

El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador

Pablo Rando Casermeiro

Universidad de Sevilla

*Abstract**

El discurso políticocriminal de la última década en España se ha desarrollado bajo el paradigma del derecho penal del riesgo. Sin embargo, el signo de las últimas reformas tiene un marcado carácter securitario. Desde el año 2003 como mínimo, el legislador ha asumido el modelo del derecho penal de la seguridad ciudadana en casi todas sus iniciativas de reforma del código penal. Aquí se sostiene la tesis de que, además, este modelo se está extendiendo al derecho administrativo sancionador. Ello se refleja en algunos preceptos recientemente incorporados al derecho punitivo administrativo, marcados por un aumento del carácter aflictivo del ius puniendi administrativo, así como por una intensificación de elementos estigmatizantes.

During the present decade, the criminal politic debate in Spain had developed itself under the risk criminal law approach. However, the sign of the last reforms has a strong law-and-order character. Since at least year 2003, the legislative branch assumes the law and order criminal law approach in almost all the penal code's changes. Here it's maintained that, additionally, this model is extending to the administrative law penalties. That is reflected in some articles recently added to the punitive administrative law that increases the afflictiveness of the administrative ius puniendi and, as well, promotes stigmatizing elements.

In Spanien hat sich die kriminalpolitische Debatte des letzten Jahrzehntes unter dem Paradigma des Risikostrafrechts entwickelt. Jedoch zeigen die letzten Änderungen der Strafgesetzgebung einen Charakter, der an den Gedanken des „law and order“ erinnert. Zumindest seit 2003 hat der Gesetzgeber in fast allen Änderungen des Strafgesetzbuches den Ansatz der Sicherheit übernommen. In dem vorliegenden Beitrag wird darüber hinaus die These vertreten, dass dieser Ansatz dabei ist, sich bis in das Ordnungswidrigkeitenrecht auszudehnen. Dies spiegelt sich in einigen der vor kurzem in das Ordnungswidrigkeitenrecht eingefügten Vorschriften wieder, die durch eine Zunahme des punitiven Charakters des Ordnungswidrigkeitenrecht sowie durch die Intensivierung der stigmatizierenden Merkmale gekennzeichnet ist.

Title: The criminal model of law-and-order in administrative law sanctions

Titel: Die strafrechtliche Modell von öffentlichem Sicherheit im Ordnungswidrigkeitsrecht

Palabras clave: política criminal, derecho administrativo sancionador, derecho penal de la seguridad ciudadana, derecho penal del riesgo, teoría de la legislación.

Keywords: criminal policy, administrative law sanctions, law and order approach to criminal law, risk-oriented criminal regulation theory.

Stichwörter: Kriminalpolitik, Ordnungswidrigkeitenrecht, law and order Strafrecht, Risikogesellschaft Strafrecht, Theorie der Gesetzgebung.

* Este trabajo forma parte de mi contribución al proyecto de investigación financiado por el Plan nacional de I+D+i del Ministerio de Educación y ciencia "La seguridad ciudadana como criterio inspirador de la intervención penal" (SEJ2006-07242/JURI), y ha sido presentado al I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales de la Universidad de Salamanca, celebrado durante los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

Sumario

1. Introducción. Hacia un cambio de paradigma político criminal
2. De un derecho administrativo sancionador garantista a un derecho administrativo sancionador securitario
 - 3.1. Redescubrimiento del orden público, sentimiento de inseguridad ciudadana y ausencia de recelo ciudadano frente al ejercicio del poder sancionador de la Administración
 - 3.2. Revalorización del componente aflictivo en la potestad sancionadora de la Administración
4. Validez explicativa del modelo penal de la seguridad ciudadana en el ámbito del derecho administrativo sancionador y líneas de actuación
5. Bibliografía citada

1. Introducción. Hacia un cambio de paradigma político criminal

La política criminal de la última década en España ha estado caracterizada por la incorporación de diversos enfoques sociológicos al debate penal. Entre ellos, destaca por su gran predicamento doctrinal el de la sociedad del riesgo. Difundida en Alemania por BECK en los noventa, se puede decir con KUHLEN que esta tesis ha causado verdadero furor¹. Un relevante sector de la doctrina penalista alemana, significativamente el que suele agruparse bajo la llamada Escuela de Frankfurt, y que tiene como su principal valedor a HASSEMER², ha estudiado las implicaciones de la sociedad del riesgo en el moderno derecho penal, con resultados muy relevantes de cara a los contenidos, medios y formas de tutela de bienes jurídicos que éste asume. La principal conclusión es que el derecho penal ha pasado a convertirse en *derecho penal del riesgo*, lo que conlleva toda una serie de inconvenientes, entre los que pueden citarse la quiebra de las garantías que son seña de identidad del derecho penal tradicional, la asunción por el derecho penal de la protección de bienes cuya lesión no puede ser imputada de forma individual y la preeminencia de un derecho penal puramente simbólico, sin capacidad para brindar una protección eficaz y efectiva a dichos bienes. Ante tal panorama, se postula que se deje de intervenir penalmente en los sectores del llamado *derecho penal moderno* y, fundamentalmente, la apuesta por un derecho penal que proteja bienes jurídicos individuales y que se atenga al paradigma de los delitos de resultado. Los contenidos de ese emergente sector del derecho penal deberían ser ubicados, bien en el derecho administrativo sancionador, bien en nuevos sectores sancionadores intermedios entre éste y el derecho penal³.

En España este enfoque comienza a desarrollarse, siguiendo muy de cerca las posiciones de la Escuela de Frankfurt, a finales de los noventa, siendo los autores más significativos MENDOZA BUERGO y SILVA SÁNCHEZ⁴.

¹ KUHLEN, GA, 1994, pp. 347-367, p. 347.

² Véase HASSEMER, "Viejo y nuevo derecho penal", en HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, (trad. de Muñoz Conde y Díaz Pita), 1999, pp. 39-78; también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995.

³ HASSEMER, en HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, (trad. de Muñoz Conde y Díaz Pita), 1999, pp. 67, 69-72, propone la creación de un *derecho de intervención*, que en propiedad no es derecho penal. Véase también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, pp. 39-46. En cambio, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., 2001. Especialmente pp. 153-154, postula la instauración de un *derecho penal de segunda velocidad*. Aunque como indica GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 153, ambas propuestas coinciden sustancialmente.

⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., 2001. Aunque el núcleo central de sus posiciones puede verse en anteriores trabajos. Así, véase SILVA SÁNCHEZ, *Actualidad Penal*, 1998, pp. 435-449. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001. Dicho seguimiento no siempre se manifiesta en una aceptación de sus peticiones. Señala las diferencias entre el enfoque de SILVA SÁNCHEZ y el de la Escuela de Frankfurt, que se acentúan notablemente en el caso de MENDOZA BUERGO, DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 2005, pp. 6-7, 8-9.

Se trata de una orientación doctrinal bien conocida, por lo que no procede ahondar en los elementos comunes en que se basa, ni pormenorizar sobre sus matices y variantes particulares⁵. Lo que sí es importante señalar es que, pese a la atención prestada por la doctrina penal al paradigma sociológico de la sociedad del riesgo, la actitud de los penalistas ha sido generalmente de crítica a sus cimientos⁶.

Dichas críticas se mueven en direcciones muy diversas, tanto políticocriminales como ideológicas. A los efectos del presente trabajo, me interesa destacar la que alude a un *desenfoque* del debate. DÍEZ RIPOLLÉS ha llamado la atención en los últimos años sobre dos fenómenos relevantes:

-En primer lugar, que la doctrina penal ha permanecido anclada en el modelo analítico del *derecho penal mínimo*, cuando en realidad se constata que el *paradigma garantista* no es, desde hace bastantes años, un enfoque que permita entender la actual aproximación social y política a la delincuencia⁷.

-En segundo lugar, el centro del debate penal ha estado dominado de aquí a un tiempo, y aunque sea críticamente, por la sociedad del riesgo⁸. El problema radica en que, mientras ese debate tenía lugar, se ha ido desarrollando *parasitariamente* un modelo penal que no tiene nada que ver con el citado paradigma, y que es el *modelo penal de la seguridad ciudadana*⁹.

⁵ Para una mayor profundización, véanse –descriptivamente– SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 201-229, pp. 205 y ss; DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC, 2005, pp. 3-6; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 60-65, 132 y ss; KUHLEN, GA, 1994, pp. 347-349, 351.

⁶ Destaca por su especial intensidad la crítica monográfica de GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003; SCHÜNEMANN, GA, 1995, especialmente 205-206; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERA (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, 2002, pp.1113-1149, en nota. Pero, como digo en texto, la crítica es, con alguna excepción, generalizada. Así, véanse DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC, 2005, pp. 8, 16, 29; EL MISMO, RECPC, 2004, pp. 7-8; LAURENZO COPELLO, RDPC, 2003, pp. 441-456, especialmente pp. 451-455; GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2007, pp. 42-50; GÓRRIZ ROYO, en TERRADILLOS BASOCO/ALCALE SÁNCHEZ (coord.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, 2004, pp. 339-346, pp. 343-346. Véase sin embargo una aceptación de los presupuestos y propuestas de la tesis de la sociedad del riesgo, si bien con significativos matices, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERA (ed.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, 2002, pp. 395-421, especialmente pp. 402 y ss.

⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC, 2004, p.3

⁸ En realidad, también es muy destacable la atención suscitada por el enfoque del *derecho penal del enemigo*, que pretende hacerse pasar, indebidamente, como una variante del derecho penal de la sociedad del riesgo. También aquí, la doctrina normalmente se posiciona frecuente y críticamente frente a esta tesis, formulada por JAKOBS. Sin embargo, en realidad el derecho penal del enemigo se integraría dentro del paradigma, mucho más amplio, del *derecho penal de la seguridad ciudadana*, eso sí, a mi juicio como una de sus más relevantes manifestaciones. En cualquier caso, es esta la razón por la que no me detengo ahora en detallar sus características, por lo demás harto conocidas. Sobre el derecho penal del enemigo, véase JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*. 2ª ed., 2006. Pero hay que tener en cuenta que CANCIO MELIÁ se pronuncia muy críticamente en muchos aspectos de las tesis del derecho penal del enemigo. La posición más cercana en España a JAKOBS puede verse en POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límite de vigencia*, 2009. Sobre la inclusión de esta tesis en la más amplia del modelo penal securitario, véase DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC, 2005, 23 y ss.

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC, 2005, p. 10.

Este modelo se caracteriza a partir de siete elementos¹⁰:

- Predominio de la delincuencia clásica. Aunque el debate sobre la sociedad del riesgo denuncia ante todo la expansión del derecho penal a nuevos campos de tutela, lo cierto es que las últimas reformas penales se han ocupado primordialmente de endurecer las reacciones penales frente a la delincuencia clásica (delitos patrimoniales, delitos sexuales, etc.)
- Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana. En los últimos años se ha incrementado en la población la preocupación por la delincuencia, así como el miedo al delito.
- Sustantividad de los intereses de las víctimas. Las víctimas han pasado a tener un papel protagonista dentro de la política criminal, lo que ha derivado, entre otras cosas, en que los sentimientos de venganza han adquirido respetabilidad.
- Populismo y politización. Los agentes políticos con responsabilidades en la creación de leyes penales han renunciado al debate experto, sometiéndose a la aproximación superficial a la delincuencia que predomina en ciertos sectores de la población, dado el beneficio electoral que esto representa.
- Revalorización del componente aflictivo de la pena, basado ante todo en una rigurosa ejecución penitenciaria.
- Redescubrimiento de la prisión. Esta pena se presenta como la primera alternativa al delito. Además de perseguirse un aumento de su duración, los propósitos resocializadores y las flexibilizaciones del régimen penitenciario que exige llevarlos a cabo tienen cada vez menos cabida.
- Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal. Se acogen entusiastamente los recortes de garantías y derechos de defensa, en el convencimiento de que ello redundará en mejoras en la prevención del delito. Pero ya no existe la desconfianza -antes predominante- de que tales recortes puedan generar abusos de las instancias de control.
- Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia. No sólo se generan nuevas y más intensas formas de colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sino que la propia sociedad participa activamente en el control y prevención de la criminalidad.
- Transformación del pensamiento criminológico. La investigación empírico-social del delito ha dejado en segundo plano las explicaciones sociales de la delincuencia, centrándose directamente en los síntomas.

Creo que puede afirmarse sin temor que no se trata de un modelo por venir, sino que ya está plenamente consolidado, como acredita el giro de las reformas penales habidas, como mínimo, desde 2003, en perfecta sintonía con él. Dicho modelo ha permeado todos los ámbitos del derecho penal, incluyendo el derecho penal de menores¹¹. En este trabajo se parte de la hipótesis de que en el derecho administrativo sancionador se manifiesta, desde hace unos años, si bien sólo

¹⁰ En este trabajo no puede pormenorizarse sobre las características de cada uno de dichos elementos, por lo que me limito a su enunciación, junto a una brevísima descripción. Sin embargo, más adelante profundizaré en los que se proyecten sobre el derecho administrativo sancionador, que es ahora mi objetivo central. Para una información completa de los mismos, que sigue de cerca a la tesis de GARLAND para describir el panorama de Estados Unidos, véase DíEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 2004, pp. 6-21.

¹¹ Sobre esto véase GARCÍA PÉREZ, *Cuadernos de derecho judicial*, 2005, pp. 397-438.

parcialmente, un acercamiento al paradigma de la seguridad ciudadana. A ello se dedican los siguientes apartados.

2. De un derecho administrativo sancionador garantista a un derecho administrativo sancionador securitario

No es este el lugar para tratar el clásico problema de las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, ni tampoco del hallazgo de pautas de distinción entre ambas ramas del *ius puniendi*¹². Ahora interesa solamente destacar el progresivo acercamiento entre ellas. Tal proximidad se basa ante todo en que la potestad sancionadora de la Administración está ya plenamente integrada dentro del poder punitivo del Estado, junto al derecho penal. A estas alturas es ya un hecho irrefutable y representa una manera abrumadoramente mayoritaria de entender el poder punitivo del Estado, tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia. No aportaría mucho, por tanto, un detenimiento pormenorizado en este tema, aunque creo que sí merece ser destacada la célebre frase del Tribunal Constitucional, pronunciada en su sentencia 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico segundo: “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que *ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (...)* hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales...”

Si esto ha representado hasta la fecha indudables ventajas, sobre todo la traslación de garantías y derechos desde el ámbito penal al administrativo-sancionador, este último tradicionalmente menos escrupuloso con su observancia, hay que hacerse cargo de que un cambio drástico de modelo penal también podría influir en el derecho administrativo sancionador. Dicho de otro modo, si el *garantismo penal* ha tenido un claro reflejo en un *derecho administrativo sancionador garantista*, el giro hacia un modelo penal securitario podría traducirse en un *derecho administrativo sancionador securitario*. Así ocurrirá sin lugar a dudas en aquellos sectores más proclives a trasvases entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, como el tráfico viario, cuyas últimas reformas, a juicio de GARCÍA ALBERO, responden ante todo al modelo penal de la seguridad ciudadana¹³.

¹² La literatura al respecto es ingente. En España destacan por su relevancia dos libros: desde la vertiente del derecho administrativo, véase NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed., 2005 (reimp. 2006); desde el ámbito del derecho penal, es imprescindible el completo trabajo de GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2007.. También destacan, entre otros muchos, los trabajos de GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *El Nuevo Derecho Penal Económico. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Valle Muñoz*, 2001, pp. 295-400, y la monografía de NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, 2001.

¹³ GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, pp. 2-3. Es interesante asimismo constatar cómo en el contexto de estas reformas se utiliza ya una adjetivación excluyente de los infractores, algo que hasta ahora sólo ocurría en ámbitos como el derecho penal juvenil o en delitos muy concretos, como los patrimoniales, los sexuales o los de violencia de género. Las infracciones de tráfico son ya constitutivas de “violencia vial” y los infractores de tráfico “terroristas viarios”. Sobre la connotación despersonalizada del delincuente en los demás ámbitos apuntados, véase Díez RIPOLLÉS, *RECPC*, 2004, p. 9. En derecho administrativo sancionador son destacables nuevas iniciativas en este

Sorprende que, en la doctrina penal, la frecuencia con que se enfatiza la comentada unidad del *ius puniendi* –integrado, como ya se ha dicho, por el derecho penal y el derecho administrativo sancionador– no se vea acompañada del necesario tratamiento doctrinal que verifique qué está ocurriendo en ese *otro sector punitivo*. Las referencias a la potestad sancionadora de la Administración suelen estar conectadas, ante todo, con el *principio de subsidiariedad* del derecho penal. El derecho penal es –se dice de forma unánime– la *ultima ratio*, y sólo podemos recurrir a él cuando otros medios menos aflictivos no basten para brindar una protección satisfactoria a los bienes jurídicos. Como es sabido, entre esos otros medios menos aflictivos figura el derecho administrativo sancionador. Y además –hay que añadir– suele ser el *medio menos aflictivo* más frecuentemente abocado a sustituir al derecho penal en las iniciativas despenalizadoras.

Sin embargo, se detecta que esa diferencia en aflicción es, en muchos casos, válida sólo en la teoría, pues la práctica demuestra con meridiana claridad que el derecho administrativo sancionador puede ser mucho más aflictivo que el derecho penal. En estos casos, decir que se acude al primero porque es menos expeditivo que el segundo, en una aplicación del principio de subsidiariedad, constituye un auténtico *fraude de etiquetas*¹⁴.

Ante el presente modelo penal securitario hay que mantenerse en guardia con más intensidad aún que antes, pues la filtración de los componentes securitarios a la potestad sancionadora de la Administración, –una potestad que cuenta ya de entrada con una importante quiebra de garantías respecto al derecho penal– podría ocasionar una significativa pérdida de libertad ciudadana.

No puede, sin embargo, hablarse de una *traslación global* del modelo penal al derecho administrativo sancionador. Ello se debe a que algunos de los elementos caracterizadores de aquél se refieren al ámbito penitenciario o, más específicamente, a la pena de prisión, y dada la prohibición a la Administración de imponer sanciones privativas de libertad, recogida en el art. 25.3 de la Constitución, se trata de aspectos del modelo que estarán ausentes del sector punitivo administrativo. No obstante, sí que están presentes en él otros elementos definitorios del paradigma securitario, que paso a examinar a continuación.

3. Manifestaciones concretas del modelo de seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador

Definidos los elementos del modelo penal de la seguridad ciudadana en el epígrafe primero, y fijado el marco en el que se desenvuelven las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador en el segundo, voy a proceder ahora a verificar en qué medida características de ese modelo se manifiestan en la potestad sancionadora de la Administración.

sentido, como manifiestan algunas ordenanzas que pretenden atajar, literalmente, el “vandalismo.” Por ejemplo, véase Ordenanza sobre Protección de la convivencia ciudadana y prevención del vandalismo en espacios públicos de Motril.

