio que parece mejor asegurado y menos “matizado” jurisprudencialmente en materia de penas que de sanciones administrativas, aunque la referencia que a él hace el art. 25.1 de la Constitución es en idénticos términos para los dos campos²¹. Pero ¿qué diferencia existe entre ilícitos penales y administrativos y entre penas y sanciones administrativas? La cuestión es tanto más perentoria si, como es el caso, para las sanciones penales y para las administrativas se hace una interpretación distinta del principio de legalidad y de otros muchos, como el de presunción de inocencia, el de culpabilidad, etc. Es decir, si los derechos y las garantías para el ciudadano frente a ambos tipos de sanciones fueran idénticos, más allá de evidentes diferencias de carácter formal e institucional, el problema de la naturaleza de unas y otras sanciones y de sus diferencias tendría un interés preferentemente teórico. Pero, como los derechos y las garantías del ciudadano se interpretan y aplican de modo distinto, urge encontrar justificaciones y fundamento para el hecho de que un determinado comportamiento se castigue con penas o con sanciones administrativas²².

En este punto resulta del mayor interés la discusión en la doctrina penal sobre el bien jurídico-penalmente protegido. No perdamos de vista que lo que en ese debate se venía asumiendo expresamente por los penalistas y tácitamente por los administrativistas es un criterio de reparto de materias entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, reparto unido al siguiente criterio objetivo: el Derecho penal protege bienes jurídico-penales, el Derecho administrativo sancionador ampara bie-

21 En palabra de Suay Rincón en 1986, “la sanción penal y la sanción administrativa reciben exactamente la misma consideración del constituyente” (Suay Rincón, J., “El Derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma”, *Revista de Administración Pública*, 109, enero-abril 1986, p. 211).

22 “Se trata éste de un problema que dista mucho de ser una mera discusión doctrinal, puesto que la admisión de una naturaleza independiente del ilícito administrativo conduciría a la posibilidad de construir un sistema sancionador independiente del penal, sustraído a la aplicación de los principios y garantías del orden jurídico-penal y compatible con él” (Lozano Cutanda, B., “La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: la aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad”, en *Las fronteras del Código Penal y el Derecho administrativo sancionador*. Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, p. 46).

nes de otro tipo. Cuáles sean bienes jurídico-penales se establece mediante la averiguación de lo que es una propiedad inmanente, intrínseca de dichos bienes²³.

La doctrina tradicional y todavía dominante mantiene que sólo es legítimo penar aquellas conductas que dañen un bien que por sí sea merecedor de tutela penal²⁴, entendida como la tutela más contundente y efectiva. Pero para que, en el sentir de esa doctrina, esté justificado el castigo penal, con su fuerte carácter aflictivo, el bien dañado por la acción antijurídica ha de ser un bien con un valor ético tan alto como indiscutible. Aquí es donde un fuerte objetivismo moral, más o menos elemental o elaborado, según los casos, juega su papel. Habría comportamientos o ilícitos que en sí mismos, objetivamente, son reprobables, negativos, malos, y éstos ha de castigarlos el Derecho penal, mientras que otras conductas constituyen formalmente ilícitos jurídicos, pero axiológicamente son indiferentes o de escasa entidad negativa. Ahí es donde sólo puede actuar el Derecho administrativo sancionador. La diferencia, por

23 “A los postulados clásicos de la ciencia jurídico-penal pertenece la fundamentación, colocada en un punto relevante de muchas exposiciones de la parte general, de que el contenido del derecho penal está limitado a la protección de bienes jurídicos previamente dados. El concepto de bien jurídico suministra al legislador una medida político-criminal de lo que él puede penar y de lo que debe dejar impune” (Hirsch, H.J. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 371).

Téngase en cuenta que no estamos aquí haciendo referencia a otras dos posibles utilidades de la noción de bien jurídico, una práctica y otra teórica. La utilidad práctica es como clave interpretativa, como fundamento de la interpretación teleológica del precepto sancionador, al seleccionar para el mismo la interpretación que mejor se compadezca con su finalidad de proteger un determinado objeto. La utilidad teórica alude a cómo la dogmática puede clasificar los ilícitos y mostrarlos bajo una perspectiva sistemática –con las consecuencias normativas correspondientes– a base de organizarlos en razón del tipo de “bienes” que protejan (Cfr. Hefendehl, R., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en R. Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 192ss).

