

El Derecho penal económico.

Un estudio de Derecho positivo español (*)

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho penal
en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Objeto del trabajo.*—II. *Concepto y contenido del Derecho penal económico.*—III. *Normativa sancionadora en nuestro Derecho positivo vigente.*—1.—*Abastecimientos y precios.* A) Precios. a) Tipos delictivos que tienden a proteger la libertad de la formación de los precios en el mercado. b) Tipos delictivos que tienden a proteger los precios lícitos cualquiera que fuese la forma de su determinación. B) Abastos. C) Competencia en el procedimiento sancionatorio. a) El poder sancionador de la Administración hasta el D. 17 noviembre 1966. b) El D. 17 noviembre 1966. c) Competencia actual de la jurisdicción ordinaria. 2.—*Delitos monetarios.* 3.—*Contrabando.*—IV. *Consideraciones dogmáticas.* 1.—*Poder sancionador de la Administración.* A) Ambito de la potestad sancionadora. B) Posible justificación: la infracción administrativa. C) Lesión de los principios informadores del ordenamiento jurídico. D) Interpretación de los arts. 26 y 603 del Código penal. E) Consideraciones finales. 2.—*Responsabilidad de las personas jurídicas.* V. *Conclusión.* 1.—*Examen crítico de la normativa.* 2. *Consideraciones de lege ferenda.*

I. OBJETO DEL TRABAJO

La expresión *Derecho penal económico* hace referencia a una materia que va tomando paulatinamente carta de naturaleza desde principio de siglo hasta nuestros días. Hoy es una expresión comúnmente utilizada en la doctrina (1) y en la legislación (2) de gran parte de los países europeos.

(*) Este trabajo ha sido presentado como ponencia en el Seminario que, bajo la dirección del catedrático de Derecho penal, don Gonzalo Rodríguez Mourullo, ha tenido lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid bajo el título genérico de "Derecho penal de Sociedades". Este seminario se ha beneficiado de la ayuda a la Investigación.

(1) Baste citar a título de ejemplo, en Alemania, SCHMIDT, Eb., *Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950, y JESCHECK, H.-H., *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, en *Juristenzeitung* 1959, pp. 457 y ss. En Italia, CONTI, L., *Diritto penale commerciale*, 2 tomos, Turín, 1965-67, y PEDRAZZI, C., *Notorelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, en *L'Indice penale*, 1970, pp. 25 y ss. En Francia, PINOTEAU, Ch., *Législation pénale en matière économique et financière*, París, 1959. En España, SUÁREZ MON-

El presente trabajo quiere ser, en principio, una exposición de la normativa vigente en nuestro país en relación con el llamado Derecho penal económico. Nuestra primera preocupación consiste en establecer las fronteras del concepto que, por su novedad y su falta de madurez histórica, se presenta con límites imprecisos y equívocos. La exposición que a continuación hagamos de la normativa respectiva nos obligará a enfrentarnos, a la vista del derecho positivo español, con los problemas que, también en el derecho comparado, plantea. El intervencionismo del Estado en la Economía ha provocado la existencia de un poder sancionador de la Administración que, al menos en nuestro Derecho, adquiere alarmantes características. Algunas consideraciones tendremos que hacer al respecto habida cuenta de la importancia de la actividad sancionadora de la administración en el orden económico (3). De otro lado, también se ha planteado en términos muy particulares en el ámbito del Derecho penal económico el problema relativo a la responsabilidad criminal de las personas colectivas o sociales. Sobre ello también tendremos que volcar nuestra investigación. Nos preocuparemos más del aspecto jurídico-positivo que del teórico, en el sentido de conjugar la abundante literatura que existe respecto a estos dos últimos temas, con la real regulación que nuestro derecho hace de los mismos.

TES, R.-F., *Particularités des délits économiques dans le droit espagnol, en Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XIII, 1963, pp. 372 y ss. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho privado*, 1950, pp. 788 y ss. QUINTANO, A., *Nueva dogmática del Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1953, pp. 241 y ss. SAINZ CANTERO, J. A., *Delincuencia económico-financiera, en Delito y Sociedad*, número extraordinario de Cuadernos para el Diálogo, Dic. 1971. También, FERNÁNDEZ ALBOR, A., *El agio arrendaticio*, Madrid, 1969, dedica un largo capítulo al Derecho penal económico (pp. 96 y ss.). Puede consultarse amplia bibliografía general en TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?* Gutachten zum 49. Deutschen Juristentag, München, 1972, y JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, I, Buenos Aires, 1964, p. 56.

(2) La legislación penal económica tiene, sobre todo en las épocas críticas de posguerra, una tendencia a la dispersión. De ahí que sea interesante destacar la tendencia a la unidad de la legislación europea. En Alemania unifica la dispersión de normas la *Wirtschaftsstrafgesetz* de 9 julio 1954 reformada por la *Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz* de 24 mayo 1968. En Francia, las ordenanzas 1.483 y 1.484, de 30 junio 1945, repetidamente reformadas. La primera regula las infracciones en materia de Derecho penal económico, principalmente lo que se refiere a los precios, y la segunda atiende al aspecto procesal (constatación, persecución y represión de las infracciones). Una exposición detallada de su contenido, en GOYET, F., *Droit pénal spécial*, 8.^a ed., París, 1972, pp. 799 y ss. En Italia existe en el Código penal un título (VIII) dedicado a los delitos "contro l'economica pubblica, l'industria e il commercio".

(3) Decía SCHMIDT, Eb., *Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950, pp. 14-15, que el Derecho penal económico es el punto clave para solucionar la colisión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Téngase en cuenta que la *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949 planteaba (§ 6) una diferencia legal entre *Wirtschaftsstrafataten* (delitos económicos) y *Ordnungswidrigkeiten* (contravenciones).

II.—CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO PENAL ECONOMICO

Necesario es para delimitar el objeto de lo que se llama Derecho penal económico esbozar a grandes rasgos el alcance y contenido de esa pretendida nueva rama jurídica llamada *Derecho económico*.

Es necesario tener presente ante todo que no se trata de un Derecho de la guerra y de la revolución. Ciertamente es que cuando se oyó hablar con más insistencia de un Derecho económico fue con ocasión de las dos guerras mundiales. Ello ha autorizado a encontrar una total dependencia, sin duda no exacta, entre la guerra y el nuevo Derecho económico (4). En realidad el nuevo Derecho económico debe de anudarse a las transformaciones ideológicas que se producen desde comienzos de siglo (5) y a las modificaciones de las relaciones económicas (la elevada tecnificación e industrialización, la inflación de las grandes ciudades, la alta tensión del tráfico monetario y de divisas y la, por esta razón, cada vez más crítica formación de precios, etc...) que exigen una distinta organización y una efectiva protección del Derecho (6). El papel de las guerras y las revoluciones se limita a provocar una elevación en la masa del material jurídico económico (7).

