



Derecho penal económico y Constitución

Luis Arroyo Zapatero

*Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Castilla-La Mancha*

Introducción

Cuando se inquiere al penalista sobre la relación entre Derecho penal y Constitución se le formula una pregunta que hace referencia esencialmente a la legitimidad y a los límites del “ius puniendi”. Al menos, en la doctrina española, es indiscutido que de la Norma fundamental se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o asignación de la responsabilidad penal e, igualmente, en el fin de la pena¹.

Los principios constitucionales que afectan a los procesos legislativos de incriminación son especialmente importantes en momentos históricos como el que vivimos. Una de las señas de identidad de la PE del CP español de 1995 es, precisamente, la de crear nuevas figuras delictivas encaminadas a la tutela de intereses que, en su mayoría y por lo que se refiere al Derecho penal económico, sólo encontraban protección en ese Derecho penal de “segunda división” que es el Derecho sancionador administrativo. Los criterios que han de guiar al legislador para ascender de categoría un bien jurídico o una modalidad de agresión al mismo derivan de lo que en su día denominé el Programa penal de la Constitución. Principalmente de la relevancia constitucional del interés y del acomodo de la intervención a las exigencias que el principio de proporcionalidad impone al Derecho penal: idoneidad, necesidad (*ultima ratio*) y proporcionalidad en sentido estricto (fragmentariedad).

Pero las cuestiones con relevancia constitucional, al menos por lo que se refiere al Derecho penal económico, no acaban aquí. La tutela de los bienes jurídicos a que da lugar el desarrollo social y el castigo de nuevas formas de ataques a intereses tradicionales han de realizarse a partir de un

conjunto de reglas y principios de imputación elaborados sobre la imagen de un Derecho penal dedicado esencialmente a tutelar la vida, la salud, la libertad y el patrimonio frente a agresiones y modalidades de conducta que eran las únicas existentes en el siglo XIX y en buena parte del actual. Esta situación da lugar a lo que podríamos denominar “problemas de adaptación” del Derecho penal económico. Y marca una de las tareas más importantes a realizar por la actual Dogmática penal: adaptar las instituciones tradicionales de imputación objetiva y subjetiva sin afectar el marco de garantías que se desprenden de principios constitucionales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia o principio de personalidad de la pena.

La legitimidad del “moderno” Derecho penal económico pende, por tanto, de su acomodo a los principios del Programa penal constitucional. En este contexto es en el que deben discutirse las críticas que voces relevantes y autorizadas recientemente le formulan, advirtiendo cómo el desarrollo de este nuevo Derecho penal puede acabar minando los cimientos garantistas sobre los que fue construido el “viejo”².

I. Relevancia constitucional y comunitaria de los bienes jurídicos

La primera condición de legitimidad de una infracción penal es que se dirija a la tutela de un bien jurídico. El mal que se causa a través de la imposición de una pena sólo resulta conforme con el principio de proporcionalidad si con ello se trata de tutelar un interés esencial para el ciudadano o la vida en comunidad. En su día mantuve, siguiendo a RUDOLPHI, que la determinación de

1. Para un cuadro general de las relaciones entre Derecho penal y Constitución, BERDUGO/ARROYO y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. 1996, p. 33-58.

2. Vid. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia. 1995, p. 15 y ss.

cuándo un interés es esencial debe hacerse atendiendo a la importancia del mismo en el modelo de convivencia, de sociedad, que consagra la Constitución. Por lo que no sólo es necesaria la relevancia constitucional del bien, sino además, tal como propone la corriente funcionalista, éste debe ser necesario para el mantenimiento de un determinado sistema social. En este modelo la referencia a la Constitución sirve para evitar el enfoque meramente tecnológico del funcionalismo, en el cual están ausentes los juicios de valor³.

En estas coordenadas el denominado orden económico constitucional, que contiene las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, es la cantera a la que se acude normalmente para buscar la relevancia constitucional de los bienes jurídicos incardinados en el Derecho penal económico⁴. Asimismo y ante el imparable proceso de integración europea debe tenerse en cuenta que el orden económico no es determinado exclusivamente por el derecho nacional, sino también por el comunitario. Sobre este aspecto no me es posible, sin embargo, detenerme pormenorizadamente, y únicamente deseo apuntar brevemente la siguiente reflexión: la legitimidad de la protección de un bien jurídico puede provenir tanto de su referencia constitucional interna, como de su referencia en el marco del ordenamiento supranacional⁵.

Expresándolo sintéticamente: del orden constitucional interno y del comunitario se desprende, la obligación de tutelar al individuo en sus posiciones concretas en la vida social, en su faceta de trabajador, consumidor, ahorrador, inversor o en su medio ambiente. E igualmente, la necesidad de que el Estado actúe como un poder financiero, de recaudación y aplicación de recursos, y que intervenga regulando el marco jurídico para la actuación de los poderes económicos. El Derecho penal, por tanto, de acuerdo con las pautas del modelo económico tendría legitimidad para garantizar: a) la capacidad de intervención financiera del Estado, frente a la disminución fraudulenta de sus ingresos fiscales y de seguridad social y a la obtención y disfrute fraudulento de sus subvenciones y

prestaciones; b) las reglas de comportamiento de los agentes económicos en el mercado establecidas por disposiciones legales; c) los bienes y derechos específicos de la participación de los individuos como agentes de la vida económica⁶.

La mayoría de los intereses que se desprenden del orden económico constitucional tienen naturaleza supraindividual o colectiva. La protección de este tipo de bienes jurídicos, legítima o no, no es nada nuevo para el Derecho penal. Los Códigos del XIX protegían intereses colectivos: la moral pública, las buenas costumbres, la religión, etc. Y, en cierto modo, el propio concepto de bien jurídico, en su primera formulación de BIRNBAUM, surge en buena medida con el fin de legitimar tipos penales que no podían ser referidos a derechos subjetivos, tal como proponía el planteamiento ilustrado⁷.

En cualquier caso, hoy nadie pone en duda que el Derecho penal no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la autorrealización del individuo⁸. Existe igualmente acuerdo en que la tutela de estos nuevos bienes jurídicos debe realizarse respetando el carácter fragmentario y secundario del Derecho penal. Para lo cual se ha interesado destacar el carácter personalista de tales intereses, que obliga a encontrar una necesidad individual en el origen de todo bien penalmente tutelable⁹. De este modo, no creo que puedan tacharse de ilegítimos bienes jurídicos como la salud pública o determinados intereses del consumidor y la salud del trabajador en cuanto que constituyen una abstracción conceptual para hacer referencia a un conjunto de intereses individuales, destacando el carácter colectivo del ataque. Pero tampoco aquellos que representan los pilares centrales del orden económico constitucional¹⁰.

Piénsese, en este sentido, en la referencia eminentemente individual que actualmente tienen bienes jurídicos supraindividuales y sin referente individual como la competencia. Su protección no sólo persigue la tutela en abstracto de uno de los pilares básicos del orden económico constitucio-

3. Cfr. ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución*, RJCM, 1987, p. 97 y ss.

4. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, *Marco constitucional del Derecho penal económico*, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I. Madrid. 1982, p. 233 y ss.

5. Ampliamente NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*. Barcelona. 1996.

6. Cfr. ARROYO ZAPATERO, *Delitos socio-económicos*, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Estudios de derecho judicial, 1996, p. 362.

7. Cfr. FIANDACA/MUSCÓ, *Diritto penale*. PG. 1989. p. 23

8. En este sentido también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 42.

9. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del medio ambiente y Accesoriadad Administrativa*. Barcelona. 1996, p. 41 y ss.

10. Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS/PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Valencia. 1995, p. 38-39.

nal y comunitario. La actual noción de competencia social incluye entre sus referentes la protección de consumidores, trabajadores y, en general, de los agentes económicos con posiciones más débiles¹¹.