24 Esto se conoce en la doctrina penal como principio de protección de bienes jurídicos. Puesto que opera como legitimador de la intervención penal (no es legítima la pena para proteger lo que no sea un bien jurídico, aunque ahí sí pueda entrar en juego la sanción administrativa), “no podría ejercer ese rol dinámico constructivo en el proceso de interpretación –dice Bernd Schünemann–, si se tratara (...) de una fórmula totalmente vacía de contenido” (Schünemann, B., “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en R. Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 200). Pero reaparece el problema: o bien es posible diferenciar objetivamente qué cosas son bienes jurídicos y cuáles no, o el concepto de bien jurídico no satisfará esa función delimitadora entre lo que es legítimo penar y lo que no. ¿Y qué vemos en la penalística más actual que sigue defendiendo esta noción con esa función? Que, a medida que el Derecho penal entra en nuevos campos y protege nuevos objetos, no sólo desplaza a ellos la calificación de bien jurídico, sino que modifica o hace más compleja la definición de bien jurídico, a fin de abarcar esos nuevos objetos del tratamiento penal y, así, legitimar dicho tratamiento. ¿Y qué hacen los críticos de esa extensión creciente del Derecho penal? Mantenerse en un concepto de bien jurídico más estricto y deslegitimar las nuevas normas penales por no ser protectoras de bienes jurídicos. ¿Qué enseñanzas cabe desprender de esta polémica? Una, que escasa relevancia posee un concepto que es mera tapadera o síntesis de posiciones filosófico-políticas de fondo, que son las que deben justificarse detenidamente; y otra, que, en consecuencia, seguramente tienen buena razón algunos críticos que señalan la poca utilidad actual de la idea de bien jurídico, al menos en su sentido más fuerte, como bien jurídico material y principio legitimador de la pena.

tanto, sería objetiva y radicaría en el bien jurídico. Teñida esa noción de tintes morales, sólo el Derecho penal protege propiamente bienes jurídicos y sólo son bienes jurídicos los protegidos por el Derecho penal²⁵. De esta manera el Derecho penal, en cuanto Derecho sancionador, queda apoyado en un firme respaldo ético²⁶, pero con ello no se hace más que complicarle el fundamento al Derecho administrativo sancionador: ¿acaso éste es un simple sancionar por sancionar o nada más que cuando y en lo que al poder del Estado se le antoje? Para las doctrinas administrativistas que aún estaban histórica o ideológicamente próximas al estatismo propio de la teoría alemana decimonónica (o al tipo de estatismo propio de los regímenes autoritarios europeos del siglo XX) bastaba decir “intereses del Estado” o protección de las normas del ordenamiento jurídico estatal para que se entendiera que también ahí asomaba una carga moral positiva, pues el Estado tenía en sí o encarnaba un valor ético. Pero a medida que se impone una mayor presencia de los enfoques liberales frente a éstos estatistas, los teóricos tendrán que buscar nuevo fundamento para la potestad sancionadora de la Administración y habrán de aludir no a la protección por la Administración de su propio ordenamiento²⁷, de sus propias normas por lo que éstas repre-

25 Oigamos a un representante de este punto de vista: “En sí mismos, los comportamientos axiológicamente neutrales no dañan ningún “bien jurídico”, tal como yo entiendo esta noción, esto es, como esencias con una dimensión ontológica y una dimensión axiológica que se le aparecen a la comunidad jurídica como valiosas y que, a partir de ahí, se convierten en referencia del orden valorativo jurídico-constitucional” (Figueiredo Dias, J. de, “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol, 1, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, p. 92).

26 En el planteamiento radical de la doctrina alemana tradicional o “clásica” de la primera parte del siglo XX, “Los delitos del Derecho penal criminal serían, según Goldschmidt, Wolf, Lange, Bockelmann y Michels delitos “naturales”, “per se”, “de Derecho natural”, “previamente dados”, o “metapositivos”, mientras que los delitos administrativos serían “delitos artificiales”, o “creados sólo por la voluntad del Estado”” (Cerezo Mir, J., “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 28, 1975, p. 163).

27 Es interesante ver cómo algunos de los autores alemanes que, como Lange, durante el nazismo habían dotado de fuerte carga moral a todo el Derecho estatal sancionador, luego pliegan velas y reservan esa condición moral sólo para el Derecho penal, viendo en el ilícito administrativo una acción éticamente irrelevante. Como explica Cerezo Mir, “Lo ilícito administrativo se agotaría, según estos autores [Lange, Eb. Schmidt, Michels, Mezger-Blej], en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente por el legislador. Sería un ilícito puramente formal. Lo ilícito del delito administrativo no estaría constituido por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico, sino solamente por la lesión de un interés de la Administración” (Cerezo Mir, op. cit., p. 163-164). Así, descargan de valor ético a una parte del Estado –lo cual les interesaba para alejarse de sus servidumbres anteriores, bajo el nazismo-, pero no dan el paso de vincular esa parte del Estado, la Administración, al interés general o a ninguna otra fórmula con resonancias democráticas. En el fondo, interesa que la Administración siga siendo antes que nada poder, poder del Estado.

Por otro lado, se echa en falta una reflexión de nuestra doctrina sobre otro dato curioso. Bajo el nazismo y por obra sobre todo de la escuela penalista de Kiel, es la infracción de un deber lo que se convierte en el eje de todo delito, entendiendo el deber fundamentalmente como obligación cuasinatural del ciudadano frente a la comunidad. Después de 1945, cuando la doctrina penal se repliega desde tales posiciones hacia una recuperación de la idea moralizante de bien jurídico, son los administrativistas los que mantienen que hay infracciones cuyo disvalor fundamental se encuentra en la desobediencia del ciudadano a las órdenes de una Administración Pública que sigue encarnando por sí y por definición el interés de la comunidad, del conjunto de la ciudadanía elevado a Estado.