¹⁴ Véase, por todos, ARROYO ZAPATERO, *Revista Penal*, 1997, p. 6.

Para ello tomo dos puntos de partida: primero, que, como precisaba hace un momento, no todos los aspectos del modelo penal securitario inciden en el derecho administrativo sancionador, por lo que sólo serán seleccionados aquéllos que interesen a nuestro fin; segundo, que en la labor anunciada voy a proceder a una *adaptación del modelo* de acuerdo con las peculiaridades del derecho punitivo administrativo. De dicha labor resultan las características securitarias del derecho administrativo sancionador que expondré a continuación, que he decidido agrupar en dos grandes bloques. Las dimensiones de este trabajo impiden, no obstante, un detenimiento profundo en todos los problemas que se plantean.

3.1. Redescubrimiento del orden público, sentimiento de inseguridad ciudadana y ausencia de recelo ciudadano frente al ejercicio del poder sancionador de la Administración

Hemos asistido, de un tiempo a esta parte, a una revitalización de las iniciativas de orden público por parte del derecho administrativo sancionador. Para atajar el sentimiento de inseguridad ciudadana dominante desde comienzos de la década¹⁵ se potencia la intervención de la potestad sancionadora administrativa en materias que pueden inscribirse dentro del *orden público*, para atenuar la percepción de inseguridad frente a presuntas amenazas provenientes de la realización de diversas actividades de ocio o lúdicas, hasta hace no mucho percibidas como inocuas, o que implicaban una lesividad tolerada.

El recurso al concepto expansivo del orden público había quedado muy en segundo plano hasta el momento, dadas sus reminiscencias autoritarias¹⁶. Digamos que la utilización de los poderes sancionadores de la Administración en esta materia se veía como una tarea poco atractiva, y también poco rentable políticamente, como demostró en su momento la encendida polémica suscitada por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la seguridad ciudadana¹⁷. Estamos lejos de ese contexto. Actualmente el mantenimiento de la seguridad y el *buen orden* ha pasado a tener protagonismo frente a otras intervenciones de la Administración centradas en la protección de bienes jurídicos colectivos con mucha mayor relevancia. En

¹⁵ Aunque los valores de inseguridad ciudadana no sean constantes, siempre se mantienen en los primeros puestos en cuanto a preocupaciones de la sociedad en las estadísticas del CIS, sin que tengan relación con el volumen real de delincuencia. Ello es también apreciable en 2004 y 2005, pese a que la percepción de inseguridad ciudadana haya descendido de forma relevante. Sobre todo ello véase SERRANO GÓMEZ (dir.) VÁZQUEZ GONZÁLEZ (coord.), *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y en la Unión Europea*, 2007, pp. 113-121. También GARCÍA ESPAÑA/PÉREZ JIMÉNEZ, *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: análisis e interpretación de las estadísticas oficiales. Informe del Observatorio de la Delincuencia en Andalucía 2004*, 2004, pp. 24-25.

¹⁶ POLAINO NAVARRETE, *Revista Jurídica de Castilla-la Mancha*, 1989, p. 67, denuncia la regulación extensiva del concepto normativo de orden público, a menudo cargado de prejuicios valorativos, que propicia una extralimitación punitiva. Advierte frente a la utilización de la seguridad ciudadana como coartada para limitar el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana y derecho penal*, 2006, pp. 23, 18-19.

¹⁷ Que, en sintonía con lo acabado de decir, acabó estigmatizando políticamente a su principal preconizador, en la medida en que dicha ley pasó a conocerse en el ámbito periodístico como *ley Corcuera* o, más significativamente aún, *ley de la patada en la puerta*.

conclusión, el orden público ya no es un huésped incómodo, aceptado como mal necesario en la agenda política, sino que ahora merece una valoración claramente positiva.

Es hora de pasar revista a algunas de estas iniciativas con incidencia en el *orden público*, que, como decía anteriormente, se centran en determinadas actividades lúdicas o de ocio que se asimilan prejuiciosamente a la inseguridad ciudadana. Una de las más significativas constituye la prohibición de beber alcohol en la calle. Algunas de las iniciativas legales más significativas en este sentido son la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos, el Decreto legislativo 1/2003, de 1 de abril, del Consell de la Generalitat valenciano, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Drogodependencias y otros trastornos adictivos y la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre Potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía.

Es cierto que fenómenos sociales como el del llamado botellón provocan un indeseable impacto acústico y, en ocasiones, efectos negativos en términos de salubridad pública que es necesario atajar. También aparece como un objetivo razonable la intervención frente a grupos de riesgo como los menores. Sin embargo, hay dos manifestaciones securitarias de la respuesta efectuada por el legislador que resultan preocupantes: en primer lugar, que la fundamentación de esta prohibición no radique exclusivamente –y a veces ni siquiera de forma preponderante– en los apuntados problemas, sino que se pretendan fines tales como reconducir el consumo de alcohol a *pautas saludables*. Incluso preocupa al legislador expresamente que determinadas actividades de ocio se desarrollen fuera de los cauces institucionalizados¹⁸.

Al final, lo verdaderamente preocupante es que no se trata de una prohibición que alcance de forma exclusiva al comentado fenómeno. Éste, al fin y al cabo, puede seguir desarrollándose con normalidad relativa, ya que la mayoría de los ayuntamientos ha destinado determinados espacios donde puede tener lugar su práctica.

Al contrario, se expande la prohibición a conductas completamente inocuas que no tienen relación con el llamado *botellón*. Por ejemplo, las concentraciones espontáneas de gente en la calle

¹⁸ Véase, por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre Potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía: “El ocio en los núcleos urbanos de Andalucía ha experimentado en los últimos años una nueva expresión que no depende, en la mayoría de los casos, de la oferta de ocio que representan los establecimientos públicos destinados a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas. Se trata de la concurrencia o concentración de personas, en determinados espacios abiertos de las ciudades, para beber, hablar entre ellos y escuchar música, entre otras actividades. Esta nueva forma de interrelación grupal trae consigo unas consecuencias que entran en colisión con otros derechos del resto de la ciudadanía. Es evidente que tales concentraciones conllevan, de una parte, la ingesta de importantes cantidades de bebidas alcohólicas y otros hábitos poco saludables y, de otra, un indeseable impacto acústico en esas zonas de viviendas, lo que, junto a otros problemas, incide negativamente en el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, así como en la salud e integridad física de las personas.” El legislador habría acertado plenamente si hubiera limitado la motivación de su intervención a un problema de contaminación acústica, algo que, como ya se ha señalado, no se ha hecho.

en la que alguno de sus miembros consume alcohol, o simplemente el consumo individual de alcohol en la vía pública¹⁹. Para reforzar la antedicha prohibición, numerosas ordenanzas municipales han prohibido la compra-venta de alcohol en horario nocturno y ello aunque, como ocurre en el caso anterior, se acabe afectando a conductas no lesivas, por ejemplo, la compra particular de alcohol, incluso para consumo domiciliario²⁰. Se trata de un aspecto que se ha intentado regular, hasta la fecha sin éxito, a nivel estatal, siendo la iniciativa más reciente el Anteproyecto de Ley de Medidas sanitarias para la protección de la salud y la prevención del consumo de bebidas alcohólicas por menores, finalmente retirado²¹.

Está claro que hemos perdido libertad en muchos aspectos, en los que se va colando el derecho administrativo sancionador. Sigue siendo válida como nunca la premisa de MILL acerca de que la sociedad no debe entrometerse en la vida de cada ciudadano mientras no se provoquen daños a terceros²². Aunque el ciudadano medio no parece preocuparse mucho por esto, algo en lo que radica precisamente una de las características fundamentales del modelo: *la ausencia de recelo ante posibles excesos del poder sancionador del Estado*²³. En efecto, se acoge de buen grado el rigorismo

¹⁹ Una excepción en este sentido es la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005, donde el consumo de alcohol en la vía pública no está prohibido ni sancionado con carácter general. Véase art. 46, donde se ha procedido de forma más cuidadosa a la distinción entre situaciones lesivas y no lesivas, eso sí, siempre que no se beba en envase de cristal o lata, casos en los cuáles siempre está prohibido realizar tal conducta.

²⁰ Véanse, entre otras muchas, Disposición Adicional Primera de la Ordenanza reguladora de la convivencia y el ocio en el término municipal de Talavera de la Reina; art. 9.4 de la Ordenanza reguladora de la actuación municipal en relación con la venta, dispensación, suministro y consumo indebido de bebidas alcohólicas del Ayuntamiento de Alicante; art. 14.2. c) de la Ordenanza municipal reguladora de la publicidad, venta y consumo de alcohol y tabaco de Estepona.

²¹ De acuerdo con los dos primeros párrafos del artículo 13 del citado anteproyecto: “Durante el horario nocturno queda prohibida la venta al por menor y la dispensación de bebidas alcohólicas en aquellos establecimientos o áreas de establecimientos, en su caso, en los que no esté permitido su consumo inmediato. Por horario nocturno se entiende el comprendido entre las veintidós y las ocho horas del día siguiente, sin perjuicio de mayores restricciones horarias que puedan ser reguladas en la normativa de las comunidades autónomas.