A tenor de lo que acaba de decirse, podría pensarse que la intervención penal del legislador en este ámbito no presenta problemas particulares de legitimación. Sin embargo, no es así. La relevancia constitucional —o comunitaria— de un bien no supone un auténtico límite para el legislador. A diferencia de lo que ocurre con bienes como la vida, la libertad o la integridad física, cuyos contornos sólo de forma muy limitada fija el legislador, éste adquiere una competencia decisiva en orden a configurar los intereses supraindividuales económicos. El amplio margen de libertad tiene una clara explicación.

Las constituciones que, en lo económico, pretenden sintetizar los postulados del Estado social y del Estado liberal de Derecho han de resolver la tensión entre las tendencias interventoras del Estado Social y los derechos económicos liberales clásicos, propiedad y libertad de empresa. Ello se plasma en el concepto de economía mixta de mercado, pero también en lo que se denomina “neutralidad” económica de la Constitución. Expresión con la que se hace referencia a que el legislador ordinario, dentro de límites muy generales, es el competente para determinar el concreto orden económico.

Como puede apreciarse, en el campo del Derecho penal económico la referencia constitucional del bien jurídico limita bien poco al legislador pues es él mismo quien acaba por configurarlo. Es lo que TIEDEMANN¹² ha denominado doble competencia del legislador, en cuanto que tiene capacidad para establecer penas para la protección de un determinado interés y, además, competencia para definir en su totalidad cual sea la importancia y la configuración de ese concreto interés. Todo ello hace pensar en el peligro de que el Derecho penal sea utilizado por el Estado como medida de apoyo a una concreta política de gobierno, con el fin no de tutelar un auténtico bien jurídico sino de reforzar la vigencia de normas que el previamente ha creado¹³. Esta situación se quería describir cuando se resaltaba el carácter “artificial” de los

delitos económicos, contrapuesto a la idea de “delito natural”, donde la determinación del valor a proteger no queda de forma tan patente en manos del legislador.

Estas ideas, quizá demasiado abstractas, pueden ser ilustradas si se piensa en la evolución seguida por determinados delitos. El ejemplo más paradigmático de “artificialidad” son probablemente los delitos monetarios. Desde 1932 nuestra legislación castiga severamente a quien decidía sin obtener la oportuna autorización exportar capitales. Los delitos monetarios y la severidad de sus penas son expresión de una concreta concepción económica, que consideraba necesario un estricto régimen de control de cambios, con el fin de que la necesidad generalizada de intercambios comerciales no pusiera en peligro el control de la balanza de pagos, ni determinados sectores vulnerables de la economía¹⁴. En la actualidad, por el contrario, la existencia de un estricto régimen de control de cambios ha dejado de ser un instrumento valorado por el legislador en el diseño de su política económica, como consecuencia de nuestra integración en la Comunidad Europea y del proceso de liberalización de la circulación de capitales que ésta emprende a finales de los años ochenta (Directiva 88/361/CEE). Lo que antes se entendía como beneficioso resulta ser ahora disfuncional al desarrollo económico. De este modo la pervivencia de estas infracciones, al menos en el marco del Derecho penal, carece de sentido en cuanto que ahora la única finalidad de un sistema de control de cambios es la de evitar otros delitos, principalmente, el delito fiscal o el blanqueo de capitales¹⁵. Igualmente, para ilustrar la idea de “artificialidad” y mutabilidad de los intereses protegidos por algunos delitos económicos, podría traerse a colación lo ocurrido con determinadas infracciones de contrabando, donde se ha pasado de tutelar un régimen de monopolio estatal a proteger, principalmente, intereses fiscales o los delitos destinados a proteger un sistema de precios fijados por la Administración, que han dejado de tener sentido en un nuevo orden económico donde es la libre competencia la que se encarga de determinar los precios de los productos.

Ahora bien, esta relajación de la función de límite del bien jurídico de ningún modo niega ra-

11. Vid. TIEDEMANN, *Presente y futuro del Derecho penal económico*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid. 1995, p. 34; NIETO MARTÍN, *Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia*, en *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Arroyo/Tiedemann. Cuenca. 1994, p. 113.

12. *Lecciones de Derecho penal económico*. Barcelona. 1992.

13. Cfr. SILVA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona. 1992, p. 291.

14. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid. 1993, p. 649, 651.

15. *Sobre la evolución en los últimos tiempos de los delitos monetarios*, CALDERÓN CEREZO, *Delitos monetarios ¿Punto y final?*, AP n.º 17/22-28 de abril 1996.

dicalmente legitimidad a la intervención del Derecho penal. Simplemente a lo que obliga es a estar atentos y, sobre todo, a incrementar el papel del resto de los principios constitucionales que limitan el Derecho penal, especialmente el de fragmentariedad¹⁶.

II. Principio de proporcionalidad

Conjuntamente con la noción de bien jurídico, el principio de proporcionalidad formula una serie de preguntas decisivas para la legitimidad de toda intervención penal. Este principio que puede derivarse ya del concepto de Estado de Derecho, requiere que cualquier intervención del legislador o de la Administración sobre los derechos del ciudadano ha de tener como finalidad aumentar el bienestar común. En la actualidad el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁷.

A) IDONEIDAD

Al principio de idoneidad nos referimos los penalistas desde MAYER con la expresión *capacidad de protección penal*. La tipificación de una conducta resulta inadecuada cuando de ella no se va a obtener protección alguna del bien jurídico o, más aún, cuando su tipificación va a ocasionar más daño que beneficios. Como es conocido, una de las críticas más frecuentes contra diversas figuras del Derecho penal económico es precisamente su falta de eficacia, que conduce a consecuencias arbitrarias e injustas¹⁸. Debe reconocerse, en este sentido, que figuras de reciente creación como el fraude de subvenciones apenas si tienen relevancia en la praxis judicial. E igualmente, algunos autores dudan de la idoneidad del delito publicitario para tutelar el derecho a una información veraz¹⁹. Para describir las funciones que cumplen estas figuras se acude frecuentemente a la noción de Derecho penal simbólico.

Por Derecho penal simbólico se entiende aquel que es utilizado exclusivamente con fines de pedagogía social, al objeto de sensibilizar a la población acerca de la importancia de un determinado bien o simplemente con la pretensión de tranquilizar las conciencias de políticos y electores. Los

primeros tendrían la sensación de haber hecho algo y los segundos la impresión de que todo está bajo control. Lo problemático, tal como ha indicado HASSEMER, no es la función simbólica en sí, en cuanto que ésta es común a todas las leyes, sean eficaces o no, sino elevar lo simbólico a la categoría de función exclusiva²⁰. Evidentemente en este caso la incriminación no está legitimada desde el punto de vista del principio de idoneidad, entre otras cosas porque a largo plazo acabará degradando la confianza que los ciudadanos tienen depositada en la función protectora de bienes jurídicos que se asigna al Derecho penal²¹.

La falta de eficacia del Derecho penal económico ha dado lugar básicamente a dos tipos de posiciones: para la primera, este déficit se debe a que las leyes sólo se aplican tibiamente o existe algún defecto en la represión que provoca su falta de aplicación. La segunda considera por el contrario que "los déficits son el resultado de problemas estructurales que no sólo se solucionan con un empleo más enérgico de los instrumentos jurídico penales, sino que se agudizan." Y muestran "hasta qué punto el Derecho penal se utiliza en sectores que no son los suyos, haciéndole cumplir unas funciones que les son extrañas"²².

Saber en qué medida es eficaz una prohibición penal resulta una cuestión que es difícil de constatar desde un punto de vista empírico. Entre otras cosas, porque casi siempre se parte de un hecho dado: que la prohibición penal existe. Pero en cualquier caso, no creo conveniente ser pesimista en relación a la eficacia del Derecho penal económico, con independencia de que pueda existir algún tipo penal inadecuado, hecho que en su caso invalidaría el tipo en cuestión, pero que no legitimaría una crítica al Derecho penal económico en su conjunto. Para ello baste pensar en la evolución de la aplicación práctica de algunos tipos penales como el delito fiscal o del propio delito contra el medio ambiente, figuras cuya aplicación va incrementándose paulatinamente. La ineficacia de algunos tipos penales durante los primeros momentos de vida se debe probablemente a que aún no han calado en la sensibilidad social, hecho que tiene lugar de modo progresivo. La experiencia demuestra, que si bien en un primer tiempo estos delitos cumplen una función simbólica, a los pocos años de vigencia desempeñan eficazmente su función preventiva. Igualmente podría repararse

16. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 292.