De igual modo es necesario desterrar la idea de que el Derecho económico se explica sólo vinculado a regímenes políticos totalitarios (8). Es cierto que aquellas transformaciones ideológicas que considerábamos decisivas en el nacimiento del Derecho económico hacen referencia al cambio de una concepción liberal de la economía con su *laissez-faire, laissez-passer, ne pas trop gouverner*, su concepción fisiocrática de los precios naturales, su entendimiento de la libre concurren-

(4) JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho privado*, 1950, p. 789, entiende que de las posguerras "ha surgido un derecho nuevo económico que, determinado por el signo de la pobreza, se preocupa fundamentalmente en mitigar o, si posible fuera, en superar, los graves y grandes problemas de justicia distributiva que la escasez de las materias primas o esenciales para la vida social aquellos conflictos engendraron". En el mismo sentido advertía QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Nueva dogmática del Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho mercantil*, volumen XVI, 1953, p. 251, que en sistemas de tipo liberal sólo es posible y conveniente un Derecho penal económico en casos de economía de guerra, readaptación o de crisis.

(5) Cfr. RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, página 170.

(6) Cfr. HEDEMANN, J. W., *El derecho económico*, en *Revista de Derecho privado*, XXVII, mayo 1943, p. 278; MULDER, A., *Le droit pénal social économique*, en *Revue internationale de droit pénal*, 1953, pp. 383-389. Una interesante exposición de la situación de la Europa de entreguerras desde el punto de vista político económico, en JANSSENS, E., *Linéaments d'une structure législative propre au droit pénal social économique*, en *Revue Internationale de droit pénal*, 1953, pp. 981 y ss.

(7) Así, HEDEMANN, J. W., *El derecho económico*, cit., p. 279.

(8) Vid. QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., pp. 242 y ss. Sobre las relaciones entre Estado y Economía durante el fascismo italiano, vid. BERENINI, A., *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, en *Trattato di Diritto penale de E. Florian*, 4.^a ed., Milano, 1937, pp. 7 y ss.

cia en el mercado, etc..., a un más o menos grave intervencionismo estatal (9). Ciertamente es también que este intervencionismo es la consecuencia de una concepción social del Estado de Derecho de un lado, y del otro de todo un movimiento de evolución histórica caracterizado por el paulatino paso de una Economía individualista (regida por un Derecho patrimonial civil y un Derecho mercantil individualistas) a una economía dirigida estatalmente caracterizada por el *Plan*. Pero hay que tener en cuenta que este dirigismo, dentro de una economía de signo capitalista, *parte de la idea de un mercado libre* para regularlo (10) y de la idea del libre juego de las relaciones privadas «para estimularlas o coartarlas según los casos y, en cualquiera, para encauzarlas» (11). Las actuales relaciones Estado-actividad económica toman un cariz intervencionista, pero en ellas buscan permanentemente una situación de equilibrio la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa. No se trata, pues, de una rama jurídica que sólo encuentre explicación al socaire del totalitarismo político.

Sobre la precisión del concepto del Derecho económico se han volcado tanto los mercantilistas como los administrativistas. Aquéllos porque constituye dicha nueva rama jurídica la piedra de toque de la crisis del Derecho mercantil (12). Estos, porque la intervención ejercida por el Estado transcurre por cauces, en su mayor parte, de derecho público y de todos es conocido el actual proceso de administrativización del Derecho público (13). Pero parece ser que no se ha conseguido precisión total del concepto e, incluso, se le ha negado al Derecho económico autonomía científica y legal (14).

La expresión Derecho económico era desconocida antes de la primera guerra mundial y es a finales de dicha confrontación bélica cuando nace (15). Desde entonces ha habido abundante literatura afanosa en fijar el concepto y contenido del Derecho económico (16). Las distintas posiciones científicas pueden resumirse de la siguiente forma.

(9) Vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo*, cit., p. 789.

(10) Así, HEDEMANN, J. W., *El derecho económico*, cit., pp. 289-290: regula, sobre todo, la contratación imponiendo esquemas fijos de contratos o fijando sólo algunos de sus elementos, como los precios, plazos, tipos de envase, medios y vías de transporte, etc.... Sobre la planificación en general, vid. MANZANEDO, J. A.-HERNANDO, J.-GÓMEZ REINO, E., *Curso de Derecho administrativo económico*, Madrid, 1970, pp. 23 y ss.

(11) RUBIO, J., *Introducción*, cit., p. 170.

(12) Vid. por todos, RUBIO, J., *Introducción*, cit., pp. 167 y ss., y GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, 4.^a ed., Madrid, 1962, pp. 34 y ss.

(13) Cfr. BAENA, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, 1966, p. 54.

(14) Vid. GUAITA, A., *Derecho administrativo especial*, III, Zaragoza, 1967, página 22.

(15) Vid. HEDEMANN, J. W., *Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied*, en *Homenaje a A. Hueck*, 1959, pp. 378 y ss.

(16) Una exposición desde las posiciones originales de Nussbaum y Hedemann, en SANTOS BRIZ, J., *El derecho económico: concepto, caracteres, contenido*, en *Información jurídica*, oct.-dic. 1971, pp. 19 y ss.

Primero la llamada dirección metodológica que entiende el Derecho económico simplemente como un modo nuevo y más adecuado de analizar jurídicamente la problemática económica de nuestro tiempo (17). De otro lado están aquellos que intentan delimitar objetivamente el contenido del Derecho económico pero con tal amplitud que su autonomía como rama jurídica queda malparada por no responder a los propósitos de investigación y enseñanza ni encontrar correspondencia en una legislación unitaria y coherente (18). Según esta posición el Derecho económico agruparía toda la normativa de Derecho público o privado relativa a la Economía.

La obvia inviabilidad de estas posiciones nos obliga a aceptar una tercera más acorde con las circunstancias que explican el nacimiento del Derecho económico. Es la que lo identifica con el Derecho de la Economía dirigida por el Estado. «Derecho eminentemente público—administrativo— sin que ello suponga, ni que deje de utilizar instituciones originariamente jurídico-privadas que surgieron para ordenar el tráfico económico tradicional, ni, mucho menos, que no ofrezca zonas de grave fricción con el Derecho patrimonial privado» (19). El Derecho económico nace, efectivamente, en una época de importante actividad intervencionista por parte del Estado. Es la época correspondiente al primer tercio de nuestro siglo en la que se producen importantes transformaciones económicas (20) respondiendo al cambio de una Economía de mercado clásica o liberal a una Economía social de mercado (21), y jurídicas para regular la intervención del Estado en el mundo del libre juego de las fuerzas económicas. «Una nueva mentalidad estima que debe exigirse al Estado algo más que la simple garantía de la seguridad de las transacciones: La defensa del bien de la Comunidad, la protección del débil, el restablecimiento del equilibrio alterado por presiones económicas intolerables. Y esta intervención del Estado y de su Derecho en zonas antes abandonadas a la libre iniciativa es la que, en principio, va a denominarse Derecho económico» (22).