El reparto o distribución a domicilio de las bebidas alcohólicas adquiridas en los establecimientos o empresas autorizadas para la venta al por menor, o venta a distancia por cualquier procedimiento no podrá realizarse en horario nocturno según lo dispuesto en el apartado anterior.” Como puede observarse, esta prohibición, supuestamente pensada para atajar problemas de exposición de los menores al alcohol, acaba extendiéndose a los mayores de edad.

²² Véase MILL, *Sobre la libertad*, (trad. de Pablo Azcárate), 1ª ed., 8ª reimpresión, 2007, p. 68, 178. Sobre la conexión de esta opinión con el problema concreto de la venta de alcohol –y cómo esto en realidad redundaría en una prohibición de su consumo- véase *Ibidem*, pp. 170-171, 180-181. Por todo ello, la contraposición entre el “derecho al descanso” y el “interés en la juerga callejera”, para pronunciarse a favor del primero, a que se refiere NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2005, p. 331, sólo afecta a una parte muy concreta del problema, pues en un gran número de ocasiones no se pondrá en entredicho ninguno de esos intereses, como acabo de manifestar en el texto.

²³ El propio MILL se hacía cargo del peligro de que la ciudadanía acabara otorgando una confianza ciega a las intervenciones del Estado en sus derechos y libertades. Véase, hablando de la Inglaterra de su tiempo, MILL, *Sobre la libertad*, 2007, pp. 66-67, donde decía que “hay un gran recelo contra la directa intervención del legislativo, o el ejecutivo, en la conducta privada, no tanto por una justificada consideración hacia la independencia individual como por la costumbre, subsistente todavía, de ver en el Gobierno el representante de un interés opuesto al

punitivo de la administración en materia de seguridad ciudadana, con la expectativa de que ello logre una mayor *seguridad y tranquilidad públicas*, aunque sea al precio de recortar modos de interacción ciudadana que ni siquiera se refieren a las pautas presuntamente conflictivas para la convivencia. Ello no sólo se manifiesta en la pasividad colectiva frente a limitaciones de derechos, sino en que incluso éstas son promovidas activamente por determinados sectores de la ciudadanía, como puede comprobarse por la enérgica protesta de ciertos colectivos tras el anuncio por el Ministerio de Sanidad de la retirada del ya citado Anteproyecto de Ley de Medidas sanitarias para la protección de la salud y la prevención del consumo de bebidas alcohólicas por menores.

Hemos llegado pues a un punto en que puede ser prohibida y/o sancionada una conducta inocua bajo una *ratio* preventiva, lo que supone un riesgo importante para la libertad, ya que el argumento en que se basa es, por sí mismo, *insaciable*. Ello permite augurar no sólo una expansión incontrolada del derecho administrativo sancionador, sino adicionalmente –y aquí reside la novedad– que dicha expansión se localice bien en pautas normales de convivencia, bien en conductas muy poco nocivas que hasta ahora se han solucionado con la libre interacción ciudadana²⁴. Como expresan con acierto DÍEZ RIPOLLÉS Y CEREZO DOMÍNGUEZ, el control sancionador “termina expandiéndose a conductas que, sin ser delictivas, se estiman incorrectas

público. La mayoría no acierta todavía a considerar el poder del Gobierno como su propio poder, ni sus opiniones como las suyas propias. Cuando lleguen a eso, la libertad individual se encontrará tan expuesta a invasiones del Gobierno como ya lo está hoy a invasiones de la opinión pública.”

²⁴ Sin ir más lejos, la prohibición de fumar en la calle. Aunque en España estamos muy lejos de llegar a estos extremos, se percibe en algunas iniciativas legislativas de Estados Unidos una deriva similar a la que ha existido con la venta y consumo de bebidas alcohólicas. Se empieza prohibiendo fumar en determinados espacios cerrados bajo un muy razonable objetivo de evitar la exposición del no fumador a perturbaciones de su salud, y se acaba prohibiendo indiscriminadamente fumar, una conducta muy difundida socialmente. En la localidad californiana de Burbank ya se prohíbe fumar en todas partes excepto en la propia vivienda, el propio vehículo o aquellas zonas de la calle especialmente señalizadas. Véase, la *Ordinance No. 3717 Of The City Of Burbank* que reforma el *Municipal Code To Control Exposure To Secondhand Smoke By Prohibiting Smoking At Certain Locations Throughout The City*, que ha dejado la última parte del título de la disposición municipal en algo puramente eufemístico. Esta ordenanza puede encontrarse en: <http://www.burbankca.org/planning/pdf/ords/ord3717.pdf> (visitado el 1 de junio de 2009).

Sus previsiones ya se están imitando en otras localidades estadounidenses, aunque por ahora no de forma mayoritaria, ni llegando tan lejos en las restricciones apuntadas. También en Reino Unido existen iniciativas para implantar un total *smoking ban*, hasta ahora rechazadas. Véase: <http://www.guardian.co.uk/society/2005/dec/17/health.politics> (visitado el 1 de junio de 2009). En determinadas localidades de Estados Unidos, como Flint (Michigan) o Lynnwood (Illinois), se castiga administrativamente el ya mediáticamente llamado *saggy pants ban*, esto es, llevar los pantalones 7,6 centímetros más bajos de la cuenta, exhibiendo la ropa interior. Véase, por ejemplo, el art. 70-166 del *Code of Ordinances Village Of Lynnwood, codified through Ordinance No. 08-69, enacted Oct. 23, 2008*, que recoge el texto de la ordenanza por la que se prohíbe la conducta en cuestión (la Ordenanza 08-28, de 7 de agosto de 2008): “Las personas, independientemente de su edad, deben llevar los pantalones de un tamaño apropiado y ajustados a la cintura, para prevenir que caigan más de tres pulgadas por debajo de la cadera (cresta iliaca), con exposición de la ropa interior.” La sanción por esta conducta asciende a 25 dólares, que se aumentan hasta 200 en caso de reincidencia, junto a la imposición de hasta 40 horas de trabajos en beneficio de la comunidad. Véase todo ello en http://library3.municode.com/default-test/home.htm?infobase=14383&doc_action=whatsnew (visitado el 9 de noviembre de 2009).

en determinados espacios públicos. Ello da lugar a una indeseable proliferación del control social formal, que alcanza a mendigos y vendedores callejeros, a vagabundos y grupos de jóvenes ociosos, e incluso a todo tipo de aglomeraciones por razones políticas, sindicales o reivindicativas en general. A ello se añade que la definición de lo que sea correcto o incorrecto en ciertos lugares ciudadanos no se corresponde sin más con los intereses populares.²⁵

De nuevo veo muy ilustrativo recuperar a MILL, que somete a crítica, con un sentido de actualidad sorprendente, y al hilo precisamente de ciertas iniciativas legislativas para prohibir la venta de alcohol, el que se afirme un “ilimitado derecho del público a prohibir por ley, no sólo todo lo que considera malo, sino, a fin de que nada malo pueda escapar a la prohibición, un cierto número de cosas que reconoce ser inocentes.” A su juicio, “un principio tan monstruoso es mucho más peligroso para la libertad que todos los casos de invasiones de la libertad”, puesto que “no hay violación de la libertad que no pueda justificar.”²⁶

Sin duda, el espaldarazo a la potestad sancionadora de los ayuntamientos a través de normas de rango no legal, singularmente las ordenanzas municipales²⁷ –aunque probablemente necesario en términos generales²⁸– ha tenido mucho que ver con la prohibición de conductas cuya lesividad es muy reducida, y que en todo caso eran toleradas hasta hace bien poco: gritar; dormir en un banco del parque o escupir, cantar en la calle, determinadas formas de mendicidad, etc.²⁹

²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS/CEREZO DOMÍNGUEZ, PC, 2007, pp. 1-25
[\[http://www.politicacriminal.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=9\]](http://www.politicacriminal.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=9)

A juicio de dichos autores, dicho alejamiento del verdadero interés público se produce a menudo cuando la prohibición de este tipo de conductas “se rige por criterios estrictamente economicistas que buscan asegurar que los centros de las ciudades o ciertas zonas escogidas de ella resulten atractivos para los inversores por sus potencialidades turísticas, comerciales, financieras o de otro tipo similar.”

²⁶ MILL, *Sobre la libertad*, 2007, pp. 170-172.

²⁷ De acuerdo con el art. 139 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, tal y como queda redactado tras la reforma efectuada por Ley 57/2003, de 26 de diciembre, “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los Entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes Ordenanzas...” El máximo de sanción a imponer es, en todo caso, y a tenor del art. 141 del mismo texto legal, 3000 euros.

²⁸ Véase un respaldo inequívoco y contundente a la potestad sancionadora a nivel local en NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2005, pp. 320-347.