Y última hipótesis, más arriesgada todavía: puede que esa especie de “afecto” de los administrativistas hacia la Administración y la fuerte carga ideológica y moral con que su función aparece justificada a

sentan o valen en sí, sino a los intereses generales, con los que la Administración se encuentra comprometida (en nuestro sistema actual, por imperativo constitucional, art. 103.1), o a los imperativos del Estado social.

Es curioso, resáltémoslo de nuevo, que la teoría penal del bien jurídico y las correspondientes discusiones hayan tenido y tengan tan escaso eco en la doctrina administrativista. Parece como si hubiera un tácito reparto de papeles, de modo que los penalistas disponen qué es un bien jurídico merecedor de tutela penal y los administrativistas parten de asumir una especie de consecuencia *a contrario sensu*: todos los demás bienes o intereses pueden ser objeto de tutela administrativa mediante sanciones. Esto es, la sanción administrativa puede aplicarse para la protección y defensa de bienes que no sean bienes jurídico-penales. Pero, como no se ha desarrollado, hasta donde tenemos conocimiento, una teoría paralela del bien jurídico-administrativo, parece que se elimina todo obstáculo para llegar a una preocupante conclusión: la Administración puede sancionar cualquier comportamiento que no atente contra un bien jurídico-penal. Se trata, al menos a primera vista, de no invadir el campo propio y específico del Derecho penal y de los penalistas. Para él y para ellos la defensa de los bienes jurídico-penales y para el Derecho administrativo sancionador lo demás, aunque se dé la paradoja de que la sanción del atentado contra algún bien no jurídico-penal pueda ser más grave o costosa para el sancionado que la que le correspondería si hubiera atacado ciertos bienes jurídico-penales. Mas se podría manejar la hipótesis de que en el fondo late lo que podríamos denominar la pinza coactiva que atenaza al ciudadano. Por una parte, aquel Derecho penal que pone énfasis en los bienes jurídicos acaba colocando el Derecho penal al servicio de una moral colectiva sustantiva²⁸; por otra parte, en mucha de la doctrina administrativista subyace y subyace un fuerte estatismo, por lo que no le repugna seguir pensando que el administrativo sancionador sirve para respaldar la obediencia a unas normas, las de la propia Administración, cuya justicia o legitimidad no se cuestiona porque a la Administración la bondad se le supone. La suma de *mala in se* y *mala quia prohibita* termina por ser la justificación perfecta para que un Estado superpuesto a sus ciudadanos castigue el comportamiento de éstos que le dé la gana, pues si no daña un bien (jurídico-penal), dañará otro (la conveniencia de una Administración que por definición busca siempre el interés de los propios ciudadanos-súbditos a los que amenaza y somete).

menudo sean la explicación de que no se haya desarrollado en este ámbito la idea de un “Derecho administrativo sancionador mínimo”, igual que la de un “Derecho penal mínimo o de mínimos” que tanto ocupó a los penalistas. Los penalistas acabaron desconfiando de aquel *ius puniendi* que atribuían al Estado y quieren frenarlo para que se aplique poco; los administrativistas insisten en que ha de aplicarse con garantías, sí, pero ha de aplicarse mucho.

28 No olvidemos que la teoría del bien jurídico-penal la inaugura Birnbaum en 1834 y que lo hace para combatir la tesis de Feuerbach, para el cual el Derecho penal sólo se justifica para la protección de derechos subjetivos del individuo. Birnbaum consigue que aparezca fundada también la protección penal de la religión y de la moralidad. Desaparece así la vinculación estructural entre bien jurídico y libertad individual (Cfr. Günther, K., “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?”, en AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 493ss.)

Pero ¿existen los bienes jurídico-penales como realidad prejurídica justificadora del castigo penal? Entiéndase, para empezar, que nos estamos preguntando por la entidad prejurídica de esos que llamamos bienes jurídicos, entidad que los haría acreedores de la protección mediante sanciones penales. Damos por sentada la respuesta negativa si definimos como bienes jurídicos aquellos que las normas jurídicas protegen mediante la previsión de sanciones para el atentado contra los mismos. En ese caso invertimos el razonamiento tradicional y decimos que ciertos bienes son bienes jurídicos porque el Derecho los protege con castigos, no que el Derecho los proteja o deba protegerlos porque son bienes jurídicos, merecedores por sí de tal salvaguarda. Entonces, la razón de tal deferencia del Derecho a tales “bienes” puede ser algo distinto de la consideración de su valor intrínseco. Así, por ejemplo, entre los penalistas, Günther Jakobs dice que la norma penal, al sancionar ciertos comportamientos, no pretende amparar bienes jurídicos, sino la propia vigencia de las normas del sistema jurídico²⁹. Llama la atención que un razonamiento similar podemos encontrarlo entre los administrativistas que mantienen que mediante las sanciones administrativas lo que la Administración protege es su propia esfera de dominio o la efectividad de sus propias normas.