A la vista de esto, ¿qué es el Derecho penal económico? El Derecho penal económico es un grado de dicha intervención estatal. Precisamente el grado más intenso de intervención del Estado en la economía utilizando su poder sancionador. La finalidad y la función del Derecho

(17) Defensores de ésta posición se citan a Hedemann en su primera época, Geiler, Krause, Mossa, etc.... Vid. RUBIO, J., *Introducción*, cit., p. 171, nota 61, y POLO, A., *El nuevo derecho de la economía. Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho mercantil*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1946, p. 387.

(18) Así, Nussbaum, Eichler, etc.... Cfr. RUBIO, J., *Introducción*, cit., páginas 172-173. En España sigue este criterio SANTOS BRIZ, J., *El derecho económico*, cit., p. 21.

(19) RUBIO, J., *Introducción*, cit., p. 174. En nota 65 cita los partidarios de esta posición.

(20) Vid. MULDER, A., *Le droit pénal*, cit., pp. 388-389.

(21) Vid. SANTOS BRIZ, J., *El derecho económico*, cit., p. 17.

(22) RUBIO, J., *Introducción*, pp. 178-179.

penal económico no son otra cosa que la sublimación de la finalidad y la función del intervencionismo estatal en la economía: cumplir las exigencias de una valoración diferente del imperativo de Justicia en orden a las relaciones sociales y económicas. Estas nuevas exigencias se plasman en la necesidad que hoy se siente de proteger la economía en su conjunto, el orden económico, la economía nacional puesta al amparo del nuevo intervencionismo estatal, como conceptos opuestos a los particulares de propiedad, patrimonio y fe contractual (23). Puede afirmarse a este tenor que el objeto de protección del Derecho penal económico es el orden económico (24) entendido como interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea y en la conservación del orden legal de la economía tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales, y entendido como interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad adecuada a su voluntad profesional de actuación y lucro (25). En definitiva, el Derecho penal económico es el conjunto de normas penales que garantizan el orden económico.

El concepto que manejamos es un concepto doctrinal, que responde más a un deseo, a un deber ser, que a la realidad de nuestro Derecho vigente. Para su estudio agruparemos las normas sancionadoras que protegen el orden económico de manera directa (26) y ten-

(23) El primero que se ha manifestado en este sentido ha sido LINDEMANN, C., *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, Jena, 1932, pp. 12 y ss. SCHMIDT, Eb., *Das neue*, cit., pp. 16 y ss., estudia a fondo su posición considerándolo como importante factor de influencia en la ley penal económica alemana de 1949.

(24) El párrafo 3 de la WiStG (ley penal de la economía) de 1954 alemana viene a definir el delito económico como lesión del orden económico especialmente del orden de mercado y precios. Su párrafo 2 obliga a acudir a las características del autor para definir el delito económico (contumacia en la actitud de menosprecio a los intereses públicos de protección del orden económico).

(25) SCHMIDT, Eb., *Das neue*, cit., p. 20.

(26) Existe una larga serie de figuras delictivas de posible inclusión en el Derecho penal económico. Tales son la suspensión o alteración por parte de los patronos u obreros de la regularidad del trabajo, con el fin de perturbar de manera grave la *producción nacional* (núm. 2 art. 222 C. p.); la sustracción de la cosa propia al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la *economía nacional* (art. 562); la falsificación de moneda (artículos 283 y ss.); la infección o contagio de ganado (art. 558, núm. 2), etcétera... Sin embargo, tales delitos protegen el orden económico de una manera indirecta. El atentado económico no es más que el medio utilizado para lesionar el bien jurídico protegido, que es, indudablemente, distinto al del orden económico. En el artículo 222 se trata de proteger la seguridad del Estado (vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, 4.^a ed., Madrid, 1971, p. 693). El artículo 562 trata de castigar una desobediencia al estilo del artículo 238, o una ocultación fraudulenta al estilo del artículo 319 (En este sentido, QUINTANO, A., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, p. 1055). En el resto de los casos es más fácil aún advertir que lo que se protege es algo distinto al orden económico. Existe una tendencia a entender el delito de cheque en descubierto como atentatorio a la economía nacional, pero eso no tiene sentido. No afecta al orden económico sino a un elemento particularizado como es el tráfico mercantil de títulos-

dremos ocasión de comprobar el carácter apriorístico y doctrinal del concepto que manejamos de Derecho penal económico. En primer lugar no funciona enteramente como *Derecho penal* ya que gran parte de las facultades sancionadoras (las más eficaces hoy) han quedado en poder de la Administración; y en segundo lugar no es enteramente *Derecho penal económico* (como Derecho penal especial) porque no está desvinculado del Derecho penal común. En efecto, de un lado el propio Código recoge algunos tipos delictivos y del otro se han creado en muy escasa medida reglas especiales de parte general o de procedimiento.

III. NORMATIVA SANCIONADORA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO VIGENTE

Al contrario que en otros ordenamientos no existe en el nuestro un conjunto de normas sistemático sobre el Derecho penal económico, sino toda una serie de normas dispersas en el tiempo y absolutamente faltas de toda coordinación dentro del Código penal y en leyes especiales. Es necesario advertir que no nos proponemos hacer un estudio pormenorizado de la normativa, sino una exposición de las infracciones económicas en nuestro Derecho. Con ello queremos poner de relieve la dispersión y la falta de coherencia de la normativa que integra el llamado Derecho penal económico. De ahí que nos detengamos preferentemente en los problemas de vigencia de normas, concurso de leyes y determinados problemas especiales (poder sancionador de la Administración y responsabilidad de las personas jurídicas).

Es difícil una forma sistemática de exposición. Hubiera sido conveniente seguir alguna de las clasificaciones tradicionales en la Economía. Sin embargo, ello nos obligaría a desmembrar algunas normas generales y hemos preferido seguir las grandes divisiones establecidas legalmente. Trataremos en primer lugar la materia relativa a precios y abastos para pasar luego a las infracciones monetarias y de contrabando.

1) *Abastecimientos y precios.*

La normativa sancionadora que rige esta materia se caracteriza por la confusión, que «en esta zona punitiva es considerable, y las repeticiones, contradicciones, vaguedades y conflictos de leyes superiores a las que ofrecen otras figuras delictivas» (27). Abastecimientos y precios

valores. El hecho de que sea la comunidad la lesionada no debe llevarnos a confusión. De otro lado, la existencia de un Derecho penal económico como Derecho penal especial se justifica por la necesidad de una regulación específica en algunos aspectos (vid. cap. V) y tal necesidad no aparece en las citadas figuras delictivas.