²⁹ Véanse, por ejemplo, arts. 43.1 y 58.2 a) de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, así como el art. 71 en relación al art. 51 de la Ordenanza general de ordenación del medio ambiente urbano de Barcelona; art. 23. c) de la Ordenanza municipal de medidas para el fomento y garantía de la convivencia ciudadana en los espacios públicos de Sevilla, de 20 de junio de 2008. Especialmente arbitrario y desproporcionado resulta su art. 33.3, que considera que “El ofrecimiento de lugar para aparcamiento en el espacio público a los conductores de vehículos con la intención de la obtención de un beneficio económico por personas no autorizadas, será considerada *en todo caso* forma coactiva de mendicidad.”; arts. 13.2 y 15.1 de la Ordenanza sobre Protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales de Valladolid. Especialmente restrictiva y moralizante su muestra el art. 13 de la Ordenanza de Protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales de Santander, que prohíbe cantar o gritar “por encima de los límites del respeto mutuo.” Advierten del realce de este tipo de intervenciones administrativo-sancionadoras DÍEZ RIPOLLÉS/CEREZO DOMÍNGUEZ, PC, 2007, pp. 1-25. Como afirman con acierto

También la prostitución ha pasado a ser, tras un largo periodo de tolerancia, un sector de intervención administrativo-sancionadora, en nombre de motivos como la prevención de la explotación sexual o simplemente de la expresamente alegada necesidad, en alguna ordenanza, de preservar frente a la exhibición de actividades sexuales, es decir, lo que tradicionalmente se conoce como el “mantenimiento del decoro”. En este ámbito destaca especialmente la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, que en su art. 39.1 prohíbe ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en el espacio público “cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público.” Se trata de una cláusula que en realidad habilita eufemísticamente la sanción genérica de la prostitución en la vía pública. El art. 39.3 establece que “igualmente, está especialmente prohibido mantener relaciones sexuales mediante retribución por ellas en el espacio público.” En cualquier caso, ¿por qué supeditar la intervención administrativo-sancionadora al ánimo de lucro? ¿No perturba igualmente la *pacífica convivencia* el mantenimiento de relaciones sexuales no retribuidas, o el ofrecimiento, solicitud, negociación o aceptación de éstas de forma gratuita? La pregunta demuestra dónde radica el problema de utilizar el derecho punitivo para evitar pautas de interacción no lesivas bajo un criterio preventivo excesivamente amplio: que se sabe por dónde se empieza pero no dónde se acaba. En este sentido, la muy reciente Ordenanza de medidas para fomentar la convivencia ciudadana en el espacio público de Granada³⁰, ya prohíbe genéricamente, en su art. 54.1, las “prácticas sexuales” en la vía pública, junto a los supuestos de prostitución, que además se sanciona, también genéricamente y sin circunloquios, si se ejerce en el espacio público de todo el término municipal. Se trata en este caso de dar el salto sin disimulo a la protección de la moral³¹.

en p. 3, dichas iniciativas están a menudo ligadas a una consideración meramente *higienista* de los espacios públicos de las ciudades.

³⁰ Aprobada el 25 de septiembre de 2009, entró en vigor el 10 de noviembre. Puede consultarse el texto completo en la web del Ayuntamiento de Granada.

³¹ Creo que merece la pena transcribir los siguientes fragmentos de la ordenanza citada, pues llega considerablemente más lejos en su afán prohibitivo que la llamada *ordenanza cívica* de Barcelona:

“Artículo 53. Fundamentos de la regulación.

1. Las conductas tipificadas como infracción en esta sección persiguen preservar de la exhibición de prácticas sexuales y del ofrecimiento o demanda de servicios sexuales en la vía pública con la finalidad de mantener la pacífica convivencia en el espacio público de la Ciudad de Granada, evitando problemas de viabilidad en lugares de tránsito público y prevenir la explotación y trata de determinados colectivos.

2. La presente normativa tiene como objetivo establecer una regulación sobre el uso y ocupación del espacio público como consecuencia de las prácticas sexuales y del ofrecimiento y demanda de servicios sexuales, y se dicta teniendo en cuenta las competencias municipales y los bienes jurídicos protegidos contemplados en el anterior párrafo.

Artículo 54. Normas de conducta.

1. De acuerdo con las finalidades recogidas en el artículo anterior, se prohíben las prácticas sexuales, el ofrecimiento, solicitud, negociación y aceptación directa o indirectamente de servicios sexuales retribuidos en el espacio público de la Ciudad de Granada, en todo su término municipal y de forma especial cuando excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos de dicho espacio público.”

Los entes locales han visto, en definitiva, un filón productivo para intervenir en los planes de vida ciudadanos, en no pocos casos confrontando directamente el libre desarrollo de la personalidad que el art. 10 de la Constitución Española eleva a fundamento del orden político y de la paz social. Una paz social diametralmente opuesta, como se ha visto, al concepto de *convivencia pacífica* empleado en algunas ordenanzas municipales.

Pero este realce del orden público no sólo se refleja en las sanciones administrativas; también se manifiesta, desde hace ya unos años, en determinadas medidas preventivas, entre las que destacan la videovigilancia. Ésta se establece por Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los lugares públicos y su correspondiente reglamento de desarrollo, efectuado por Real Decreto 596/1999. Sin embargo, dicha medida preventiva no se establece para prevenir cualquier infracción administrativa, sino tan sólo las infracciones al orden público. El art. 4 de la citada ley dispone que “para la instalación de videocámaras se tendrán en cuenta, conforme al principio de proporcionalidad, los siguientes criterios: asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para al defensa nacional; *constatar infracciones a la seguridad ciudadana*, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes.³²” La asimilación prejuiciosa de las infracciones administrativas de orden público con las conductas delictivas o las infracciones administrativas realmente graves es más que evidente, en la medida en que la seguridad ciudadana se configura tan ampliamente por el derecho administrativo sancionador actual que se considera lesionada por la comisión de meras conductas asociales o

³² La afectación a derechos constitucionales como la intimidad es evidente. Ello hace que se someta la autorización de la instalación de dichos dispositivos a determinadas cautelas. Así, véase, sobre todo, art. 3 de la citada ley:

“1. La instalación de videocámaras o de cualquier medio técnico análogo en los términos del artículo 1.2 de la presente Ley está sujeta al régimen de autorización que se otorgará, en su caso, previo informe de un órgano colegiado presidido por un Magistrado y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la administración autorizante.

2. Las instalaciones fijas de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Corporaciones Locales serán autorizadas por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de que se trate, previo informe de una Comisión cuya presidencia corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la misma Comunidad. La composición y funcionamiento de la Comisión, así como la participación de los municipios en ella, se determinarán reglamentariamente.

3. No podrá autorizarse la instalación fija de videocámaras cuando el informe de la Comisión prevista en el apartado segundo de este artículo estime que dicha instalación supondría una vulneración de los criterios establecidos en el artículo 4 de la presente Ley Orgánica.

4. La resolución por la que se acuerde la autorización deberá ser motivada y referida en cada caso al lugar público concreto que ha de ser objeto de observación por las videocámaras. Dicha resolución contendrá también todas las limitaciones o condiciones de uso necesarias, en particular la prohibición de tomar sonidos, excepto cuando concurra un riesgo concreto y preciso, así como las referentes a la cualificación de las personas encargadas de la explotación del sistema de tratamiento de imágenes y sonidos y las medidas a adoptar para garantizar el respeto de las disposiciones legales vigentes. Asimismo, deberá precisar genéricamente el ámbito físico susceptible de ser grabado, el tipo de cámara, sus especificaciones técnicas y la duración de la autorización, que tendrá una vigencia máxima de un año, a cuyo término habrá de solicitarse su renovación.

5. La autorización tendrá en todo caso carácter revocable.”

desordenadas³³. Al final, lo relevante es que la utilización de cámaras de vigilancia va a utilizarse también para perseguir este tipo de conductas, a menudo calificadas como infracciones graves o muy graves en las citadas ordenanzas municipales.

3.2. Revalorización del componente aflictivo en la potestad sancionadora de la Administración

Aunque, como hemos visto en líneas precedentes, siempre ha sido objeto de crítica la grave carga aflictiva que pueden suponer determinadas sanciones administrativas, en no pocas ocasiones mayor que la correspondiente a determinadas penas, en los últimos tiempos se ha recrudecido dicha carga aflictiva en el derecho administrativo sancionador. Y ello no ha venido tanto de un endurecimiento de las sanciones en sentido estricto³⁴, sino más bien de algunas consecuencias anudadas a su imposición. Me interesa destacar tres aspectos en los que podría manifestarse el comentado endurecimiento de la potestad sancionadora de la Administración:

En primer lugar, el propósito, bien enfatizado, de producir efectos estigmatizantes. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la previsión de elaborar registros de antecedentes en algunas ramas de la potestad sancionadora administrativa, como el tráfico, el medio ambiente, el consumo, la caza o algunas parcelas del orden público³⁵. Todas ellas se han desarrollado en los

³³ En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS/CEREZO DOMÍNGUEZ, *PC*, 2007, donde se defiende que para estos supuestos lo adecuado es acudir a políticas sociales. Este trabajo procede a un estudio jurídico-positivo detallado de la videovigilancia y contiene un análisis empírico localizado en la ciudad de Málaga entre 2006 y 2008.

³⁴ Lo que también se está produciendo en el derecho administrativo sancionador. Por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha endurecido de forma notable las sanciones. Volveremos a la Ley Orgánica 4/2000 en breve.

³⁵ Véase sobre ello, en general, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *El Nuevo Derecho Penal Económico. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Valle Muñiz*, 2001, p.358. En cuanto a las previsiones concretas a que me refería en texto, véase por ejemplo el nuevo art. 82 de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial redactado por la Ley 17/2005, de 19 de julio: "las sanciones graves y muy graves una vez sean firmes en vía administrativa serán anotadas, por la Jefatura de Tráfico instructora del procedimiento, en el Registro de conductores infractores, el día de su firmeza. Cuando dichas sanciones hayan sido impuestas por los alcaldes o por la autoridad competente de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, se comunicarán, para su anotación en el Registro referido, en el plazo de 15 días siguientes a su firmeza.