17. Vid. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia. 1995, p. 204 y ss.

18. En este sentido HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 32.

19. VALLE MUÑOZ, en *Comentarios a la PE del Derecho penal*. Pamplona. 1996, p. 633 y ss.

20. HASSEMER, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, p. 23 y ss.

21. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 306-307.

22. Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 32-33.

en que recientemente se asiste también a demandas de criminalización, protagonizadas por personas de la misma posición social que la de los propios autores o delincuentes económicos. Singularmente este ha sido el caso del delito de información privilegiada.

B) NECESIDAD

El principio de necesidad de la medida restrictiva implica que el legislador está obligado a elegir de entre las diversas medidas que tiene a su alcance para lograr un determinado fin, la menos gravosa para el ciudadano. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es lo que conocemos con el nombre de *ultima ratio* o subsidiariedad. Por descontado que también el Derecho penal económico debe respetar estas exigencias como condición de legitimidad, que se desprende de la Constitución.

Sin embargo, y a tenor de las críticas que en ocasiones se dirigen contra él, es preciso reflexionar más detenidamente sobre dos aspectos: a) la disyuntiva entre incremento de los medios preventivos y represivos, b) lo que podríamos denominar la huida del Derecho penal hacía sanciones más gravosas y temidas que las penales²³.

Cuando se propone que determinadas incriminaciones penales sean sustituidas por medios preventivos menos gravosos situados en el Derecho administrativo o civil, debe previamente contestarse a una pregunta obvia: ¿para quién han de ser menos gravosos?, ¿para el concreto ciudadano que va a ser sancionado o para el total de la comunidad? Contestar a esta pregunta me parece de vital importancia para solventar la tensión entre el incremento de medios preventivos o de la represión.

El Estado, con el fin de prevenir delitos, podría arbitrar medidas casi ilimitadas que desde el punto de vista del que va a ser castigado podrían ser consideradas como menos gravosas. Así, por ejemplo, para prevenir el fraude fiscal podría incrementar la presión fiscal formal sobre todos los ciudadanos, creando múltiples obligaciones contables y abolir absolutamente el secreto bancario; o para que no hubiera lugar a conductas de admi-

nistración desleal de sociedades podría establecer mecanismos de control externos a la propia sociedad, encargando a la administración que examine la legalidad de los diversos acuerdos que adopta el Consejo de administración. Desde la perspectiva del sujeto que va a ser sancionado, todo ello puede ser considerado como menos gravoso que la pena a imponer.

Sin embargo, considero que la evaluación de si existen medios menos gravosos a la pena ha de considerarse necesariamente desde una perspectiva colectiva. Y desde este punto de vista el incremento hasta límites insospechados de las medidas de prevención o de los controles supone una limitación más importante para la libertad de los ciudadanos que la hipotética amenaza de pena. Por no mencionar los mayores costes económicos que seguramente acarrearía poner en marcha mecanismos preventivos alternativos al Derecho penal como los descritos. De este modo, para comprobar si una incriminación es conforme con el principio de *ultima ratio*, lo que debe ponderarse es si la sola amenaza de pena consigue evitar conductas lesivas para un bien jurídico, con un coste menor para la libertad de los ciudadanos que la creación de medios preventivos alternativos al Derecho penal. Si este punto de vista es correcto, no cabe duda que las medidas preventivas no penales, lo que HASSEMER ha denominado el "Derecho de intervención", tiene también sus límites²⁴, derivados del principio de proporcionalidad penal.

Y todo ello, dejando de lado una cuestión estrechamente emparentada con lo anterior: que la eficacia de este Derecho preventivo debería asegurarse en última instancia con un ulterior aparato sancionador. Tener presente esta circunstancia resulta, en mi opinión, imprescindible a la hora de entender delitos como el previsto en el artículo 294 del CP, que tutela a los órganos de vigilancia externos que se han creado en distintos sectores con el fin de tutelar *ex ante* a ahorradores, inversores o beneficiarios de un seguro²⁵. De este tipo se puede criticar el que no haya sabido escoger las conductas verdaderamente graves, con el fin de delimitar su ámbito de actuación en relación a las múltiples infracciones administrativas que castigaban conductas semejantes, pero no que viole fron-

23. Estas reflexiones surgen a partir de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 43 y ss. Ambos autores proponen la creación de un Derecho de intervención, que sustituya en gran medida al Derecho penal en la protección de algunos nuevos bienes jurídicos, que imponen la modernización social. "Hay muchos ámbitos -indican-, como el de las infracciones administrativas, el Derecho civil, el Derecho público, pero también el propio mercado y el cuidado de la víctima, en los que muchos de los problemas que se han medido en el moderno Derecho penal, podrían ser resueltos de un modo mucho más satisfactorio. Quizá sería recomendable regular en un "Derecho de intervención" los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno Derecho penal. Este "Derecho de intervención" estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran ponerse a los individuos".

24. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 46.

25. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*. Valencia. 1996, p. 513 y ss.

talmente el principio de *ultima ratio*. Pues, precisamente, surge como colofón a una serie de controles administrativos que pretenden tutelar los intereses de amplios sectores de la población.

La reflexión sobre la segunda cuestión a la que antes me refería debe partir del siguiente presupuesto, también muy obvio: el principio de *ultima ratio* sólo tiene sentido en un ordenamiento jurídico en que la sanción penal sea efectivamente la más gravosa de entre todas las sanciones. De este modo, la pena tendría una importante función que cumplir con el objetivo de asegurar la racionalidad del ordenamiento jurídico: fijar el límite máximo de la dureza que pueden alcanzar otras sanciones. Para evaluar la severidad de una sanción debe además repararse en lo siguiente: es cierto que la mera sujeción a un proceso penal tiene un carácter estigmatizante en cuanto que afecta al honor de las personas, pero igualmente es cierto que la pena se impone en el proceso más garantista y con los criterios de imputación objetiva y personal más estrictos que existen en el ordenamiento, de este modo, cuando se imponen sanciones con una severidad análoga a las penales en procesos menos garantistas, puede hablarse de que estas adquieren mayor dureza.

Estas consideraciones no están destinadas, por supuesto, a deslegitimar cualquier sanción no penal, pero sí a impedir la estafa de etiquetas a través de la invocación del principio de *ultima ratio*. No creo estar equivocado si afirmo que en los ordenamientos modernos este es un proceso en auge. Las voces de alarma hace tiempo que sonaron en nuestro país en relación a las sanciones administrativas y aunque la jurisprudencia, especialmente la constitucional, ha ido trasladando una por una las garantías del Derecho penal al sancionador administrativo, aún no puede decirse que exista un grado semejante de garantismo²⁶. Pero es que incluso, la propia Administración está desarrollando un nuevo derecho sancionador, con la finalidad de eludir estas garantías, a través principalmente de sanciones interdictivas, semejantes a las penales, que se pueden imponer sin las garantías que ya se han asentado en el derecho sancionador clásico²⁷.

Pues bien, la pregunta que este fenómeno sugiere, es si no podría hablarse de una obligación por parte del legislador de utilizar el Derecho penal en estos supuestos en que la tutela de bienes jurídicos sólo puede hacerse a través de sanciones “no

penales” pero con una dureza similar. O, dicho de otro modo, si los ciudadanos no tienen derecho a que todas las sanciones de gravedad semejante o superior a la pena sean efectivamente denominadas penas, con el fin de que les sean de aplicación las mayores garantías del Derecho penal, o si la función de garantía del Derecho penal no puede fundamentar la necesidad de pena de un comportamiento.

C) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

El último de los componentes del principio de proporcionalidad requiere que los medios empleados guarden relación con el fin perseguido, incluso aunque se trate de un medio idóneo o necesario. La proporcionalidad en sentido estricto constituye un momento independiente dentro del principio general de proporcionalidad. Mientras que la idoneidad y necesidad tienden a enjuiciar la sanción desde un punto de vista eminentemente utilitarista –adecuación y economía de los medios–, la idea de proporcionalidad en sentido estricto se fundamenta directamente en la idea de justicia, desde la cual se debe ponderar si el beneficio que se pretende alcanzar con la sanción justifica sus costes. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es la que se invoca cuando se habla del carácter fragmentario del Derecho penal o del merecimiento de pena de un comportamiento.

El carácter fragmentario del Derecho penal es una directriz de política criminal derivada de este principio según la cual no han de sancionarse todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Se trata de un principio que se dirige al legislador, en el momento de formular la descripción típica y, seguidamente, al juez, quien invocándolo puede apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido.

Anteriormente, al analizar las relaciones entre bien jurídico y Derecho penal económico, se puso de manifiesto que el mejor freno para que este sector del *ius puniendi* no sea utilizado como apéndice de una determinada política económica de un gobierno y para que, en definitiva, la sanción penal fuera enteramente legítima, era preciso ser especialmente exigentes con el principio de

26. Piensen por ejemplo que en muchos sectores del Derecho sancionador administrativo económico rige el principio procesal de oportunidad, y que resulta técnicamente inobjetable la actuación de la administración que, ante los muchos infractores, decide sancionar, por las razones que sean, a uno sólo de ellos.

27. Vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, p. 87 y ss.

28. Vid. con referencias y criticando esta opinión MORALES PRATS, en *Comentario a la PE del Derecho penal*, p. 731.

fragmentariedad. El Derecho penal económico español, puede decirse, que cumple en líneas generales con este objetivo.

El legislador utiliza las siguientes técnicas para seleccionar las conductas más graves, que afectan tanto al desvalor de la acción como al del resultado.

Por lo que se refiere al desvalor de la acción, el legislador incrementa las exigencias del tipo subjetivo exigiendo frecuentemente elementos subjetivos específicos del injusto. Piénsese, por ejemplo, en los delitos societarios, que requieren en su mayoría ánimo de lucro o en los delitos contra la propiedad intelectual, donde se exige que las conductas sean cometidas con fines industriales o comerciales. En ocasiones, incluso la jurisprudencia o la doctrina exigen, sin demasiados apoyos legales, en determinados tipos un elemento subjetivo adicional al dolo. Por ejemplo, un sector doctrinal exige en el delito fiscal, como plus al dolo, la necesidad de un específico ánimo defraudatorio²⁸ y la jurisprudencia, requería la denominada cláusula de comercialidad, el fin de poner los productos en el mercado, en el delito de alimentos nocivos²⁹.

Igualmente, no es frecuente en nuestra legislación penal económica, el castigo de la modalidad imprudente, relegada usualmente al Derecho sancionador administrativo. De este modo, por ejemplo, no se ha recogido la propuesta doctrinal de incriminar la comisión imprudente del fraude de subvenciones, tal como hace el § 264 del StGB³⁰. En el nuevo CP la comisión imprudente se prevé sólo en casos muy puntuales: delitos contra el medio ambiente (art. 331), delitos alimentarios (art. 367) e infracción de las normas de prevención de riesgos laborales que pongan en peligro grave la vida o la seguridad del trabajador (art. 317). Se trata en todos los casos de tipos penales en blanco, y la incriminación de la imprudencia actúa en gran medida como una cláusula de *culpa iuris* que resuelve de modo práctico el complejo problema del error sobre la ley penal en blanco.

En otros supuestos el incremento del desvalor de la acción se consigue a través de la configuración de delitos especiales. El ejemplo más patente es el abuso de información privilegiada en el mercado de valores (art. 285), que se distingue entre otras cosas de la infracción administrativa prevista en el artículo 81.3 de la Ley del Mercado de Valores, en que autor del delito sólo puede serlo

quien haya tenido acceso reservado a la información privilegiada "con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial". Esto es, únicamente a aquellas personas a las que la Ley de Mercado de Valores impone en el artículo 81.1 un deber de salvaguarda sobre la información, al denominado *insider* primario³¹.

Otra técnica utilizada puntualmente por el legislador español para incrementar el desvalor de la acción, consiste en encomendar al Derecho penal el castigo de comportamientos que resultan especialmente intolerables en atención a los medios. Este es el caso del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, que se distingue –aunque no exclusivamente por este motivo– de las infracciones administrativas que contiene la Ley de defensa de la competencia relativas a las prácticas colusorias o abusivas, en que la alteración de los precios sólo resulta punible si para ello se han utilizado medios como la difusión de noticias falsas, la violencia, la amenaza, el engaño o el uso de información privilegiada. Dejando en el seno de las infracciones administrativas conductas que persiguen la alteración de precios, o de cualquier otra condición de la competencia, a través de acuerdos o abusos de posición dominante³².

En lo que se refiere al desvalor del resultado, es conocida la querencia de nuestro legislador al sistema de cuantías como factor determinante de la punibilidad en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social e igualmente en el uso de información privilegiada en el mercado de valores. Dejando de lado ahora la discusión dogmática de si se tratan de condiciones objetivas de punibilidad o constituyen el resultado del delito, lo cierto es que con ello se pretende cumplir con el principio de fragmentariedad.

Pero, sin duda alguna, el punto neurálgico de las relaciones entre Derecho penal económico y principio de fragmentariedad y ofensividad³³ lo constituye la utilización de delitos de peligro.

Lo primero que ha de analizarse antes de criticar la utilización de tipos de peligro es lo que podríamos denominar: la perspectiva del peligro. La idea de peligro hace referencia al objeto que es puesto en este estado, al bien jurídico protegido. De ahí que la doctrina más moderna distingue entre dos tipos de delitos de peligro, aquellos que están orientados a la protección de intereses individuales y aquellos otros que se utilizan en la protección

29. PÉREZ ÁLVAREZ, *Lo regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de CP de 1992*, ADPCP, 1993, p. 1066.

30. Vid. ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones*. Madrid. 1987, p. 84 y ss.

31. GÓMEZ INIESTA, *El abuso de información privilegiada en bolsa*. Madrid, 1997.

32. Para más detalles NIETO MARTÍN, *Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia*, p. 132 y ss.

33. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 291.

de un bien jurídico supraindividual, un interés difuso o un bien jurídico colectivo no reconducible a un bien individual³⁴.

Pues bien, con respecto a estos últimos bienes jurídicos la denominación de delito de peligro resulta inexacta. Cuando se protege el medio ambiente o la confianza en el correcto funcionamiento de la bolsa, es difícilmente imaginable una tipificación expresa de una lesión o puesta en peligro concreto. Y no es que no pueda producirse una situación en la cual se aprecie, por ejemplo, que el medio ambiente está efectivamente lesionado, en el sentido de que es imposible que la vida humana se desarrolle sin peligros para su salud en un determinado espacio geográfico. Lo que ocurrirá normalmente es que este deterioro, la lesión entendida en su sentido naturalístico, no podrá ser imputado a un determinado comportamiento. Lo normal es que la lesión sea producto de una reiteración generalizada de comportamientos que infringen la normativa básica del sistema³⁵. En otras ocasiones los factores causales que han llevado a esta situación serán muy variados, amparados unos por situaciones de riesgo permitido y en otras ocasiones desconocidos.

Igual puede decirse, por ofrecer otro ejemplo, con la confianza en el correcto funcionamiento del mercado de valores. Es posible imaginar una situación de desconfianza total hacia la bolsa, de modo tal que nadie acuda a ella y pierda su función en el seno de la moderna economía financiera. Ahora bien, lo que será prácticamente imposible es determinar una concreta acción que ha llevado a tal estado. Todo dependerá de la puesta en marcha de un número relativamente amplio de cursos causales, que en su mayoría no podrán ser imputados al autor. Piensen, por ejemplo, en la difusión y el tratamiento que tenga la noticia en los medios de comunicación. Conclusión: la única técnica posible para tutelar estos bienes jurídicos es la acuñación de delitos de peligro abstracto y la legitimidad del castigo dependerá principalmente de la admisibilidad de la tutela del bien jurídico y de otros principios garantistas (*ultima ratio*, fragmentariedad, etc.)³⁶.