(27) RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1032.

se suelen tratar en nuestra literatura conjuntamente. Por razones de estudio haremos nosotros una exposición separada.

A) Precios.

Las normas que sancionan conductas que atentan contra los precios de las cosas objeto de contratación pertenecen al Derecho penal económico en la medida en que se trata de precios en el mercado. Se protege una determinada política en el *mercado* y no el patrimonio individual. De ahí que las conductas que tiendan a alterar o alteren los precios de las cosas en un *acto aislado* de contratación son ajenas al Derecho penal económico, pero serán jurídico-penalmente relevantes en la medida en que se subsuman en uno de los tipos delictivos protectores del patrimonio individual como, por ejemplo, la estafa (28). Sólo cuando se trata de proteger los precios en el mercado estamos en presencia del Derecho penal económico.

Son los arts. 539 a 541 del Código penal y las leyes de 26 octubre 1939 y 20 julio 1963, las normas sancionadoras más importantes en materia de precios (29). La reforma de los arts. citados del Código penal que se hizo por Ley 15 noviembre 1971 plantea problemas de vigencia de normas en relación, principalmente, con la ley de 1939, de difícil solución (30). En materia de precios esta ley especial castiga una serie de conductas similares o idénticas a las castigadas por el Código penal. La tarea de interpretación no es sencilla y debe resolverse partiendo de la siguiente consideración general. La colisión de normas se origina entre el Código y una ley especial por lo que han de jugar papel decisivo por un lado el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) y del otro el principio de codificación. El artículo 7 del Código penal consagra, entendido en su más amplio sentido, el principio de especialidad, es decir, el que declara aplicable la ley especial, en lugar del Código penal, en un problema de concurso de leyes. Pero téngase en cuenta que tal principio se encuentra limitado por lo dispuesto en el art. 604 al excluir de su amparo «los preceptos de Leyes penales especiales incorporados al presente Có-

(28) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Suplemento a Derecho penal español. Parte especial*, 4.^a ed., Madrid, 1972, p. 43.

(29) La inclusión de los artículos 539 a 541 en el Tít. XIII del Libro II del Código penal es defectuosa, ya que se refiere a delitos que no atentan contra la propiedad sino contra el sistema político económico que rige en el mercado.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Suplemento*, cit., pp. 48-49, se inclina por considerar derogada la Ley de 1939, y no le faltan razones (carácter temporal-excepcional referido a la posguerra, según el preámbulo de la Ley, la importancia que se le dio en los debates de la reforma de 1971, el hecho de que la Ley haya dejado de aplicarse hace muchos años, etc...), pero los argumentos no son del todo concluyentes. Si la Ley de 1939, de un lado, y los artículos 539 a 541, reformados en 1971, del otro, se refieren, en alguna medida, a supuestos de hecho distintos no entran en colisión al menos en ese ámbito. En el texto nos referiremos expresamente a la cuestión.

digo». Es decir, el principio de especialidad resulta limitado por el de codificación. Con este punto de partida debemos entender que en materia de precios el Código penal será aplicable en la medida en que la reforma de 1971 haya incorporado los preceptos de la ley de 1939 al Código y, por el contrario, regirá la citada ley especial si tal incorporación ha dejado de hacerse.

Sentada esta premisa pasamos a relacionar las conductas incriminadas en materia de precios.

a) *Tipos delictivos que tienden a proteger la libertad de la formación de los precios en el mercado.*

Se trata de la incriminación de aquellas conductas que atentan contra la libre formación de los precios derivados de la libre concurrencia en el mercado. Es una protección de la libertad de mercado mediante la incriminación de conductas abusivas. Se ha querido ver en estas disposiciones sancionatorias una contradicción con el carácter actual de la Economía de mercado cariz intervencionista. Tal apreciación es equivocada. Cierto es que la moderna Economía tiende al dirigismo estatal pero, como apuntamos anteriormente, no podemos olvidar que nos movemos dentro de una práctica económica capitalista cuyo punto clave es el libre juego de las fuerzas económicas en el mercado (tanto de capitales y de trabajo como de productos). El dirigismo económico en este sistema no obedece a un radical cambio de las concepciones político-económicas (como en los países comunistas) sino a otras motivaciones como la protección del más débil, la preponderancia en determinados casos de los intereses colectivos sobre los particulares, etc... A veces el cumplimiento de estos fines exige la ruptura con la libertad de contratación en el mercado (fijando los precios, por ejemplo), pero otras veces basta con restablecer el equilibrio roto por actividades abusivas intolerables. La protección de la libertad de mercado no se contradice con el intervencionismo estatal en la Economía, sino que, por el contrario, es una forma (precisamente la originaria) de dicho intervencionismo.

Son los arts. 539 a 541 y 574 del Código penal quienes protegen los precios derivados de la libre concurrencia en el mercado (31). Dada

(31) Vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo*, cit., p. 794. Por extensión han de considerarse mercado las subastas públicas a que hace referencia el artículo 539. En realidad la subasta es el mercado libre por antonomasia. Sin licitación libre no se concibe una subasta. Cfr. QUINTANO, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, III, Madrid, 1965, p. 184. El concepto de subasta pública a que se refiere el artículo 539 ha de referirse a aquella a la que concurre cualquier postor y no sólo a las que se realicen en las salas oficiales de subastas creadas por D. 13 abril 1945. En este sentido, QUINTANO, A., *Tratado*, III, cit., p. 190. Téngase en cuenta, también, la amplitud del concepto de mercado del artículo 540 que incluye tanto el mercado de mercancías y productos como el de capitales. No se refiere, sin embargo, al mercado de trabajo ni al mercado exterior.

la finalidad de los preceptos lógico es que las conductas castigadas sean precisamente las abusivas. Se entienden por tales las fraudulentas o violentas: difundir noticias o rumores falsos o tendenciosos y emplear violencia u otra maquinación (32).

En su origen las normas sobre precios del Código penal encerraban una cierta coherencia en relación con la legislación especial ya que se referían únicamente a la protección de la libre formación de los precios. Pero la ley de Prácticas restrictivas de la Competencia de 20 julio 1963 y, sobre todo, la reforma del Código penal de 1971 han venido a romper dicho equilibrio. En efecto, la reforma de 1971 ha entendido que cuando las maquinaciones recaen sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad la conducta es punible «cualquiera que fuera la forma de determinación del precio» (art. 541). Ello significa que, cuando los precios son determinados por la Administración, también es inculparable la conducta. Pero obsérvese que, en dicho caso, ya no hay razón para reducir las conductas punibles a las fraudulentas o violentas, como en realidad se hace, porque de lo que se trata no es de corregir un abuso que ha roto el equilibrio de la libre concurrencia, sino de sancionar una conducta desobediente a la normativa de fijación de precios que trastoca la política económica del mercado (33). En tal caso también son merecedoras de sanción conductas descubiertas (no fraudulentas o violentas). En otras palabras, cuando se trata de proteger la libre formación de los precios, que presuponen por tanto una libertad de actuación, sólo pueden castigarse las maquinaciones fraudulentas o violentas en cuanto que contradicen e impiden el equilibrio del ejercicio de libertades. Pero si se protegen precios fijados no hay razón para reducir las conductas a las maquinaciones. Por ello resulta también inadecuado que la ley 20 julio 1963 reenvíe a los artículos 539 a 541 del Código penal conductas descubiertas tales como acuerdos, convenios, coligaciones, etc... entre empresas (34), que ya Groizard excluía del tipo del art. 540 del Código penal (35). Razones sistemáticas obligan a separar la protección de los precios de libre determinación de la de los precios fijados administrativamente (36).