Las autoridades judiciales comunicarán a la Dirección General de Tráfico, en el plazo de 15 días siguientes a su firmeza, las sentencias que condenen a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, a efectos de su anotación en el referido Registro.

Las anotaciones se cancelarán de oficio, a efectos de antecedentes, una vez transcurridos tres años desde su total cumplimiento o prescripción." Es quizá la disposición más significativa en la materia, pero ni mucho menos la única o la primera que se experimenta en España. Véanse, sin ánimo de exhaustividad, en materia medioambiental: art. 103 de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección ambiental de Aragón, o la creación en la Comunidad de Madrid igualmente de registros de infractores medioambientales -véase el Reglamento de Organización y funcionamiento del registro de sanciones medioambientales de 31 de mayo de 2006 (BOCM num. 228 de 25 de septiembre de 2006)-; en materia de caza: art. 67 de la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de Caza de la Comunidad Valenciana; art. 72 de la Ley 4/1997, de 24 de junio, de Caza de Galicia; en el ámbito de consumo: Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y protección de los

últimos años, lo que pone de relieve su sintonía con el nuevo modelo securitario vigente. Hay que tener en cuenta, no obstante, que en ningún caso se trata de registros de acceso público, ya que, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, se consideran “especialmente protegidos” “los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.” Ello implica que “sólo podrán ser incluidos en los ficheros de las administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.” Bien es verdad que a veces las condiciones de acceso a los registros de antecedentes en dichas normas reguladoras son bastantes laxas en comparación con las exigidas en el ámbito delictivo, admitiéndose en ocasiones como presupuesto habilitante de dicho acceso simplemente ser *funcionario interesado* de la Administración³⁶.

Procede tomar las máximas precauciones para preservar la intimidad en este punto. Además, no hay que olvidar que dichos registros son un suculento bocado para determinados *interesados*, como, por ejemplo, ciertas compañías de seguros, que no han dudado en solicitar el acceso a los registros de infractores de tráfico, algo a lo que la Agencia de Protección de Datos se ha venido negando, al menos hasta la fecha³⁷.

En cualquier caso, las antedichas restricciones servirán de bien poco ante sanciones administrativas infamantes directas, como la del art. 29.1.a).5º de la Ley 37/2003, del Ruido, que prevé como sanción para infracciones muy graves por contaminación acústica la publicación de las sanciones impuestas a través de los medios, así como los nombres, apellidos o denominación o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables.

En segundo lugar, hay que referirse a la intensificación de algunas medidas preventivas. Ello se pone de relieve no sólo por la implantación de algunas antes desconocidas en el derecho administrativo sancionador, como ocurre con el supuesto de la videovigilancia antes comentado, sino, sobre todo, por las desarrolladas en materia de inmigración. La Administración está facultada para privar cautelarmente de libertad a ciudadanos extranjeros con el fin de asegurar el procedimiento de su expulsión. Esta medida está prevista para aquellos supuestos en que pudiera proponerse la sanción de expulsión del territorio nacional, tal y como se contempla en el art. 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El art. 62.2 del mismo texto legal, tal y como queda redactado por la reciente reforma –efectuada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre–, establece que “el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente,

consumidores y usuarios de Andalucía, ordenando la creación por vía reglamentaria de un registro unificado de infractores en la materia; en materia de animales potencialmente peligrosos: véase Orden 1141/2004, de 30 de diciembre, de la Consejería de Economía e Innovación tecnológica de la Comunidad de Madrid.

³⁶ Así, por ejemplo, el art. 6.2 del Reglamento de Organización y funcionamiento del registro de sanciones medioambientales de la Comunidad de Madrid, de 31 de mayo de 2006, dispone que tendrán acceso a los datos inscritos en el registro “los órganos del Área competente en materia de Medio Ambiente, así como los restantes servicios municipales que pudieran solicitarlo, para el ejercicio de funciones administrativas.”

³⁷ Véase <http://www.lukor.com/not-esp/nacional/0411/10122400.htm> (visitado el 26 de mayo de 2009).

siendo su duración máxima de sesenta días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.”

Este régimen supone un notable endurecimiento de la medida, que pasa de un máximo de cuarenta días a los sesenta actuales, sin ninguna explicación por parte del legislador, más allá del punitivismo que inspira la reforma.³⁸ Ello está en línea con la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, que autorizó una ampliación del periodo de internamiento cautelar que, a tenor del juego conjunto de los apartados 5 y 6 de su artículo 15, puede llegar al año y medio. La aprobación de la comentada Resolución ha constituido, como es evidente, una puerta abierta a las tentaciones securitarias del legislador. Al mismo tiempo, es una buena muestra de que las características del nuevo modelo están manifestándose también en el contexto europeo³⁹.

Finalmente, hay que mencionar la pretensión de lograr fines reeducadores prescindiendo de las cautelas habitualmente presentes en derecho penal. En un Estado social y democrático de derecho, el propósito resocializador debe constituir un derecho del delincuente o el infractor, un *ofrecimiento* y no una imposición⁴⁰. Este unánime presupuesto no es siempre respetado por el derecho administrativo sancionador en su reciente pero decidida apuesta por buscar la reeducación del infractor. Así ocurre ya, por ejemplo, en materia de tráfico, donde la única forma de evitar la inhabilitación perpetua para conducir ciclomotores o vehículos a motor pasa por que el infractor “consienta” en ser sensibilizado y reeducado⁴¹. Quizá tampoco conviene rasgarse las

³⁸ Además, se dará la paradójica situación de que la privación de libertad cautelar máxima prevista en caso de persona pendiente de extradición por la comisión de un delito –cuarenta días- será menor que la prevista para asegurar la expulsión de quien sólo ha cometido una infracción administrativa. Esto ya se advirtió durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Véanse en este sentido las enmiendas 68 y 69 al entonces Proyecto de Ley Orgánica, que además destacan la grave contradicción de un internamiento cautelar por más de cuarenta días con la STC 115/1987, en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_031-08.PDF

³⁹ De lo que es la muestra más evidente el caso de Italia. Véase la *Legge 15 luglio 94/2009* sobre *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, que crea un nuevo delito –por más que en la categoría de las contravenciones- de inmigración clandestina, castigado con la multa de 5.000 a 10.000 €. No se trata de la primera disposición que apuesta decididamente por la inocuización y el aislamiento social del inmigrante irregular. En el año 2008, mediante el decreto-ley sobre *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, se habilitó toda una batería de medidas represivas penales para impedir el arraigo social del inmigrante irregular. Entre las más significativas, hay que destacar la conminación con pena de prisión de tres meses a seis años a todo aquél que ceda a título oneroso un inmueble a un inmigrante irregular, con el consiguiente decomiso del inmueble, a no ser que perteneciera a persona distinta del autor del delito. Véase el art. 4 del decreto-ley comentado.

⁴⁰ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 34, 36-37.

⁴¹ De acuerdo con el art. 63.7 de la Ley de Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, reformado por Ley 17/2005, de 19 de julio: “El titular de una autorización para conducir, cuya pérdida de vigencia haya sido declarada como consecuencia de la pérdida total de los puntos asignados, podrá obtener nuevamente un permiso o licencia de conducción de la misma clase de la que era titular, transcurridos los plazos señalados en el apartado anterior, previa realización y superación con aprovechamiento de un curso de sensibilización y reeducación vial y posterior superación de las pruebas que reglamentariamente se determinen.

vestiduras ante previsiones como estas, en la medida en que todavía no alcanzan un grado de intromisión en la conciencia del infractor que pueda ser tenido por intolerable. Aunque sí hay que apuntar dos cosas: uno, es absurdo –por ineficaz– imponer forzosamente un tratamiento; dos, al margen de lo acertado o no de la reforma, lo que ha quedado claramente patente es la hasta ahora prácticamente inédita capacidad de la potestad sancionadora de la Administración para aspirar a fines resocializadores.

Hasta el comienzo de la década, el único supuesto en el que tal cosa ocurría era la suspensión de la sanción por infracciones relacionadas con el consumo de drogas prevista por el art. 25.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la seguridad ciudadana, si el infractor se sometía a un tratamiento de deshabituación⁴². Actualmente se han multiplicado las intervenciones administrativo-sancionadoras que buscan ofrecer sanciones alternativas a la multa con un contenido resocializador, aunque no la suspensión condicional de la sanción.

En este último sentido, destacan las mediáticamente caracterizadas como leyes *antibotellón* de las Comunidades Autónomas de Madrid y Valencia, que ya habían previsto, aunque con poco éxito, sanciones de trabajos en beneficio de la comunidad que, por más que, aunque a veces aparecen como sanciones principales, no tienen carácter forzoso.

De acuerdo con el art. 55.2 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos, en su versión originaria de 2002 – luego modificada en 2004–, el consumo de alcohol en la vía pública se considera infracción leve, y la sanción prevista consistía “en prestaciones en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del infractor, y se desarrollarán durante un número de sesiones previamente fijado, bien en beneficio de la colectividad o de personas que se encuentren en

El titular de una autorización, que haya perdido una parte del crédito inicial de puntos asignado, podrá optar a su recuperación parcial, hasta un máximo de cuatro puntos, por una sola vez cada dos años, realizando y superando con aprovechamiento un curso de sensibilización y reeducación vial, con la excepción de los conductores profesionales que podrán realizar el curso con frecuencia anual.” Según el apartado octavo del mismo artículo: “la duración de los cursos de sensibilización y reeducación vial será como máximo de 15 horas, cuando se realicen para la recuperación parcial de puntos, y como máximo de 30 horas, cuando se pretenda obtener un nuevo permiso o licencia de conducción” (cursivas mías). Véanse también las reformadas Disposiciones Adicionales 8ª y 13ª, así como el Anexo III que la Ley 17/2005 incorpora.