Continuemos por el momento con la vista puesta en el Derecho penal. Tampoco nos servirá por completo sostener que los bienes que el Derecho penal puede proteger son bienes determinados como tales por la Constitución, bienes constitucionales. Esta postura sirve para deslegitimar el uso de las herramientas penales para custodiar otros bienes, pero no vale para marcar la diferencia entre penas y sanciones administrativas en razón de su objeto de protección, ya que muchos de los bienes que con las sanciones administrativas se defienden son también, en ese sentido, bienes constitucionales.

Cuando se subraya la existencia de bienes jurídicos en sí y que por sí justifican la sanción penal, deberemos de inmediato preguntarnos sobre la naturaleza de esos bienes, sobre lo que son y cómo son, y sobre cómo puede conocerse, cómo se nos manifiesta esa su naturaleza. Y siempre vamos a movernos en el terreno axiológico, aun cuando partamos del ontológico, pues se acabará hablando de valores. El Derecho penal, así, protegerá ciertos “objetos” porque son bienes, y porque por ser bienes están cargados de un valor moral positivo que es el que justifica el castigo penal de su daño por obra de un sujeto que actúa en libertad y con algún grado de conocimiento y deliberación.

Al referirnos a valores, las alternativas son dos. O hay “cosas” en sí valiosas, de modo que esa carga axiológica, moral, es un atributo objetivo de la propia “cosa”, o entendemos que el valor es una propiedad que se predica de aquellas “cosas” que los sujetos consideran valiosas, en el sentido moral de la expresión. Dicho de otra forma,

²⁹ Cfr. Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Civitas, 1997, 2ªed., pp. 12ss.

desde la teoría del bien jurídico el Derecho penal castiga justificadamente aquellos comportamientos que o bien son en sí, objetivamente, inmorales, puesto que atentan contra “cosas” en sí moralmente valiosas, o bien el Derecho penal castiga justificadamente aquellas conductas que son subjetivamente consideradas como disvaliosas porque dañan “cosas” que son subjetivamente consideradas como bienes, como bienes supremos.

La primera de esas dos alternativas nos conduce a un pensamiento fuertemente metafísico, propio de éticas objetivistas (existen valores en sí y “objetos” valiosos en sí) y cognitivistas (podemos conocer esos valores y conocer su plasmación en los “objetos”). Tales filosofías tienen, en mi opinión, difícil encaje en la Constitución de un Estado de Derecho que consagre como “valor” constitucional también el pluralismo y que trate de garantizar, por una parte, libertades como la ideológica o la religiosa, y, por otra parte, el principio democrático como fundamento legitimador de la ley. Una Constitución democrática, a diferencia de la propia de una teocracia o de una tiranía cualquiera, no pretende organizar la sociedad para que en ella se realice en su máxima expresión la verdad moral o el bien, sino para que en ella sean los ciudadanos los que, dentro de ciertos límites, decidan mediante la ley cuál es el bien que se quiere realizar y cuál de los distintos “programas” morales que en la sociedad plural conviven en libertad debe tener preferencia en cada momento como guía de la convivencia del conjunto social.

Optamos, pues, por la segunda de aquellas alternativas, la de que, si queremos hablar de bien jurídico, tendremos que aceptar que será tal lo que libremente estimen los sujetos. Además, sólo así podemos dar cuenta de las continuas oscilaciones históricas de la protección penal de bienes. Hubo tiempos y lugares, por ejemplo, en que se castigaba la homosexualidad o el adulterio femenino; hoy, aquí, ya no es así. Pero, entonces, habremos de plantear cuál es ese sujeto de cuyo valorar y querer depende que algo se considere o no un bien jurídico-penal. Salvo que creamos en cosas tales como el gobierno de los sabios, de los sacerdotes de algún Más Allá o de los señalados por el espíritu del pueblo para encarnar la suprema voluntad de la nación, no nos quedará más remedio que concluir que ese sujeto que valora y elige cuáles son los bienes cuyo atentado ha de acarrear pena somos todos³⁰. Aterrizamos de nuevo en la igual dignidad de los ciudadanos, en la soberanía popular y en su articulación a través del principio democrático, que permite formar mayorías que decidan los contenidos de la ley. Y volvemos, también en este punto, a encontrar su pleno sentido al principio de legalidad. Con resultados al menos en principio paradójicos,

³⁰ En palabras de Díez Ripollés, “el genuino criterio legitimador es el configurado por las convicciones generales, que podríamos denominar también democrático, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias, históricamente condicionadas en sus valoraciones, las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Es el único criterio coherente con una sociedad pluralista, basada en ciudadanos autorresponsables y críticos a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran fundamento imprescindible para la convivencia” (Díez Ripollés, J.L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, 30, 1997, p. 17).