(32) Cfr. QUINTANO, A., *Tratado*, III, cit., p. 195.

(33) En este punto se muestra más coherente la ley penal económica alemana de 1954 (WiStG), que distingue, según se trate de precios fijos o de precios derivados de la libre concurrencia. En el § 2 considera como infracción cualquier conducta que infrinja las disposiciones sobre los precios. En el § 2 a) castiga, en algunos casos, la elevación de precios, aprovechándose de una limitación de la competencia o abusando de la situación de fuerza económica.

(34) Artículo 15, 1, c) en relación con los artículos 1, 2 y 3.

(35) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial* citada, p. 471.

(36) Entre el precio libre y el fijado no existe la claridad que podría suponerse, ya que existen diversas formas de control administrativo. Sobre la cuestión se manifiesta ampliamente RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Suplemento*, cit., p. 41. Vid. también la O. 24 octubre 1966.

b) *Tipos delictivos que tienden a proteger los precios lícitos cualquiera que fuese la forma de su determinación.*

1) Toda conducta que intente alterar los precios sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas (37) u otros objetos de primera necesidad (38). El art. 541 del Código penal castiga dichas conductas en la medida en que son calificables de maquinaciones a tenor del artículo 540. El resto de las conductas se regirán por lo dispuesto en el p. 2, art. 4, ley de 1939.

2) Elevación de los precios por cualquier medio, sobre objetos de contratación distintos a los anteriores. Tal conducta está regulada en el art. 3 de la ley de 1939 en la medida en que se trate de conductas no incorporadas al Código. Han de considerarse incorporadas las conductas calificables de maquinaciones a tenor del art. 540, cuando se trate de elevar los precios derivados de la libre concurrencia. Desde el momento en que falta cualquiera de estos dos requisitos (carácter de maquinación y precio formado en la libertad de mercado) rige el art. 3 de la ley de 1939.

Pese a todo, el ámbito del art. 540 del Código penal es de mayor amplitud porque, aunque ceñido a determinadas conductas, castiga no sólo la elevación abusiva de precios, sino también su disminución. Se explica porque el art. 540 trata de proteger principalmente el libre juego de fuerzas económicas y no la posición de una de las partes (consumidor o comprador), por lo que el precepto incide más en el desvalor de acción (maquinaciones para alterar el precio) que ya entraña en sí mismo un desafío a la libertad de mercado, que en el desvalor de resultado (alteración del precio).

3) Esparcimiento de rumores o uso de cualquier otro artificio que pretenda alterar o altere los precios lícitos. Permanece vigente, al igual que en los supuestos anteriores, el art. 4 de la ley de 1939 en la medida en que no se trata de maquinaciones y de precios derivados de la libre concurrencia, en cuyo caso entraría en juego el Código penal. Obsérvese que el art. 574 del Código penal enumera otras formas de ma-

(37) En materia de cobro de primas añadidas al precio de alquiler de una vivienda ha sido derogada, por Ley de 15 noviembre 1971 sobre reforma del Código penal, la Ley de 27 abril 1946, que remitía la conducta al artículo 541 del Código. La trascendencia de la derogación es importante porque de un lado los artículos 540 y 541 del Código fueron profusamente aplicados precisamente en razón del delito previsto en la Ley de 1946, y porque, de otro lado, no se ha incorporado la figura delictiva íntegramente al Código penal. Sobre ello, vid. la clara exposición de RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Suplemento*, cit., pp. 45 y ss., especialmente p. 47. Sobre el delito castigado en la Ley de 1946 hay que tener en cuenta hoy no sólo los artículos 540 y 541 del Código, sino también el Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 julio 1968, en cuyos artículos 153 C) 1 y 155 se castiga administrativamente conducta similar. Sobre el delito castigado en la derogada Ley de 27 abril 1946, vid. FERNÁNDEZ ALBOR, A., *El agio arrendaticio*, Madrid, 1969, *passim*.

(38) Sobre lo que se entiende por artículos de primera necesidad, vid. D. 16 febrero 1938, artículo 2 y O. 26 junio 1943, artículo 6 y Ley 26 octubre 1939, p. 2, artículo 4.

quinaciones que completan las indicaciones del art. 540. Habla aquí el precepto de «falsos rumores» y «artificio ilícito» marcando con ello la pauta que sirve para separar tales conductas de las del art. 4 de la ley de 1939 en donde no se hace referencia a tal falsedad o ilicitud.

4) El cierre de establecimientos, coligaciones y otros medios que tiendan a alterar o alteren los precios (39). Entran en colisión el art. 6 de la ley de 1939 y los arts. 539 a 541 del Código penal a los que se remite el art. 15 de la ley de 20 julio 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia. La ley de 1939 rige sólo la conducta de cierre de establecimientos cuando no sea calificable de maquinaciones ni de precios derivados de la libre concurrencia (40). Las coligaciones, convenios, etc..., sea como fueren la conducta y los precios se rige por el Código penal a tenor de lo dispuesto en la citada ley de 1963.

5) A las conductas reseñadas hasta ahora es necesario añadir las castigadas por el D. 17 noviembre 1966 cuya competencia está atribuida a la Administración. El D. 17 noviembre 1966 ha intentado poner en orden todo lo relativo a infracciones sobre precios en el mercado. Por un lado tal intento ha tenido éxito en el sentido de que el decreto constituye una norma sistematizada, pero por otro lado ha creado una situación difícilmente justificable. En efecto, el olvido de la más elemental coordinación ha dado lugar a la duplicidad de tratamiento de las conductas infractoras sobre precios. Las conductas anteriormente señaladas y atribuidas para su conocimiento a los tribunales ordinarios, son ahora sancionadas independientemente por la Administración. Sobre este tema trataremos detenidamente en otro lugar (41).