⁴² En concreto, según el art. 25 del mencionado texto legal: “1. Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo. 2. Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabituación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y tiempo que reglamentariamente se determine.” El desarrollo reglamentario de esta previsión se realizó por Real Decreto 1079/1993, de 2 de julio, sobre Remisión de las sanciones administrativas y seguimiento de los tratamientos de deshabituación. Para que la suspensión tenga efecto ha de tratarse de una sanción administrativa firme (art. 2.1) y que el infractor solicite la suspensión consintiendo libre y voluntariamente en someterse al tratamiento (art. 2.2). El tiempo de cumplimiento del tratamiento deberá ser el “indispensable” (art. 4.1), aunque no hay establecido un plazo máximo del mismo. Cumplido con éxito el tratamiento, la sanción o sanciones serán total o parcialmente remitidas (art. 5.2).

situación de precariedad por cualquier motivo. Se buscará preferentemente relacionar la naturaleza de la actividad en que consista esta medida con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el infractor. Si éste no prestase el consentimiento antes aludido, la medida de la prestación será sustituida por la multa correspondiente.” La sanción pecuniaria alternativa oscilaba entre los 300 y los 30.050 euros, en caso de que el infractor –por cierto, tanto si era mayor como menor de edad- se negara a cumplir la descrita prestación. Esta disposición no se llevó finalmente a la práctica, pues toda referencia a las prestaciones en beneficio de la comunidad desapareció tras una reforma efectuada por Ley 2/2004, de la Comunidad de Madrid, de 31 de mayo, de Medidas fiscales y administrativas.

También el Decreto legislativo 1/2003, de 1 de abril, del Consell de la Generalitat valenciana, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Drogodependencias y otros trastornos adictivos, plasma claros objetivos rehabilitadores. En este caso, las medidas de reeducación están previstas tan sólo para menores de edad como forma sustitutiva de la sanción pecuniaria (arts. 18.4.e) y 52.6), mediante la posibilidad de acudir a la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad.

En definitiva, la Administración pública española ha apostado decididamente por la búsqueda de fines resocializadores, y ello impone la adopción de cautelas frente a posibles extralimitaciones en el logro de dichos objetivos.

Sin embargo, es preciso reconocer que, precisamente en el ámbito local, se está produciendo, en apariencia, un positivo aprovechamiento de las posibilidades que ofrece la resocialización desde el punto de vista democrático, esto es, como ofrecimiento al infractor. Es creciente el número de ordenanzas municipales publicadas en los últimos años que se llaman a sí mismas *ordenanzas de resocialización*, predominante, aunque no exclusivamente, centradas en infractores de entre 14 y 30 años, que ofrecen una alternativa en forma de trabajos en beneficio de la comunidad a la sanción pecuniaria en muy diversas materias. En todas ellas se sigue en mayor o menor medida las directrices del código penal, y suele traerse a colación la traslación del fin resocializador del art. 25.2 de la Constitución Española al derecho administrativo sancionador. En función del caso, la alternativa puede estar restringida específicamente a determinados sectores de infracciones como el tráfico o el medio ambiente, aunque suelen dejarse fuera los ámbitos urbanístico y fiscal. El método de cómputo sustitutivo consiste siempre en un día de trabajo por 30 € de sanción⁴³. Se

⁴³ Véanse, por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, Ordenanza Municipal de educación y resocialización mediante la ejecución alternativa de sanciones económicas a través del trabajo en beneficio de la comunidad de Motril, que se aplica, trayendo a colación los criterios presentes en el mismo código penal, a prácticamente cualquier infracción municipal, incluidas las de tráfico, salvo en supuestos de urbanismo, fiscal, multirreincidencia y las infracciones muy graves tipificadas en el art. 65.5º de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (art. 3). En principio es aplicable a cualquier tipo de infractor (menor o adulto); Ordenanza Municipal para la conmutación de sanciones económicas administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad de Chipiona, de 11 de marzo de 2008; Ordenanza Municipal de resocialización del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda de 2007; Ordenanza Municipal de educación y resocialización de Jerez; Ordenanza Municipal, de 5 de febrero de 2009, de educación y resocialización de Villamartín; Ordenanza Municipal de educación y resocialización de Cieza.

trata en todo caso de una modalidad de cumplimiento de la sanción completamente voluntaria, a fin de evitar la correspondiente multa administrativa⁴⁴. Además, está en condiciones de ofrecer mayores ventajas en términos preventivos que una sanción pecuniaria, que cuenta en general con poco éxito para cumplir cualesquiera fines asignados a la misma.

Por ello, creo que este es el camino a seguir, por más que estén aún por verificar las condiciones reales de su funcionamiento⁴⁵. Permite formular, pese a las necesarias suspicacias, un pronóstico optimista sobre la implantación del ideal resocializador en el derecho administrativo sancionador, un proceso ya sin marcha atrás.

4. Validez explicativa del modelo penal de la seguridad ciudadana en el ámbito del derecho administrativo sancionador y líneas de actuación

En el epígrafe precedente se ha hecho un recorrido por las recientes iniciativas legislativas que podrían poner de relieve las primeras filtraciones del modelo penal de la seguridad ciudadana en la potestad sancionadora de la Administración. ¿Son todas ellas realmente sintomáticas de la tesis expuesta? Se trata de una cuestión opinable. Es cierto que algunas de las características apuntadas podrían obedecer a otras causas, no todas ellas necesariamente abarcadas por el citado modelo de intervención punitivo. Así, la elaboración de registros de antecedentes por infracciones administrativas lleva ya tiempo implantada en algunos países de nuestro entorno⁴⁶. Sin embargo, creo que pueden despertarse fundadas reservas ante el énfasis con que los diferentes legisladores autonómicos se vuelcan en este momento en la búsqueda de efectos estigmatizantes. Asimismo, hemos comprobado que en alguna ocasión dichos efectos son buscados de forma directa por el legislador, sin las restricciones al acceso de datos que imponen los registros de infractores. En cuanto a las técnicas forzosas de reinserción, se constata que todavía no revisten una importancia en términos cualitativos o cuantitativos que las relacione suficientemente con la puesta en marcha de un modelo administrativo securitario. El ejemplo de la legislación de tráfico, aunque significativo, es el único en el que se ha hecho un uso indebido de instrumentos de reeducación.

⁴⁴ Es por ello que este tipo de iniciativas han recibido el calificativo de *planes quitamultas*. Quizá esa caracterización también se deba a que la motivación de algunas de las ordenanzas citadas hacen referencia a la conveniencia de que en tiempos de crisis económica se posibilite al infractor una alternativa a la sanción pecuniaria. Desde el punto de vista preventivo especial, me parece una afirmación muy desafortunada, en la medida en que trivializa el objetivo de la reinserción social.

⁴⁵ Según el Ayuntamiento de Jerez, en dos años de vigencia de su ordenanza de resocialización, “más de trescientos jóvenes han pasado por el plan en este tiempo. Un porcentaje muy importante ha cumplido todo el proceso reglado, por lo que han conocido pormenorizadamente las normas que han incumplido y las consecuencias negativas que se derivan de su comportamiento.” (<http://www.jerez.es/index.php?id=830> visitado el 10 de noviembre de 2009).

⁴⁶ Sobre la presencia de estos elementos estigmatizantes en derecho comparado, véase ya GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, 1989, p. 67, en nota.

Sin embargo, los restantes aspectos apuntados, es decir: el protagonismo del orden público y la seguridad ciudadana en el ámbito sancionador de la administración, así como la agravación de medidas cautelares administrativas que implican importantes recortes en el ejercicio de derechos fundamentales se amoldan, a mi juicio en perfecta sintonía, a este nuevo paradigma de intervención, sin que contemos con otras explicaciones plausibles al fenómeno, ni tampoco con precedentes significativos en nuestra actual democracia. Cabe concluir, por todo ello, que se mueven todas ellas en el mismo contexto. Ello es predicable especialmente de las intervenciones administrativo-sancionadoras en el ámbito de la seguridad ciudadana. Se trata, si se quiere ver así, de un apéndice de las políticas penales o parapenales que basan su éxito en lograr la *tranquilidad en la calle*. En el fondo, se están promoviendo preocupantes actitudes, no diría de *tolerancia cero*, pero sí desde luego de *tolerancia poca*, basadas en las dos primeras características que definen el modelo aquí aplicado: el predominio de la delincuencia clásica y el sentimiento de inseguridad ciudadana. En definitiva, y como apunta MEDINA, “la presencia de adolescentes ruidosos bebiendo cerveza en la calle o sombríos edificios abandonados pueden incrementar la percepción de riesgo de los viandantes y, seguidamente, incrementar su nivel de miedo al delito.” Se trata, si se me permite la expresión, de arreglar los *cristales rotos* mediante un uso ilegítimo del derecho administrativo sancionador⁴⁷.