pues, en tanto hablemos de la ley de un Estado de Derecho democrático y que efectivamente funcione como tal, bien jurídico-penal será aquel que proteja la ley penal. No es que hayamos dado el salto a la perspectiva puramente formalista y que nos conformemos con mantener que algo es un bien jurídico porque está jurídicamente protegido, sino que seguimos en el plano filosófico-político y decimos dos cosas: que (en democracia) la ley penal protege como bienes lo que la sociedad, a través del cauce del debate y de la decisión mayoritaria, entiende por tales, y que lo que la sociedad, de esa forma, entienda por tales debe estar salvaguardado por la ley penal. Puede sonar a relativismo, pero no será ése un defecto más preocupante que el aire de absolutismo que impregna las opciones contrarias, trátese de creer que hay entre los ciudadanos algunos especialmente cualificados para establecer la máxima moral y legitimados para imponerla como ley al conjunto, o trátese de pensar que la verdad moral existe por sí y que algunos sujetos son sus celosos guardianes y quienes tienen legitimidad para hacerla valer ante los otros por medio de la ley o para vetar los contenidos de la ley creada por los otros y que no se avengan con esas verdades morales objetivas. Elitismo inconstitucional tanto en un caso como en otro. Al fin y al cabo, en el Estado de Derecho hay que dejar sitio para la política, lo que es tanto como decir para el debate libre e informado entre las ideas de los ciudadanos sobre la mejor manera de organizar la “polis”.

Al relativizar de tal forma la idea de bien jurídico-penal, resolvemos (si es que lo resolvemos) un problema teórico, pero, con ello, se nos dificulta mucho más la solución de otro: el de la diferencia entre los bienes que merecen protección penal y los que merecen protección vía sanción administrativa. Una naturaleza propia y una gradación “natural” de los bienes permitiría ver unos como propios de defensa penal y otros como aptos para la defensa a través de la sanción administrativa. Pero si no aceptamos tales “naturalezas” y si, en consecuencia, nos remitimos para lo uno y para lo otro al principio democrático y a su reflejo en el principio de legalidad, parece que no nos resta más salida que la de un resignado formalismo: el Derecho penal castigará los comportamientos que el legislador decida que se castiguen con penas y el Derecho administrativo sancionará aquellos que el legislador decida que se repriman con sanciones administrativas. Pero con un matiz fundamental: serán tanto más legítimos esos castigos cuanto más puro resulte el proceso democrático como base de la producción de las leyes. *Es una cuestión de escala.*

V. DE LO CUALITATIVO A LO CUANTITATIVO, Y VUELTA

Otra vez hemos de esmerarnos para mantener cierta pureza metodológica. Como descripción de lo que (en el Derecho) hay, aquella afirmación no tiene réplica posible: es el sistema jurídico el que reparte juego entre esos dos sistemas sancionadores. Ahora bien, no tenemos por qué quedarnos ahí, y para eso vale también la teoría, para preguntarse cómo deberían ser las cosas, bien en aras de la coherencia del sistema jurídico-político, de la eficacia de sus normas o, por qué no, de la justicia, tal como cada cual la entienda. Simplemente, inspirados de nuevo en Kelsen, debe-

mos procurar no presentar las descripciones como valoraciones ni las valoraciones como descripciones.

Nada obsta, por tanto, para que nos planteemos cómo tendría que ser ese reparto de papeles entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. Y, si no queremos enfangarnos en disputas sobre la justicia, no podemos dejar de preguntarnos cómo habría de realizarse tal reparto para que a) el sistema jurídico tenga una mínima coherencia interna; b) para que los poderes del Estado alcancen la mayor eficacia posible en el desempeño de sus cometidos constitucionales; c) para que la legislación sancionadora sea mínimamente congruente con los mandatos constitucionales y los límites que la Constitución pone al legislador; y d) para que las garantías de los ciudadanos frente al riesgo de arbitrariedad y abuso por parte de los poderes del Estado sean lo más altas posible. Diseñar el sistema perfecto es tarea titánica que ni nos toca acometer ni podríamos acometer. Pero sí cabe, en primer lugar, opinar críticamente sobre algunos intentos de delimitación de los dos tipos de sanciones y, en segundo lugar, resaltar algunos defectos de nuestro sistema jurídico en lo que toca a esa búsqueda de coherencia, eficacia, respeto a los mínimos constitucionales y garantías.

Seguramente el criterio más empleado por la dogmática española actual para diferenciar entre sanciones penales y administrativas es el de la distinta gravedad de los respectivos ilícitos, que, en virtud del mandato de proporcionalidad, conllevará la distinta gravedad de las sanciones. Esta postura la mantenía en 1975 Cerezo Mir, quien afirmaba, en polémica –quizá estratégica– con la doctrina alemana, que las únicas diferencias posibles no eran cualitativas, sino cuantitativas, por relación a la gravedad de los ilícitos³¹. Pero en aquel tiempo de los estertores del franquismo tenía un sentido político implícito esta doctrina: cuestionar que comportamientos menos graves tuvieran sanciones más fuertes que otros más graves y, sobre todo, cuestionar que las sanciones administrativas, cuya diferencia con las penales no es cualitativa o “natural”, sino meramente cuantitativa, carezcan de las garantías propias de las sanciones penales³².