B) *Abastos.*

Esta materia está regulada principalmente por las leyes de 30 agosto 1946, 26 octubre 1939 y D. 27 septiembre 1946. Del examen de toda la normativa llegamos a la siguiente conclusión analítica en cuanto a conductas incriminadas.

a) Acaparamiento o retención de productos o mercancías (42). El motivo de la sanción estriba no sólo en la evitación del alza de los precios, sino también en la regulación de los abastecimientos, agravada en el período de posguerra. De ahí que no se exija la real elevación de

(39) Sobre los antecedentes históricos de la punición de actividades monopolísticas, vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo, cit.*, p. 792.

(40) Por lo que se refiere a esta conducta y la reseñada en el anterior apartado 3), el requisito de no tratarse de precios derivados de la libre concurrencia no es necesario si se trata de objetos de primera necesidad en los que, conforme al artículo 541 del C. p. es indiferente la forma de determinación del precio.

(41) III C) b).

(42) El concepto ha de deducirse de la interpretación auténtica del artículo 1, Ley 26 octubre 1939, y artículo 2, Ley 24 junio 1941.

Los precios y que se castigue el acaparamiento aun cuando con la conducta se persigan otros fines (43).

b) Defraudación en la fabricación o venta de géneros o mercancías falsificados o alterados en calidad o cantidad (44). La diferencia de esta conducta con las castigadas en los arts. 528 y 529, números 2 y 3 del Código penal viene dada por la cualidad del sujeto pasivo. Mientras la ley de 1939 se refiere a defraudar «al público», el Código penal utiliza la expresión de defraudar «a otro». Se trata de la protección de dos bienes jurídicos distintos: el orden económico en el mercado de productos (ley de 1939) y el patrimonio individual (Código penal). No entran en colisión de concurso de leyes porque no tienen los mismos ámbitos de aplicación. Ciertamente es, sin embargo, que puede haber conductas subsumibles en ambos preceptos pero ninguno de ellos podría abarcar exhaustivamente su gravedad (la antijuricidad y culpabilidad) por lo que operaríamos con las reglas del concurso ideal de delitos.

Parece que al término «defraudación» utilizado en la ley de 1939 se le quiere dar un alcance distinto que al usado por el Código penal en los artículos 528 y ss. En aquella ley se trata de proteger el orden económico del mercado, de ahí que lo que se intente evitar no sea tanto un engaño (como en las estafas del Código penal) como un abuso, bien de la buena fe en el tráfico mercantil (45), bien de la situación desventajosa del consumidor. De ahí, pensamos, que quiere castigar la ley de 1939 aun la conducta de quien no oculta la alteración o falsificación, o aun cuando no se produzca un detrimento patrimonial en el particular siempre que se lesione el orden económico de mercado.

c) Los cierres injustificados de establecimientos, coligaciones u otras conductas que dificulten el régimen de abastecimientos (46).

d) La desobediencia, incumplimiento, irregularidad o negligencia en la ejecución de órdenes o disposiciones ministeriales o de las instrucciones que dicte la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes en materia de producción, cambio, circulación o consumo de mercancías (47). El D.-L. 30 agosto 1946 creó esta conducta delictiva cuando ya había sido incluida en el Código penal de 1944 (art. 238)

(43) Por ejemplo, perturbar el normal desarrollo de la economía nacional que el artículo 1, p. 3, Ley del 39, castiga con la pena de reclusión mayor a muerte.

(44) Artículo 5, Ley 26 octubre 1939.

(45) Elemento excluido del objeto de protección de la estafa, al menos por parte de la doctrina. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 434; y, aunque contrario a esta posición, ANTON, J., *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de NEJ, IX, Barcelona, 1957, p. 2.

(46) Artículo 6, Ley 26 octubre 1939.

(47) Artículo 2, D.-L. 30 agosto 1946, que constituye una ampliación de la conducta ya castigada en el artículo 1, Ley 4 enero 1941. La O. 26 junio 1943 sólo comprendía entre los delitos de abastecimientos los comprendidos en la Ley de 26 octubre 1939. Sin embargo, el D.-L. 30 agosto 1946 añade éste, y el D. 27 septiembre 1946, el que reseñamos en el apartado siguiente.

conducta similar castigada por el art. 47 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 marzo 1941. La norma del Código penal paradójicamente es más específica que la de la ley especial, ya que hace referencia a los efectos de la desobediencia (perjuicio a la defensa o a la economía nacional, etc...). Sin embargo, no se puede hablar de una relación de especialidad, ya que en la descripción de los hechos se encuentra una diferencia que evita la colisión de las normas. En efecto, el art. 238 se refiere a la desobediencia de órdenes *expresas*, es decir, comunicadas (48), mientras el D.-L. de 1946 se ha de referir necesariamente a las órdenes generales no comunicadas expresamente al infractor. Así se puede explicar la severidad del Código penal (con penas de hasta prisión mayor y multa de 1.000.000 de pesetas) en comparación con el D.-L. de 1946 (arresto mayor a prisión menor).

e) Las falsedades cometidas por particulares o funcionarios en relación con normas de producción, circulación, cambio o consumo de mercancías (49). El art. 1 del D. 27 septiembre 1946 establece que la sanción se impondrá «con independencia de las penas que correspondan a las falsedades cometidas y comprendidas en el capítulo IV, sección primera, del Código penal vigente». En principio parece que la finalidad de esta disposición es la de endurecer el castigo aplicando al mismo hecho dos penas distintas. Sin embargo, el recurso utilizado es un poco absurdo. Mejor hubiera sido establecer en la norma de 1946 penas tan severas como lo exigieran las circunstancias. Lo que no tiene sentido es establecer esta medida endurecedora que lesiona el non bis in idem, cuando las sanciones del decreto de 1946 (arresto mayor a prisión menor) son más benignas que las del Código penal. De todas formas habría que interpretar adecuadamente la salvedad del art. 1 del D. 27 septiembre 1946 y saber si realmente impide la aplicación de las reglas que regulan el concurso de leyes. Si así no fuera, el D. de 1946 se encontraría en relación de concurso de leyes con los arts. 302 y ss. del Código penal, debiendo regir el principio de especialidad (ley especial el D. de 1946).

f) Y en general las infracciones de las reglas de policía dirigidas a asegurar el abastecimiento de las poblaciones (art. 574, número 2 del Código penal).

C) Competencia en el procedimiento sancionatorio.

La competencia para imponer la sanción estuvo atribuida a distintas autoridades (judiciales o administrativas) sin que fuera sencillo precisar el motivo de la atribución a una u otra. La distinta severidad

(48) En este sentido la doctrina dominante: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 712; QUINTANO, A., *Comentarios* citado, p. 537; TERUEL CARRALERO, D., *El delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno (artículo 238 del Código penal)*, en *Anuario*, 1968, p. 307. La doctrina suele citar a su favor la S. 25 abril 1944.