Por lo que se refiere a los delitos de peligro que con RODRÍGUEZ MONTAÑÉS³⁷ podríamos denominar como propios, en cuanto que se puede establecer una relación inmediata con un bien jurídico

co individual (seguridad en el tráfico, salud pública, incendios) y no protegen bienes distintos y autónomos a la salud o la integridad física, la admisión del peligro abstracto, que depende de los siguientes factores que han de ser ponderados por el legislador: la importancia del bien jurídico individual de referencia –mayor legitimidad, por tanto, en caso de tutela de salud que la del patrimonio–, la efectiva idoneidad de la regla de comportamiento que se ha establecido para su tutela, la frecuencia con que se realice la conducta de peligro y la imposibilidad de tutelar correctamente el bien jurídico a través de otras técnicas de tipificación como el peligro concreto y, especialmente, el peligro hipotético.

Desde esta perspectiva, la mayoría de los tipos del Derecho penal económico avocados a la protección de bienes jurídicos supraindividuales no pueden calificarse propiamente de delitos de peligro. Pero, por otro lado, cuando se trata de un bien jurídico supraindividual con referencia a intereses individuales, el legislador español ha desechado normalmente la utilización de delitos de peligro abstracto, inclinándose, con frecuencia, por fórmulas cercanas a la del peligro hipotético, que obliga al juez a comprobar la efectiva idoneidad del comportamiento para causar una lesión relevante al interés individual que se ampara tras el bien jurídico³⁸. Este es el caso, por ejemplo, del delito publicitario, de la mayoría de las modalidades del delito de alimento nocivo o de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales.

Recientemente, sin embargo, ha subrayado MUÑOZ CONDE³⁹ la falta de eficacia de este conjunto de delitos de peligro a la hora de castigar auténticos casos de peligro, pues generalmente se aplican cuando ya ha tenido lugar una lesión efectiva. Ello es debido a que el peligro es una entelegalia que se desvanece y resulta posteriormente difícil de probar e igualmente a que en estos casos la intervención sancionadora administrativa resulta mucho más rápida.

El argumento probablemente decisivo para explicar esta situación es, con bastante probabilidad, la actuación de la Administración. En la mayoría de estos sectores ésta tiene un papel fundamental en orden a la protección del bien jurídico y a la eficacia del tipo penal⁴⁰, pues está en su mano la detección de peligros antes que lleguen

34. Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 299 y ss.

35. Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS/PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, p. 39.

36. Con ulteriores referencias RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 300-302.

37. *Delitos de peligro*, p. 304 y ss.

38. TORIO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético*, ADPCP, 1981.

39. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 61 y ss., 74-75, 79.

40. Por lo que se refiere al medio ambiente DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente. Una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente*. Madrid, 1993.

efectivamente a producirse. En este sentido, no estaría de más que se adoptasen medidas similares a las que el legislador ha adoptado en relación al delito ecológico, castigando la omisión de denunciar las infracciones de Leyes o disposiciones normativas que hayan constatado.

De hecho, no es enteramente coherente una línea de política criminal que castigue exclusivamente esta conducta en relación con el medio ambiente y no en casos tanto o más graves por los bienes jurídicos que pueden afectarse, como sería el supuesto del inspector de trabajo que silencia la infracción de medidas de prevención de riesgos naturales o la inspección de consumo que no comunica las infracciones de una empresa que no cumple con la normativa sobre calidad de los productos.

Asimismo y en lo que se refiere a la aplicación preferente de las sanciones administrativas a supuestos en los que al menos existe un indicio de delito, este hecho demuestra la deficiente regulación del principio de *non bis in idem* en nuestro ordenamiento, especialmente alarmante en lo que se refiere al Derecho penal económico. Pero, incluso, de *lege lata* la actuación de la administración sancionadora, supone una flagrante violación por parte de la administración de las normas ya vigentes que regulan este principio, que exigen dar noticia al Ministerio Fiscal y suspender la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

En suma, las presentes reflexiones en torno a las relación del Derecho penal económico con el principio de fragmentariedad muestran como la tensión que existe entre este principio y la eficacia es resuelta por el legislador español a favor del principio constitucional.

Esta circunstancia llama incluso la atención de cualificados observadores extranjeros, como el profesor TIEDEMANN⁴¹, quien ha señalado precisamente entre los puntos débiles de la situación legal española la relación de la punibilidad con el rebasamiento de ciertos límites cuantitativos en los delitos contra la Hacienda Pública, la reserva extrema respecto a la creación de delitos de peligro abstracto distintos de los relacionados con la integridad física, el rechazo de la penalización de conductas de imprudencia temeraria o la utilización de especiales elementos subjetivos. Tales críticas deben tomarse en serio, entre otras razones

porque la necesidad de contar con un Derecho penal eficaz es una exigencia igualmente de rango constitucional, derivada del artículo 9.2 de la CE y de la propia noción de Estado social, que obliga a los poderes públicos a tutelar determinados bienes jurídicos a través de la prevención general, con el fin de promover y remover aquellos obstáculos que impiden la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se vertebra la sociedad⁴².

En algunos delitos la doctrina apunta además soluciones legislativas para resolver la tensión entre eficacia y fragmentariedad, sin excesivo detrimento de la primera. Un buen ejemplo podría ser la propuesta de construir un tipo societario de administración desleal configurado como un delito de peligro, a diferencia del actual artículo 295 del CP, pero que exigiera el ánimo de lucro⁴³. En este punto, especialmente, la opción del legislador español movido por un afán pretendidamente garantista ha sido crear un tipo en el que además de exigir un elemento subjetivo, se describe el resultado típico –causar directamente un perjuicio económicamente evaluable– en términos difícilmente comprensibles⁴⁴.

III. Principio de legalidad

El Derecho penal económico no presenta particularidades especiales en relación con el principio de legalidad, aunque bien puede decirse que algunos problemas que en otros sectores son aquí menos frecuentes afectan a un mayor número de tipos. Es el caso de la utilización de leyes penales en blanco y los límites de aplicación del principio de retroactividad favorable en este tipo de normas. Igualmente es especialmente urgente contar con una regulación más detallada del principio de *non bis in idem*. Mucho menos discutido ha sido en nuestro ordenamiento la posibilidad de incriminar determinadas conductas en fraude de ley, objeto de mayor estudio en otros derechos como el alemán.

A) LEY PENAL EN BLANCO, SEGURIDAD JURÍDICA Y RETROACTIVIDAD FAVORABLE

El TC ha confirmado la constitucionalidad de la utilización de leyes penales en blanco que remiten

41. Vid. su *Introducción a los Estudios de Derecho penal económico* (Ed. Arroyo/Tiedemann). Cuenca. 1994, p. 13. y *Presente y futuro del Derecho penal económico*, p. 41.

42. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*. Salamanca. 1982, p. 37; recientemente en sentido similar CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 78.

43. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona. 1996, p. 119 y ss., 328 y ss.

44. Cfr. FARALDO CABANA, *Delitos societarios*, p. 577 y ss; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 279 y ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. Madrid. 1987.

a normas de rango inferior a la ley. En relación al delito ecológico (art. 325 CP) el TC (S. 127/1990) condicionó su constitucionalidad a los siguientes requisitos, que conectan con la denominada “teoría de la esencialidad”: (a) “que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal”; (b) “que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o... se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”⁴⁵. Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial, en lo que se refiere a aplicar a la norma de complemento la totalidad de garantías derivadas del principio de legalidad, principio de determinación, prohibición de analogía e irretroactividad.