En cambio, contemplado el asunto en nuestros días, podemos interrogarnos acerca del fundamento y los alcances de la distinción cuantitativa o por el grado de gravedad de las conductas y las sanciones. Y lo primero que debe ponerse sobre la mesa es un problema conceptual: aquí lo cuantitativo sólo puede ser cualitativo. Veamos por qué.

31 Cfr. Cerezo Mir, J., op. cit., pp. 165ss.

32 Cfr. Cerezo Mir, J., op. cit., pp. 168ss. En los términos de Prieto Sanchís, es “fundamental hacer hincapié en esta sustancial identidad de infracciones y delitos, porque la generalización al mundo administrativo de las garantías propias del orden judicial-penal, como quiere el Tribunal Constitucional (...), sólo puede ser plena y consecuente cuando se parte de la idea enunciada” (Prieto Sanchís, L., “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, enero-abril 1982, p. 101).

Si se está haciendo alusión nada más que a que el legislador dispondrá uno u otro género de sanciones según su juicio sobre la gravedad de las conductas y sus daños, estamos eliminando o relativizando toda utilidad crítica o *de lege ferenda* de la distinción, pues asumimos que el patrón de gravedad lo pone el mismo legislador. Entonces, tendríamos que la diferencia no es sólo cuantitativa, sino puramente formal, y viene a decirnos que el legislador puede en esto hacer lo que le dé la gana³³. En cambio, cualquier otra diferenciación cuantitativa o por el nivel de gravedad deberá partir de que hay patrones de medida de la gravedad ajenos a y distintos de la pura voluntad del legislador³⁴. Pero, si esto es así, es la sustancia de esos patrones, cuya aplicación determina la calificación de una conducta como merecedora de su calificación como ilícito administrativo o penal, la que hace que, en el fondo, la diferenciación sea cualitativa y no puramente de grado, de más o de menos.

Las aporías a que lleva esa peculiar dialéctica entre lo cuantitativo y lo cualitativo se dejan ver también como desconcierto ante la posible (y muy real en algunos casos) mayor afluencia de las sanciones administrativas. Si se habla de niveles de gravedad de los ilícitos y se toma en cuenta el principio de proporcionalidad entre ilícitos y castigos, habrá que concluir que toda sanción administrativa más grave encierra por definición un ataque a tal principio³⁵: o el comportamiento es tan grave como para que deba ser sancionado con penas, en cuyo caso ocurre una intromisión inaceptable del Derecho administrativo en la esfera de lo penal, con su mayor carga de reproche, o no es tan grave, y entonces la sanción ha de ser menor que las penas³⁶.

33 Posiblemente ésta es la conclusión que quieren evitar muchos autores que descreen de las diferencias cualitativas e insisten en el grado de gravedad como elemento distintivo: quieren impedir que la indiferenciación lleve a la pura y simple libertad del legislador para elegir uno y otro instrumento sancionatorio. Como explica García Albero, refiriéndose a dichas doctrinas, “Si la infracción administrativa no representa un “aliud” frente al delito, necesariamente ha de consistir en un “minus”” (García Albero, R., “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 344).

34 Quien pretenda encontrar en las teorías cuantitativas “un criterio de guía para la elección de una u otra forma de tutela, no sólo topará con la vaguedad de los “standard” cuantitativos, que no ofrecen un “sí o no”, sino un “más o menos”; también encontrará dificultades en determinar qué es lo que exactamente requiere ser medurado. La naturaleza del interés legal afectado, el grado de lesión o peligro, la reprochabilidad, constituyen elementos de conformación incierta en el marco de un proceso que conduce a la determinación del merecimiento de pena” (García Albero, R., op. cit., p. 374). Ya en 1991 subrayó Torío López que la diferencia entre ambos tipos de ilícitos ha de ser cualitativa, para que pueda haber justificación de su diverso régimen jurídico, y que esa diferencia es de carácter valorativo, es decir, dependiente de “una apreciación estimativa” (Torío López, A., “Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, tomo III, p. 2539).

35 Cfr. Zúñiga Rodríguez, L., “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. ¿Hacia una “administrativización” del Derecho Penal o una “penalización” del Derecho Administrativo sancionador?”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam*, vol. 1, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1425.

36 Otro tanto cabría sostener a la inversa, cuando es el Derecho penal el que se “administrativiza” o se “expande” y se dedica a punir, incluso con penas privativas de libertad, meras actividades de riesgo lejano mediante ciertos delitos de peligro abstracto, como, por ejemplo, la conducción de vehículo de motor sin permiso o con determinada tasa de alcohol en sangre o por encima de determinada velocidad (Cfr.