(49) Art. 1, D. 27 septiembre 1946.

de la sanción, no adecuada proporcionalmente a la distinta gravedad de las conductas, no ha sido el criterio utilizado para dicha atribución de competencias.

La jurisdicción militar ha sido desposeída de toda competencia en el tratamiento de las infracciones de abastecimientos (50). Desde el D. 17 noviembre 1966 todas las conductas descritas, excepto las establecidas en dicho decreto, pasan a la competencia de la jurisdicción ordinaria. Pero el citado decreto plantea unos problemas de tipo interpretativo que nos obliga a exponer la situación hasta dicha fecha. Hasta entonces las conductas descritas eran *a la vez* atribuidas a la jurisdicción ordinaria y a distintos órganos de la Administración. Estudiaremos, pues, en primer lugar cuál era el poder sancionador de la Administración hasta 1966; en segundo lugar el significado del cambio efectuado por el D. 17 noviembre 1966, para acabar por exponer la competencia actual de la jurisdicción ordinaria.

a) *El poder sancionador de la Administración hasta el D. 17 noviembre 1966.*

La Orden 26 junio 1943 deslindaba las conductas atribuidas a la jurisdicción ordinaria (que denominaba *delitos* de abastecimientos) y las atribuidas a la Administración, en concreto a las Fiscalías de Tasas (que denominaba *infracciones* de abastecimientos) (51). Tal preocupación que denotaba un loable interés en la diferenciación de competencias (52) se contradice con el poder otorgado a la Administración para la imposición de sanciones a los llamados delitos de abastecimientos. La competencia de la Administración obedecía a razones de ejemplaridad y rapidez en la corrección de las conductas descritas, a la vez que a una total desconfianza en la actividad represiva de la jurisdicción ordinaria. En este sentido son suficientemente ilustrativas las palabras de la Exposición de Motivos de la ley 30 septiembre 1940 (53) que justificaba esta política represiva en la finalidad de evitar «que los trámites jurídicos puedan servir de escudo a los infractores, maestros en las argucias de perturbar o burlar la Justicia con

(50) Originariamente, su competencia era de una gran amplitud. Cfr. MÁRQUEZ AZCÁRATE, J., JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Delitos contra el régimen legal de abastecimientos. Legislación penal, procesal y gubernativa concordada y comentada*, Madrid, 1947. Incluso la propia Ley de 26 octubre 1939 otorgaba competencia a dicha jurisdicción para todos los delitos en ella comprendidos pasando a la ordinaria por O. 26 junio 1943, artículo 1, y D.-L. 30 agosto 1946, artículo 9.

(51) Consideraba *delitos* las conductas descritas en la Ley de 26 octubre 1939, e *infracciones* las restantes. El D.-L. 30 agosto 1946 y el D. 27 septiembre 1946 crearon nuevos *delitos*.

(52) Manifestada también en la Exposición de Motivos del D.-L. 30 agosto 1946 al advertir que “conviene delimitar las funciones de las organizaciones aludidas (Las Fiscalías de Tasas, principalmente) y de los Tribunales de Justicia”.

(53) Creadora de la Fiscalía Superior de Tasas.

trámites y retrasos». De lo que se trataba era de imponer una doble vía represiva contra los delitos de abastecimientos de modo que si fallaba la una, dados los «engorrosos» trámites de los procedimientos judiciales, fuera eficaz la otra desprovista de tales trámites. De ahí que en primer lugar se atribuyera a la Administración un poder sancionador acumulable al de los jueces y tribunales ordinarios y, de otro lado, se creará un sistema de deducciones y abonos.

La Administración podía imponer, y acumular, las siguientes sanciones (54): 1) Incautación de las existencias. 2) Multa ordinaria de mil a quinientas mil pesetas o extraordinaria en cuantía superior sin límite. 3) Prohibición de ejercer el comercio o clausura de establecimiento por tiempo fijo o con carácter absoluto. 4) En caso de insolvencia, destino de tres meses a un año a un Batallón de Trabajadores.

Cuando se trataba de multa, inhabilitación para ejercer el comercio y cierre de establecimiento, la sanción impuesta por la Administración serviría de abono a las que impusiere la Autoridad judicial (55).

b) *El D. de 17 noviembre 1966.*

Las disposición final del D. 17 noviembre 1966 deroga «*en todo cuanto se refiera a infracciones administrativas en materia de tasa, precios, abastecimientos o comercio de mercancías o productos*», el sistema normativo anterior. Como hemos podido comprobar no hay deslinde claro entre lo que se entiende por infracción administrativa y

(54) Vid. artículo 4, Ley 30 septiembre 1940; artículo 1, Ley 4 enero 1941; artículo 5, Ley 30 agosto 1946, y artículo 1, O. 26 junio 1943.

(55) Artículo 15, Ley 30 septiembre 1940, y artículo 6, D.-L. 30 agosto 1946. Este D.-L. de 1946, al establecer el sistema de deducción o abono parece ignorar la O. 26 junio 1943, que atribuía definitivamente a las Fiscalías de Tasas, excluyendo a la jurisdicción ordinaria, la imposición de las penas pecuniarias, incautación y decomiso de las mercancías y clausura de los establecimientos comerciales. Sin embargo, parece ser que en 1946 se atendió a la jerarquía de normas y se entendió que la citada orden no podía ir en contra de lo establecido en leyes anteriores, en concreto en la Ley de 30 septiembre 1940.

Para subrayar el severo carácter de la vía represiva administrativa conviene apuntar otras disposiciones endurecedoras como castigar como complicidad la falta de colaboración con la autoridad (artículo 8, Ley 30 septiembre 1940), extender las consecuencias de la sanción a terceros (el artículo 11, Ley 30 septiembre 1940, dispone que "cuando se aplique la sanción de supresión del comercio o industria, el personal dependiente perderá los derechos que pudiera corresponderles por la legislación y disposiciones del trabajo como cómplices del hecho sancionado, si de una manera expresa no se dispone lo contrario en el acuerdo de sanción"), obstaculizar el recurso para cuya interposición se exige el pago de la multa (art. 20, Ley 30 septiembre 1940, añadiendo que si el recurso se considera temerario habrá un recargo automático sobre la multa de un 50 por 100), responsabilizar a los componentes del Consejo de Administración, Directores, Gerentes, aun sin conocimiento de la ilegalidad cometida, y a los dependientes con tal conocimiento, si los delitos se cometen en interés de una persona jurídica o Empresa individual (artículo 2, D. 27 septiembre 1946).

delito en materia de abastecimientos. La Orden de 26 junio 1943 consideró *delitos* los comprendidos en la ley 26 octubre 1939 e *infracciones* las restantes. Más tarde el D.-L. 30 agosto 1946 y el D. 27 septiembre 1946 crearían nuevos *delitos*. A tenor de esta diferenciación las infracciones administrativas declaradas fuera de vigor por el D. 17 noviembre 1966 deberían ser todas las no comprendidas en la ley 26 octubre 1939, D.-L. 30 agosto 1946 y D. 27 septiembre 1946 que, por el contrario, quedarían en vigor.