Lejos de ser una técnica contraria a los fines del principio de legalidad, la ley penal en blanco sí se acomoda a los límites marcados por el TC, resulta un modo de legislar que favorece la seguridad jurídica⁴⁶. Y ello por lo siguiente: como ha indicado el TC, éstas son legítimas en cuanto contengan el contenido esencial de la prohibición, lo cual supone que han de describir ya la conducta típica con un grado de taxatividad semejante al que requiere el principio de determinación. Por consiguiente, cuando a esta descripción se añade la remisión a normas sublegislativas, lo que en realidad se está haciendo no es ampliar, sino restringir el ámbito de lo ya prohibido.

Piensen en el siguiente ejemplo. El delito ecológico podría ya ser conforme con el principio de determinación si fuese redactado del siguiente modo: “Será castigado... el que provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, martítimas o subterráneas, con incidencia incluso, en los espacios transfronterizos, así como la captación de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los siste-

mas naturales”. La remisión a reglamentos que efectúa el tipo no ensancha el ámbito de lo prohibido, sino que lo concreta aumentando con ello la seguridad jurídica, pues el ciudadano sabe que en cuanto se ajuste a lo allí previsto, su conducta no podrá ser objeto de sanción.

SILVA SÁNCHEZ ha abierto recientemente una polémica, que tiene ya cierta solera en Alemania: los límites del principio de retroactividad favorable en el caso de sucesión de las normas de complemento de una ley penal en blanco⁴⁷. El CP español recoge el principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el artículo 2.2, con la excepción de los supuestos de la ley temporal⁴⁸. Tal como indican COBO y VIVES ANTÓN⁴⁹ la no aplicación retroactiva de la ley más favorable debe entenderse contraria al principio de proporcionalidad. De ningún modo puede decirse que aquí la pena resulta un medio idóneo para proteger el bien jurídico, en cuanto que precisamente el legislador ha considerado con su nueva decisión, que o bien considera la conducta lícita o bien considera que otras sanciones del ordenamiento jurídico –distintas a la pena– son suficientes para su tutela (en este caso quedaría violada la segunda manifestación del principio: la necesidad de la medida (*ultima ratio*)⁵⁰. Este fundamento justifica, como acertadamente ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, cierta restricción a dicho principio en el caso de leyes penales en blanco cuando se produzcan cambios en las normas de complemento, que indiquen no un cambio de valoración del legislador acerca de los comportamientos prohibidos, sino simplemente un cambio de condiciones fácticas. Pues en estas condiciones la pena sigue cumpliendo sus fines, sin atentar contra la prohibición del exceso⁵¹. El camino técnico para hacer posible esta restricción es quizá, asimilar este tipo de normas de complemento a leyes temporales, tal como propone parte de la doctrina alemana.

B) PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA Y FRAUDE DE LEY

El castigo de conductas en fraude de ley suele ser considerado necesario en orden a incrementar la eficacia de los tipos penales que tutelan la Hacienda Pública, tanto en su vertiente recaudatoria como de ejecución del gasto e igualmente en la

45. Cfr. BERDUGO/ARROYO y otros, *Lecciones de Derecho penal*, p. 41-42.

46. PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*. Barcelona. 1991, p. 239.

47. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco” en Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 697 y ss.

48. Sobre la relevancia constitucional del principio vid. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho*, Cuenca. 1996, p. 73.

49. *Derecho penal. Parte General*. Valencia. 1989, p. 152.

50. En este caso, como acertadamente indica SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “Leyes en blanco”*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid. 1995, p. 669.

51. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación socio-económica*, p. 708 y ss.

perspectiva nacional y comunitaria. De hecho, esta cuestión que no se había discutido demasiado entre nosotros, sino puntualmente en relación al delito fiscal, ha cobrado importancia en los últimos tiempos a raíz de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea⁵². Intentaré a continuación exponer de la forma más clara posible la problemática del fraude de ley en el Derecho penal económico.

Expresado sintéticamente puede decirse que los comportamientos en fraude de ley se caracterizan por su artificialidad: se trata de no violar frontalmente una norma prohibitiva o conseguir la aplicación de una norma permisiva o que concede ciertos derechos (vgr. la concesión de una subvención) eligiendo para ello un camino inadecuado, utilizando una forma jurídica que no es la usual, desde la perspectiva de un operador económico sensato, para conseguir un determinado fin. La acción en fraude de ley se caracteriza porque se alcanza un resultado contrario al ordenamiento jurídico o a un concreto precepto abusando de la forma jurídica o de la propia libertad de acción.

Ello puede verse con el siguiente ejemplo⁵³: el banco X vende un crédito, que previamente ha concedido a algún cliente, a una tercera persona, de modo tal que ésta se beneficiará de parte de los intereses del crédito, manteniendo la entidad la gestión y el derecho de cobro de los rendimientos. Con esta operación el comprador del crédito obtiene un tipo de interés más elevado que el del depósito a plazo fijo y además un mejor tratamiento fiscal, pues los rendimientos obtenidos son considerados como incrementos de patrimonio y no como rendimientos de capital, con lo que el banco además no tendría obligación de practicar retención alguna.

Esta operación constituye un fraude de ley en cuanto que (a) el camino usual, el que cualquier operador económico hubiera escogido, es realizar un contrato de cuenta corriente, que es la forma jurídica más adecuada que contiene el ordenamiento para conseguir los objetivos económicos que se pretenden mediante la cesión del crédito. (b) La adopción de un camino jurídico artificial tiene como fin eludir la aplicación de los preceptos tributarios que regulan la imposición y la obligación de retención en los rendimientos de capital.

Un sector del ordenamiento en que no exista la prohibición de analogía no tiene problema alguno ante este tipo de casos. Le basta con aplicar análogamente las normas que se han pretendido

eludir, a situaciones que aunque no cumplen su supuesto de hecho guardan una identidad de razón con él. En el ordenamiento tributario la regulación del fraude de ley (art. 24 LGT) persigue precisamente esta finalidad, permitiendo extender el hecho imponible para gravar hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, siempre que se produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, sin más, ¿puede hablarse de delito fiscal, o mejor, de dos posibles delitos fiscales, el del particular y el de la entidad bancaria que no practica la retención?

Una primera dificultad para apreciar el delito fiscal es la siguiente: en cuanto que las normas que regulan el nacimiento de obligaciones tributarias son parte integrante del tipo de delito fiscal, la extensión analógica que en ellas se opera está permitida en el Derecho fiscal, pero no en el penal. La prohibición de analogía afecta al tipo y en el caso de leyes penales en blanco a las normas de complemento. Recuérdese que el TC en su Sentencia 75/1984, referente a la punición del aborto en el extranjero, declaró que violaba la prohibición de analogía la aplicación de la figura del fraude de ley en materia penal. De esta primera dificultad no deben, sin embargo, extraerse consecuencias apresuradas. E igualmente la tajante aseveración del TC puede ser matizada, como veremos, en atención a su propia jurisprudencia sobre las construcciones dogmáticas sin apoyo legal expreso.

Para decidir si estos hechos son constitutivos de delito fiscal es necesario tomar posición sobre como se configura su conducta típica. En mi opinión, la conducta del delito fiscal consiste en la infracción de obligaciones formales tributarias, que son necesarias para declarar la deuda tributaria⁵⁴. Es decir, en dejar, dolosamente, en desconocimiento a la administración tributaria de circunstancias que son relevantes para la declaración de la cuota tributaria o la obligación de retener, cuando el sujeto pasivo del impuesto tiene la obligación de suministrar esta información. La pregunta es entonces: ¿de acuerdo con nuestro ordenamiento tributario, tiene el sujeto pasivo de un impuesto la obligación de suministrar a la Hacienda Pública los datos que son necesarios para que ésta declare el nacimiento de la obligación tributaria por aplicación de la figura del fraude de ley?

52. En lo que sigue, para más detalles y ulteriores referencias NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, p. 34 y ss.; del mismo, *Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro*. AP, n.º 34/18-24 de septiembre, 1995, marg. 622 y ss.

53. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Madrid. 1996, p. 69 y ss.