Cabría defender, al menos como hipótesis, que los que hoy sostienen esas diferenciaciones nominalmente nada más que cuantitativas, pero en el fondo cualitativas por las razones que acabamos de exponer, lo hacen con un propósito similar, *mutatis mutandis*, a aquel de García de Enterría, Cerezo Mir, Parada Vázquez o Martín-Retortillo y de la mejor jurisprudencia en los años setenta³⁷: para cuestionar el reparto que actualmente en nuestro Derecho se hace entre ilícitos –y sanciones– penales y administrativos, reparto que lleva a que, por un lado, se tipifiquen cada vez más delitos de peligro abstracto, en los que la presencia de las garantías penales quizá no compensa el hecho de que se está castigando *penalmente* por pura desobediencia³⁸ y sin daño tangible derivado de la conducta del infractor, y que, por otro lado, da lugar a que la despenalización de determinados ilícitos y su conversión en infracciones administrativas pueda resultar un “mal negocio” para los ciudadanos, pues la sanción administrativa puede llegar a ser más aflictiva que la penal y, además y sobre todo, ser impuesta con menores garantías, ya que para ella pueden excepcionarse en su aplicación estricta principios como los de legalidad o culpabilidad, entre otros.

En suma, que la doctrina no se fía de las diferencias propiamente cualitativas, por lo que en ellas asoma de riesgo de absolutismo moral y de posible estatismo, pero tampoco quiere asumir las consecuencias de una diferenciación puramente cuantitativa y, por dejarlo todo al legislador, meramente contingente, en cuanto dependiente por entero de las valoraciones de aquél cuando no está atado a valores previos y “cualitativamente” condicionado.

¿Dónde puede haber una salida? En la presencia combinada de dos postulados. Uno, el énfasis en que las garantías deben ser para el ciudadano sustancialmente idénticas frente a las sanciones penales y las administrativas. Ninguna diferencia sustancial entre los respectivos ilícitos puede servir como razón para hacer menos intensas las garantías con las que se imponen las sanciones administrativas³⁹, dado su ca-

Miró Linares, F., “El “moderno” Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, *InDret*, julio de 2009, especialmente pp. 115s.). Sobre la “administrativización” del Derecho penal es de lectura imprescindible Silva Sánchez, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2001, pp– 121ss.

37 Cfr. Nieto, A., op. cit., p. 153-161; Huergo Lora, A., op. cit., pp. 20ss.

38 “Con los delitos de peligro abstracto que caracterizan el moderno Derecho penal se crean delitos de desobediencia y desaparecen las fronteras entre la naturaleza represiva y reactiva del Derecho penal y la función preventiva y proactiva de la policía, es decir, se confunden las funciones características del Derecho penal y del Derecho administrativo” (Feijoo Sánchez, B., “Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo””, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, 2006, p. 148).

39 En palabras de Quintero Olivares, tras la polémica sobre la diferencia cuantitativa o cualitativa entre los dos tipos de ilícitos y sanciones “se esconde un problema de mayor importancia, pues *si la diferencia es sólo cuantitativa será más difícil sostener que la reducción “cuantitativa” deba ir acompañada de un descenso de las garantías*” (Quintero Olivares, G., “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal”, *Revista de Administración Pública*, 126, septiembre-diciembre 1991, p. 257).

rácter siempre aflictivo y, a veces, tan aflictivo o más que el de las penas. Y, dos, ligar a la pureza del principio democrático la legitimidad del juicio del legislador a la hora de calificar en una u otra categoría los ilícitos. Ahí se asienta el elemento cualitativo, en el postulado de que la decisión legislativa, en principio formal, puramente normativa y mero ejercicio de una competencia jurídica, se justifica por ser algo más que decisión de un poder del Estado, se convierte en decisión legítima por ser decisión de la sociedad a través de los cauces de la soberanía popular dentro de los límites constitucionalmente impuestos.

VI. LA ADMINISTRACIÓN EN SU SITIO Y EL CIUDADANO CON SUS GARANTÍAS

Lo que hasta aquí se ha venido sosteniendo adolece de un alto grado de generalidad y abstracción, y no podía ser de otro modo. Sin embargo, y para acabar, debe dedicarse algún espacio a lo que podríamos describir como el gran dilema de la actual doctrina sobre las sanciones administrativas. Consiste en la difícil conciliación entre la afirmación de que está justificada la diferencia de régimen jurídico entre las sanciones administrativas y las penas y la afirmación de que deben extenderse a aquéllas las garantías que para los ciudadanos acompañan a la imposición de éstas. Una identidad de régimen jurídico terminaría con la especificidad de las sanciones administrativas y daría al traste con su función⁴⁰. Y un excesivo énfasis en las diferencias o una desmedida consideración de los requerimientos funcionales de la Administración en su labor de autotutela y de salvaguardia de los intereses colectivos puede acarrear la desconsideración de las garantías individuales. De dicho dilema se suele salir por una cierta vía de en medio, con alto grado de inconcreción: afirmar que las garantías individuales que se han desarrollado para el proceso penal deben respetarse en las sanciones administrativas, pero sólo en lo posible o con matizaciones. Ahora bien, el razonamiento estará siempre condicionado por la concepción que se maneje de la Administración y de sus funciones legítimas.