Aunque con carácter general no puede hablarse con propiedad de una irrupción del modelo securitario en el derecho administrativo sancionador, sí que me parece apropiado calificar las últimas reformas en materia sancionatoria como la avanzadilla de un modelo securitario que podría quedar definitivamente implantado también en la esfera punitiva de la Administración pública en un futuro no muy remoto. Distinta es la conclusión por lo que respecta al ámbito local. En este caso me atrevería a decir que el modelo de la seguridad ciudadana está ya plenamente vigente, al menos en no pocas grandes capitales de España, convirtiéndose la intervención administrativo-sancionadora, más que en una manifestación en sede administrativa del modelo citado, en un engranaje importantísimo del propio modelo penal de la seguridad ciudadana pues, como es evidente, dicho modelo no se restringe al derecho penal, la administración de justicia penal y la política criminal penitenciaria, sino que implica asimismo la incorporación de ciertos ámbitos extrapenales para asegurar su éxito (en general, las prácticas de control policiales o, en este caso, de los entes locales, que se definen como de *tolerancia cero*).

En cualquier caso, y ante ese panorama, cabe reclamar con énfasis la observancia de principios estructurales de intervención del derecho punitivo –en suma, de legitimación del *ius puniendi*– que han dejado de tener una atención privilegiada en las instancias legislativas, tanto del sector penal como del administrativo sancionador. De entre todos ellos, quizá el más destacable ahora sea el de lesividad⁴⁸. Dicho principio reclama la intervención punitiva del Estado tan sólo en

⁴⁷ Véase MEDINA, *RECPC*, 2003, p. 4, donde se relaciona asimismo ese contexto de miedo al delito con la *teoría de los cristales rotos* de WILSON y KELLING.

⁴⁸ La necesidad de observar dicho principio también en el derecho administrativo sancionador es defendida con rotundidad por REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, 1989, p. 632, y SUAY HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pp. 123-174, pp. 139, 168-169.

aquellos casos en los que se aprecie un daño externo constatable a la convivencia⁴⁹, lo que hemos visto está lejos de suceder en algunas de las estudiadas iniciativas legislativas y normativas. Conforme a este criterio, podría tener lugar un replanteamiento de las condiciones en que se prohíbe y sanciona el consumo de bebidas alcohólicas. Así, por ejemplo, se podría limitar la intervención del *ius puniendi* administrativo tan sólo a aquellos casos en los que se constatará un problema de salud pública o de negativo impacto acústico en zonas de viviendas, sin que la sanción del consumo fuera generalizada. Del mismo modo, deberían quedar fuera del ámbito sancionador de la administración las conductas conflictivas cuya solución puede dejarse a la libre interacción ciudadana, pareciendo más adecuado el control social informal, acompañado, en los casos procedentes, de políticas públicas integradoras. Tal es el caso de la prostitución, la mendicidad, la venta callejera u otras conductas maleducadas, como escupir o gritar, por ejemplo. Con mayor motivo, resultará contrario al principio de lesividad la prohibición de comportamientos que ni siquiera son asociales: dormir en la vía pública, compraventa de alcohol en horario nocturno, etc.

En segundo lugar, también debería apostarse por una versión de la reinserción social plenamente acorde con las exigencias de un Estado social y democrático de derecho, lo que redimensionaría su papel en el derecho administrativo desde una imposición a un ofrecimiento. No obstante, hay que matizar la crítica en este ámbito, pues no creo que hayamos llegado todavía a extremos preocupantes. Además, es sorprendente que en el ámbito más dado en principio a intervenciones ilegítimas, es decir, en el nivel local, es donde la reinserción social se está configurando de forma acorde a la Constitución.

Adicionalmente, se debería poner freno al ejercicio desembarazado de potestades legislativas sancionadoras que está teniendo lugar en el ámbito de la Administración local. No creo que en el contexto presente sea realista hacer un llamamiento al principio de reserva de ley vigente –sólo teóricamente, pese a su rango constitucional⁵⁰– en el derecho administrativo sancionador para cuestionar la legitimidad de la potestad sancionadora de los entes locales. Pero sí se podrían imponer determinados requisitos de control, a fin de evitar extralimitaciones como las que se han puesto de manifiesto. Aunque no es este el lugar para profundizar en ellos, quizá una primera iniciativa en este sentido haya de tomarse de la Constitución de 1812 que, sin impedir la potestad

⁴⁹ Se puede decir, con DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2003, p. 138, que no hay lesividad en dos supuestos: en primer lugar, si se trata de conductas que no afectan los planes individuales ajenos; en segundo lugar, si estamos ante conductas que, aún incidiendo en tales planes de vida, se estima que tales incidencias son inherentes a la interacción social y no exigen ningún tipo de reacción. Esto último puede deberse también a la actitud de tolerancia social sin reacción punitiva que se presente ante una conducta socialmente dañosa –hoy no demasiado abundante–. Alude a ello también PALAZZO, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 453-482, pp. 479-480. Una formulación negativa de la lesividad muy similar puede verse ya en MILL, *Sobre la libertad*, 2007, pp. 70-72.

⁵⁰ De acuerdo con el art. 25.1 de la Constitución Española de 1978 “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.” Sobre las contradicciones entre teoría y práctica del principio de reserva legal en materia administrativo-sancionadora, véase extensamente NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2005, pp. 251 y ss.

normativa de los entes locales para elaborar sus ordenanzas municipales, exigía que fueran presentadas a las Cortes para su aprobación⁵¹. Esta opción no es pacífica, puesto que, por más que suponga un filtro experto en el control de racionalidad de las ordenanzas, abre con toda su viveza el debate sobre el alcance de la descentralización de la Administración y la autonomía local que proclama el art. 140 de la Constitución Española. Al margen de ello, y con independencia de si el control de racionalidad se establece en órganos estatales o autonómicos, deberían arbitrarse medidas de técnica legislativa y de asesoramiento experto, por ejemplo en forma de informes preceptivos, en propia sede local.

5. Bibliografía citada

Luis ARROYO ZAPATERO (1997), "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal*, 1, pp. 1-15.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2003), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2004), "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2005), "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS y Ana Isabel CEREZO DOMÍNGEZ (2009), "La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras. Regulación jurídica y eficacia", *Política Criminal*, 7, p. 25.

José GARBERÍ LLOBREGAT (1989), *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid.

Ramón GARCÍA ALBERO (2000), "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos" en Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Fermín MORALES PRATS, *El Nuevo Derecho Penal Económico. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, pp. 295 a 400.

Ramón GARCÍA ALBERO (2007), "La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9-11.

Elisa GARCÍA ESPAÑA y Fátima PÉREZ JIMÉNEZ (2004), *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: análisis e interpretación de las estadísticas oficiales. Informe del Observatorio de la*

⁵¹ Art. 321, Octavo de la Constitución de 1812. Sobre ello véase RANDO CASERMEIRO, *RDPC*, 2003, pp. 141-190, p. 145.

Delincuencia en Andalucía 2004, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, sección de Málaga y Fundación el Monte.

Octavio GARCÍA PÉREZ (2005), "La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores", *Cuadernos de derecho judicial*, 25, pp. 397-438.

Manuel GÓMEZ TOMILLO (2007), *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona.

Elena GÓRRIZ ROYO (2004), "Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades", en Juan María TERRADILLOS BASOCO y María ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, pp. 339-346.

Luís GRACIA MARTÍN (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Winfried HASSEMER (2003), "Viejo y nuevo derecho penal" en Winfried HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. Francisco MUÑOZ CONDE y M^a del Mar DÍAZ PITA, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 39-78.

Winfried HASSEMER y Francisco MUÑOZ CONDE (1995), *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Günther JAKOBS y Manuel CANCIO MELIÁ (2006), *Derecho penal del enemigo*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra.

María José JIMÉNEZ DÍAZ (2006), *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Dykinson, Madrid.

Lothar KUHLEN (1994), "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 347-367.

Patricia LAURENZO COPELLO (2003), "Recensión a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal, 2^a ed.", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, pp. 441-456.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)" en José Luis Díez RIPOLLÉS, Carlos María ROMEO CASABONA, Luis GRACIA MARTÍN, Juan Felipe HIGUERA GUIMERA (edit.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 395-421.

Juanjo MEDINA (2003) "Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05.

Blanca MENDOZA BUERGO (2001), *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid.

John Stuart MILL (2007), *Sobre la libertad*, Trad. Pablo de Azcárate, 1ª ed., 8ª reimp., Alianza Editorial, Madrid.

Santiago MIR PUIG (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª ed., Bosch, Barcelona.

Fernando NAVARRO CARDOSO (2001), *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, Colex, Las Palmas de Gran Canaria.

Alejandro NIETO (2005), *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid.

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (2002), "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal" en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luís Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá, (edit.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 1113-1149.

Francesco PALAZZO (1992), "I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione" en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2.

Miguel POLAINO NAVARRETE (1989), "Derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador" en *Revista Jurídica de Castilla-la Mancha* 7, pp. 55-79.

Miguel POLAINO ORTS (2009), *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límite de vigencia*, Bosch, Barcelona.

Pablo RANDO CASERMEIRO (2003), "La evolución de la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador en la España del siglo XIX y principios del XX", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, pp. 141-190.

Manuel REBOLLO PUIG (1989), *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas. Serie Administración del Estado, Madrid.

Bernd SCHÜNEMANN (1995), "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft" en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 201-229.

Alfonso SERRANO GÓMEZ, (dir.) y Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ (coord.) (2007), *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y en la Unión Europea*, Edisofer, Madrid.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2001), *La expansión del derecho penal*. 2ª ed., Civitas, Madrid.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (1998), “¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir de los ejemplos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español” *Actualidad Penal*, 23, pp. 435-449.

Celia SUAY HERNÁNDEZ (1997), “Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, (Ejemplar dedicado a *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador* 11, pp. 123-174.