54. GRACIA MARTÍN, *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del CP español*, 1988, p. 81 y ss.

En el ordenamiento alemán, donde desde los años veinte se discute esta cuestión, la Ordenanza tributaria además de regular la figura del fraude de ley obliga expresamente a poner en conocimiento de la Administración Tributaria todos aquellos datos que sean relevantes para la obligación tributaria, por lo que la tipicidad de las conductas en fraude de ley no ofrece dudas, cuando el sujeto oculta estos hechos a la Hacienda Pública. Con independencia que pueda después apreciarse un error si el autor estimaba que los datos que no suministró no eran relevantes. E igualmente en lo relativo al fraude de subvenciones, la Ley de subvenciones alemana, texto que complementa al § 264 del StGB, establece en su § 3 muy claramente esta obligación. En conclusión, y a mi juicio, la punibilidad de los comportamientos de fraude de ley a los efectos del delito fiscal y fraude de subvenciones depende, cuestión sobre la que no va a entrarse aquí, de que pueda desprenderse del ordenamiento tributario español una obligación semejante a la alemana.

En cualquier caso, cuando ya no existen dudas acerca de la posibilidad de castigar el fraude de ley es cuando su autor no se limita simplemente a omitir, sino que realiza algún tipo de comportamiento activo con el fin de impedir que la Administración Tributaria pueda llegar a conocer la existencia del hecho imponible o de los sujetos obligados. Y ésto fue precisamente lo que acaeció además en el caso de las cesiones de crédito, en cuanto que la entidad bancaria no se limitó a realizar una operación en fraude de ley, sino que enviaba a la Hacienda Pública nombres de compradores de dichos créditos que no se correspondían con los verdaderos titulares. Se trataba de testafierros proporcionados a los clientes por el propio banco entre personas con rentas de escasa cuantía, ausentes, fallecidos e incluso voluntarios a cambio de una pequeña remuneración⁵⁵. Esta práctica es evidentemente típica para el delito fiscal, y su dañosidad es tal que el legislador en la reforma operada en junio de 1995 (L. Org. 6/1995, de 29 de junio) ha decidido convertirla en una agravante específica del delito fiscal.

Fuera del caso que nos ha ocupado, la posibilidad de castigar comportamientos en fraude de ley depende de si puede hacerse sin vulnerar la prohibición de analogía. Los límites de tal posibilidad pueden verse a través del siguiente ejemplo. La AN y el TS se han enfrentado en el marco de los delitos monetarios con supuestos en que el autor para eludir la obligación de pedir autorización, que nace a partir de los 5.000.000 de pts. por persona,

viaje y día, exportaba divisas en diversas ocasiones por cifras inferiores. La respuesta del TS y la AN en este caso ha sido crear, sin base legal alguna, una especie *sui generis* de delito continuado, en virtud del cual considera que “de probarse una actitud en fraude de ley” este tipo de conductas no lleva a la impunidad “ante la posible apreciación de un único delito de fraccionada ejecución”⁵⁶. La compatibilidad de esta figura legal con el principio de prohibición de analogía debe ponerse en relación con el espinoso problema de los límites de la analogía en la PG y la compatibilidad con éste principio de las construcciones dogmáticas extra-legales. El TC (S. 89/1983, de 2 de noviembre) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto, en relación a la utilización de la figura del delito continuado antes de la reforma de 1983, señalando que “ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez” para aplicar construcciones dogmáticas⁵⁷. Por lo que las conductas en fraude de ley pueden ser castigadas en el Derecho penal mientras ello no suponga realizar una analogía prohibida, teniendo presente en este sentido los límites menos estrictos de esta prohibición en las construcciones de la Parte General.

C) EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Los problemas que se derivan del principio de *non bis in idem* no afecta exclusivamente al Derecho penal y sancionador administrativo económico, pero en este ámbito es especialmente frecuente. Me limitaré a continuación a exponer un conjunto de cuestiones que, en mi opinión, no están aun satisfactoriamente resueltos pese a lo asentado de la jurisprudencia constitucional y la reciente plasmación positiva del principio en la Ley 30/1992 y el RD 1398/1993, de 4 de agosto.

El primer problema surge por el escaso cuidado con que en ocasiones se actúa tipificando delitos muy semejantes a infracciones administrativas o utilizando criterios indeterminados de diferenciación. Ello propicia que la Administración sancione en primer lugar, restando eficacia a los tipos penales. Como anteriormente indiqué esta práctica de la Administración es tan usual, como contraria al Derecho positivo, que en diversos textos y, con carácter general, en el artículo 133 de la Ley 30/1992 y los artículos 5 y ss. del Reglamento 1398/1993 de 4 de agosto establece la obligación de poner los hechos en conocimiento del MF o la autoridad

55. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, p. 69.

56. STS de 28-1-93.

57. Para más detalles y referencias, GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid. 1992, p. 69 y ss.

judicial y paralizar el expediente. En este sentido, estimo que no cabe otra solución que adoptar medidas legislativas más radicales con el fin de fomentar las obligaciones de comunicación y suspensión. En cualquier caso, y si esta omisión es consciente y se realiza con el fin de que el particular eluda su responsabilidad penal, debe plantearse seriamente la posibilidad de aplicar el artículo 408 del CP.

Un segundo problema a resolver es cómo actuar ante los supuestos en que no existe *bis in idem*, por ejemplo, porque los bienes jurídicos de la infracción administrativa y la penal son distintos, es decir, cuando existe un concurso ideal. Un ejemplo puede ser el siguiente: se ha defraudado una subvención que no alcanza los diez millones de pesetas y que por tanto no puede ser castigada a través del artículo 308 del CP, pero sí mediante una sanción administrativa, cometiendo el autor a la vez un delito de falsedad en documento oficial. Esta cuestión tiene dos frentes:

Primero. Interpretado estrictamente el principio tal como ha sido regulado, la Administración en cuanto no existe identidad de fundamento puede continuar con su procedimiento, por mucho que exista identidad de sujeto. Pues la paralización del procedimiento y, además la obligación de comunicar, sólo está prevista de producirse la triple identidad. La existencia de dos procedimientos sobre un mismo sujeto por una conducta delictiva unitaria puede ser disfuncional y en cualquier caso supone una carga adicional para el autor que de hecho se ve sometido a un doble proceso.

Segundo. Si el fraude de subvenciones hubiera sido constitutivo de delito, se apreciaría un concurso ideal entre la falsedad en documento oficial y el delito de fraude de subvenciones. Esto es, al autor no se le impondrían conjuntamente ambas penas, sino generalmente una sanción más benévola consecuencia de la aplicación del artículo 77 del CP. Razones de justicia material y sobre todo derivadas del principio de proporcionalidad, obligan a plantearse si no resulta necesario crear una regulación específica que contemple situaciones de concurso ideal entre delitos e infracciones administrativas, con el fin de impedir que en estos casos se impongan conjuntamente ambas sanciones, como si de un concurso real se tratase. Mientras tanto se produce esta regulación, estimo que la Administración si ya ha sancionado penalmente debe tener en cuenta la sanción penal al graduar la infracción administrativa. No obstante, tanto el modo en que ha de redactarse la previsión legal por la que abogo como la aplicación directa del principio de proporcionalidad, se complica

bastante si se piensa que la sanción más grave puede ser la administrativa.

Una solución legal de *lege ferenda*, que puede resultar práctica pero que rompe con la concepción tradicional del Derecho administrativo sancionador en nuestro país, consiste en que el juez penal pueda en estos casos imponer tanto la sanción penal como la administrativa. Asimismo, y puestos a romper con tradiciones jurídicas, también podría plantearse la competencia del juez penal para imponer la sanción administrativa asociada al hecho que ha enjuiciado, cuando ha considerado la inexistencia del delito (ejemplo: se enjuicia un posible delito fiscal, que resulta impune por ausencia de dolo, aunque puede ser sancionado administrativamente a título de imprudencia). Esta regulación sería beneficiosa desde el punto de vista de la economía procesal y además evitaría el enojoso problema de los límites de la sujeción de la administración a los hechos que han sido probados por el juez.