Cabe ensayar dos vías en el intento de una mayor concreción. Una, la de desarrollar una filosofía de la Administración, que deberá ser la que mejor encaje con la Constitución. Otra, la de precisar una pauta más estricta para el alcance de las garantías individuales.

La Constitución ata la actuación de la Administración al interés general. Conviene resaltar que, al menos bajo la óptica liberal que subyace al texto constitucional, el interés general debe ser entendido como interés resultante de la dialéctica política y

40 “[L]a extensión a absolutamente todas las infracciones administrativas del sistema penal, acarrearía la esclerosis del derecho sancionador, consecuencia nada deseable, pues también de su eficacia depende el bienestar colectivo”, por lo que “el régimen formal de imposición de las sanciones no es, y seguramente no puede ser, el mismo que el de las penas” (Quintero Olivares, op. cit., pp. 254 y 256, respectivamente).

deliberativa entre los intereses de los ciudadanos en tanto que individuos, no como interés de la colectividad, concíbase ésta como pueblo, como nación o de cualquier otra forma de entificación de la comunidad como comunidad en algo distinta de y superior a los ciudadanos individuales. De ahí que, también en paralelo con lo que en la penalística tradicional significa el principio de protección de bienes jurídicos, haya que excluir la legitimación de la Administración para imponer sanciones en aras de entidades tales como el progreso, el aumento de la autodeterminación de una comunidad, la defensa de los signos de identidad colectiva y similares⁴¹. Cuando se justifica la potestad administrativa en nombre de la autotutela, es decir, como defensa de la obediencia a las normas que la propia Administración da para velar por el interés público o el bienestar, es mejor atenerse a interpretaciones bien restrictivas de tales nociones y no perder de vista el difícil encaje que con las libertades constitucionales tienen ciertas técnicas y propósitos para conseguir resultados puramente estadísticos, objetivos meramente simbólicos o fines que sirven más a intereses políticos parciales que al bien de los ciudadanos.

En cuanto al asunto de las garantías, a falta de que doctrinalmente se depure aún más un contenido bien preciso de esta noción y reconociendo que alguna modulación pueda estar justificada en determinados casos cuando se trata de que las sanciones respalden las labores propias de la Administración, nos conformamos con enunciar una regla básica, que cabe denominar regla de equiparación de las garantías en función de la gravedad de las sanciones, o, más brevemente, regla de *a sanción igual de grave, garantía igual de intensa*. Consiste en lo siguiente: cuando dos sanciones suponen para el ciudadano común un grado idéntico o similar de daño o perjuicio en sus bienes o derechos, esas sanciones no han de poder aplicarse con un distinto nivel de respeto para las garantías frente a los poderes punitivos del Estado. En consecuencia, las modulaciones a la baja de tales garantías pueden tener alguna justificación cuando las sanciones administrativas sean más leves o menos “costosas” que las penales, y siempre que, además, se justifiquen con requerimientos tangibles y evidentes del hacer administrativo, pero en ningún caso resultará admisible la menor garantía frente a esas sanciones que frente a las penas cuando el contenido de aquéllas sea, en sí o en su afflictividad, idéntico al de las penas que se aplican a algún delito. Este postulado presupone la referencia fundamental a la operatividad de un Derecho

41 Resulta tentador explorar posibles analogías entre este tipo de justificaciones de la potestad sancionadora de la Administración y las que, dentro del Derecho canónico, se dan del ejercicio del *ius puniendo* de la Iglesia. Mientras que se ha hecho un gran esfuerzo para la justificación del castigo penal, las sanciones administrativas a menudo se fundamentan en la mera desobediencia a una institución, la Administración, cuya sagrada misión es atender al bien común de los ciudadanos, a sus intereses generales. Mientras que la Iglesia puede sancionar –sin las garantías propias del Derecho moderno– como medio en su porfía para que una vida sin pecado garantice a los fieles la beatitud en el Más Allá, la Administración Pública puede hacerlo para que los ciudadanos que le están sometidos sean felices y disfruten de grandes ventajas en este mundo terrenal. Cfr. el muy sugerente análisis de Albin Eser, “Strafrecht in Staat und Kirche. Einige vergleichende Beobachtungen”, en Schwab, D. (ed.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischer Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989, pp. 493ss.

penal fuertemente garantista. Si tal presupuesto falla porque en el propio Derecho penal el garantismo hace aguas, no quedará más remedio que tratar de refundar los principios de todo el Derecho sancionador desde la base y en conformidad con las exigencias de un Estado de Derecho tomado en serio.