El tercer aspecto del que deseo ocuparme es de la posibilidad de imponer una doble sanción por un mismo hecho, e incluso si ambas infracciones tutelan un idéntico bien jurídico, en los casos en que la sanción administrativa recaiga sobre una persona jurídica. Formalmente, y tal como ha señalado reiteradas veces el TC, esta doble sanción no constituye un *bis in idem*. Ahora bien, este aspecto necesita probablemente de una fundamentación más detallada que dejo para una próxima ocasión.

IV. Principio de culpabilidad

Las plasmaciones fundamentales del principio de culpabilidad, la responsabilidad personal, la exigencia de dolo o culpa (art. 5), el conocimiento, al menos potencial, de la antijuricidad (art. 14.3) y la atribuibilidad o imputabilidad del autor (art. 20.1º a 3º) son principios acuñados por la propia legislación penal. Con ser esto importante lo es más que tengan rango constitucional para vincular no sólo al juez sino al legislador penal. En este sentido se ha manifestado el TC: "La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal" (STC 150/1991 F.J. 4 y 246/1991, F.Jº 2), aunque aún no lo ha desarrollado suficientemente ni en su fundamentación ni en sus plasmaciones. Resulta conveniente advertir que en la segunda sentencia citada considera que no se opone al principio de culpabilidad la responsabilidad en el derecho sancionador administrativo de las personas jurídicas, con una argumentación que llevaría a no excluirla tampoco en lo penal⁵⁸.

58. Cfr. ARROYO/BERDUGO y otros, *Lecciones de Derecho penal*, p. 55.

A) LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como es conocido, e independientemente de lo que ocurra en el Derecho sancionador administrativo, nuestro Derecho penal positivo no contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta decisión del legislador no está en entera consonancia con las tendencias político-criminales más modernas, que empiezan a inspirar los ordenamientos europeos. El CP de 1995 ante las exigencias de la vida real, que indudablemente reclaman adoptar algún tipo de medida contra las empresas y las tradiciones dogmáticas, ha optado por "las medias tintas", estableciendo en el artículo 129 un conjunto de medidas accesorias que potestativamente el juez puede imponer con el fin de evitar la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Si se estudian los ordenamientos⁵⁹ que han decidido superar el principio político criminal de *societas delinquere non potest* puede constatar que las "medidas accesorias" que ha contemplado nuestro legislador, son en realidad las penas que se imponen a las personas jurídicas. La única diferencia es la pena de multa, pero en realidad no era necesario que nuestro CP contemplase esta sanción, pues el Derecho sancionador administrativo se encarga ya sobradamente de disponer sanciones pecuniarias para las personas jurídicas. En suma: un primer examen de la cuestión podría ser favorable a la solución española del problema, que, sin abandonar el dogma, ha conseguido acomodarse a las exigencias de la realidad, a través de un sistema de consecuencias accesorias con idénticos efectos preventivos a las penas.

Pero la conclusión anterior sólo puede ser fruto del primer y siempre precipitado examen, pues lo que en realidad ha conseguido el legislador es que las personas jurídicas puedan ser sancionadas prescindiendo totalmente del cuadro de garantías y de principios que requiere la imposición de una sanción penal a personas naturales. Y por lo que se refiere al usual argumento de que con la imposición de la sanción se perjudica a los socios inocentes y trabajadores, lo cierto es que este perjuicio es similar, se llame la respuesta punitiva pena o consecuencia accesoria, pero resulta más grave si además la pseudopena puede imponerse en el marco de un derecho menos garantista. Repárese, en este sentido, en lo indeterminado del

presupuesto de aplicación de la medida accesoria "prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma" y en la simplicidad del proceso para aplicarlas: la audiencia previa de sus representantes legales. Estas nulas garantías hacen que el juez tenga un poder casi discrecional en su imposición.

Por estas razones garantistas, creo conveniente que en la cansada y reiterativa discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas debe operarse un cambio de perspectiva: la responsabilidad es ya un hecho, sea mediante sanciones administrativas sea a través de consecuencias accesorias. El que ésta sea además penal, si no nos empecinamos en cuestiones de carácter ontológico y en dogmas, lo único que pretende conseguir es que ésta se determine en el marco de un proceso penal con semejantes posibilidades de defensa que las que existen para las personas naturales y con unos principios de imputación similares, tras las convenientes adaptaciones, en la línea que el TC señalaba en la sentencia a la que se hacía referencia al comienzo de estas líneas. Esto, ni más ni menos, es precisamente lo que ocurre en los países que han acogido su responsabilidad penal, donde van apareciendo construcciones dogmáticas que determinan por ejemplo las posibles personas naturales cuya actuación da lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, las condiciones para que sea de aplicación el error de prohibición o una causa de justificación, los criterios a aplicar en la medición de las sanciones, etc. En suma: las personas jurídicas tienen derecho a ser castigadas penalmente.

B) DIFICULTADES PROBATORIAS EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Frecuentemente se ha puesto de manifiesto que el Derecho penal económico resulta un sector en el que son complicadas las dificultades probatorias. Esta circunstancia genera el evidente peligro de que criterios de eficacia y de presión social acaben devaluando en su interior el principio de presunción de inocencia.

En los últimos y sonoros procesos de responsabilidad por el producto este problema se ha evidenciado en la prueba de la relación causal⁶⁰ e igualmente en la prueba del dolo, al menos en la STS sobre el aceite de colza⁶¹. Igualmente, sobre todo en la jurisprudencia alemana, se han consta-

59. Un reciente estado de la cuestión puede verse en TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, (1995), en prensa.

60. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, p. 87 y ss., y 140 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, p. 49 y ss.

61. Vid. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, p. 104 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, p. 203 y ss.

tado reglas de determinación de la autoría que merman el principio de personalidad de las penas, en virtud del cual un sujeto sólo ha de responder de lo que efectivamente ha realizado. Al encontrarse con problemas de participación compleja, como los que suelen acaecer en el Derecho penal de la empresa, la jurisprudencia ha optado en lugar de determinar cuál es el autor más próximo al hecho, por trasladar la responsabilidad directamente hacía los niveles más altos de dirección de la empresa. Incluso, situados ya en la responsabilidad inmediata de la alta dirección de la empresa, llama también la atención el que todos los directivos respondan por igual, pese a que el delito no haya sido cometido en su concreto ámbito de responsabilidad, utilizando como argumento el que esta limitación de la responsabilidad cesa en situaciones excepcionales o de crisis⁶². Como señala HASSEMER esta forma de proceder contrasta con la hasta ahora usual en el CP: determinación de la persona que ha originado la causa inmedia-

ta de la lesión y a partir de aquí buscar infracciones de los deberes de organización, elección supervisión y control⁶³. Y, además, supone trasladar criterios de imputación de responsabilidad existentes en el Derecho privado al Derecho penal⁶⁴.

Aunque los problemas descritos se han discutido recientemente en relación a los supuestos de responsabilidad penal por el producto, son comunes a muchas infracciones del Derecho penal económico o de la empresa, y muestran que la tarea principal de la Ciencia penal en éste campo es esencialmente en el futuro dogmática.

En conclusión, no me parece aceptable resignarse, tal como ha propuesto la denominada "Escuela de Frankfurt"⁶⁵, a contar exclusivamente con un "viejo Derecho penal" incapaz de tutelar bienes jurídicos tradicionales frente a nuevas y peligrosas formas de ataque e igualmente ausente en la protección de otros intereses que resultan imprescindibles en la configuración actual de la sociedad. ●

62. Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 173 y ss.

63. *Ibidem*, p. 177.

64. *Ibidem*, p. 176, 179. Sobre esta cuestión que también se aprecia en nuestro país en el marco de algunas leyes sancionadoras administrativas económicas vid. NIETO MARTÍN.

65. Vid., por ejemplo, los trabajos de HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991; *Limites al control penal de los riesgos sociales*, ADPCP, 1993 (trad. LARRAURI PUJAN/PÉREZ ALVAREZ, p. 317-327) y HASSEMER, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno* (trad. LARRAURI/MAINECKE), en ADPCP 1992, p. 235 y ss. Vid. para más referencias, y una panorámica muy ilustrativa del debate actual, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, p. 33 y ss.