Pero no es así. El D. de 1966 deroga expresamente las siguientes normas: ley 26 octubre 1939, 30 septiembre 1940, 4 enero 1941, 11 diciembre 1942, D. 27 septiembre 1946 y D. 20 julio 1946 *en todo cuanto se refieran a infracciones administrativas*. Se desprecia, pues, la diferenciación entre infracción y delito establecida por la O. 26 junio 1943 ya que se derogan leyes que, según esta orden, contienen sólo *delitos* de abastecimientos.

La cláusula derogatoria del D. de 1966 preocupa principalmente en relación con aquellas normas citadas que sólo describen delitos (ley 26 octubre 1939, 4 enero 1941 y 27 septiembre 1946) en el sentido de que su conocimiento se atribuye a la jurisdicción ordinaria pero que además facultan a la Administración para la imposición de sanciones acumulables y compensables. No queda claro si se quiere derogar la norma sancionadora en toda su amplitud o sólo la potestad sancionadora de la Administración. Los motivos en que se apoya el D. 17 noviembre 1966 pueden fundamentar la derogación de las normas citadas en toda su amplitud. En efecto, se parte de la situación económica conseguida por el plan de estabilización de 1959 y los nacientes planes de desarrollo, situación que rompe con las premisas que fundamentaban la normativa económica anterior: la autonomía nacional, el proteccionismo y el cierre hacia el exterior. De este modo, como veremos, las conductas castigadas en la posguerra pierden, en muchos casos, su sentido desvalorativo y dañoso. Se parte también de necesidades sistemáticas. Dice la Exposición de Motivos del D. 17 noviembre 1966 que «tan abigarrado cúmulo de disposiciones nacidas en una época de escasez y concebidas con una extraordinaria amplitud, necesitan ser refundidas y sistematizadas en una disposición unitaria adaptada a nuestra actual economía de mercado».

La nueva norma establece en su art. 3 una larga serie de infracciones en materia de disciplina de mercado a sancionar por la Administración. Pueden resumirse en los siguientes grupos: 1) Aplicación de precios ilícitos en las contrataciones. Se intentan proteger los precios fijados o controlados por la Administración. Es la contrapartida del art. 540 del Código penal que protege los precios derivados de la libre concurrencia. Expresamente se declara la acumulación de sanciones (56). 2) La celebración de contratos simulados que encubran

(56) El artículo 2 del D. 17 noviembre 1966, dice: "Los que cometieren una infracción en materia de disciplina del mercado incurrirán en sanción ad-

cualquier forma de pago. 3) Los fraudes en la calidad, origen, peso y medida, etc... de mercancías. Obsérvese que tal conducta es reconducible al art. 528 Código penal y al art. 5 de la ley 26 octubre 1939.

4) Y toda una larga serie de conductas que atentan contra las medidas económicas intervencionistas (57).

Se prevé como sanción única la multa, en cuantía ilimitada cuando se trata del Consejo de Ministros (58). Establece el Decreto la posibilidad de publicar la sanción, los motivos y los nombres de los infractores en el «B. O. E.», de la provincia o del Municipio, y en la prensa diaria. La publicación no se considera sanción y, por tanto, no se regula procedimentalmente, sin embargo, se ha olvidado que, en muchos casos, la publicación entraña efectos más graves para el infractor y una eficacia mayor que la propia sanción de multa. El procedimiento a seguir en la imposición de la multa es el regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo, precisando sólo el D. de 1966 algunos aspectos (59).

c) *Competencia actual de la jurisdicción ordinaria.*

En la actualidad la jurisdicción ordinaria se pronuncia sobre todas las conductas enumeradas al principio de este apartado. Como sabemos, en otras épocas, las citadas conductas se atribuían para su conocimiento a la jurisdicción militar o a la Administración con posibilidad de acumular las sanciones según los casos. Hoy, aunque las normas que atribuyen conocimiento a una u otra son distintas, las conductas incriminadas pueden coincidir y, para ese caso, el art. 2, D. 17 noviembre 1966 permite la acumulación de sanciones.

Dado que las normas aplicables en esta materia son leyes especiales en su mayoría, conviene hacer una exposición breve de las sanciones, procedimiento y otras características en ellas previstas.

Las sanciones que con más frecuencia aparecen aplicadas al delito son las de privación de libertad y multa (60). Lo más destacable en las

ministrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles”.

(57) Disciplina del mercado, dice la Ley en expresión no muy afortunada.

(58) El Gobernador, hasta 100.000 ptas.; el Director General de Comercio Interior, hasta 500.000 ptas.; el Ministro de Comercio, hasta 5.000.000 de pesetas, y el Consejo de Ministros, más de 5.000.000 de ptas., sin limitación. D. 15 septiembre 1972. Se ha quitado competencia a la Fiscalía Superior de Tasas por D. 26 diciembre 1963 y atribuido al Servicio de Inspección de la Disciplina del Mercado, sustituido, a su vez, por D. 15 septiembre 1972 por la Subdirección General de Comercio Interior.

(59) Como la responsabilidad de los órganos rectores o dirección cuando la infracción “sea imputada a una persona jurídica” (art. 4), de los partícipes en la infracción y de los adquirentes de los productos. Un estudio amplio y detallado del D. 17 noviembre 1966 es el realizado por MANZANEDO, J. A., *Disciplina del mercado*, en *Curso de Derecho administrativo económico* de MANZANEDO, J. A.-HERNANDO, J.-GÓMEZ REINO, E., Madrid, 1970, pp. 593 y ss., especialmente pp. 616 y ss.

(60) La O. 26 junio 1943 atribuyó a las Fiscalías de Tasas toda pena pe-

primeras es que, por un lado, han aumentado los márgenes de arbitrio judicial pudiendo el Juez, por ejemplo, recorrer la pena entre el límite mínimo del arresto mayor y el máximo del presidio menor (61) y de otro lado las penas alcanzan una gran severidad. Así si el delito de acaparamiento se realiza con el ánimo de perturbar el normal desarrollo de la economía nacional, ha de imponerse la pena de reclusión mayor a muerte (62). La multa se fija muy a menudo sobre el valor de las mercancías objeto del delito, en cuyo caso nunca se ha superado la cuantía fijada en el décuplo. Otras veces no se fijan de modo relativo sino absoluto, pudiendo llegar, según el D. 24 enero 1963, a quinientas mil pesetas. Obsérvese que, incluso después del D. de 1966, la Administración puede superar tal límite para conductas similares. Como penas accesorias se prevén el decomiso, la inhabilitación para el ejercicio del comercio o industria y el cierre temporal o definitivo del establecimiento (63).

Pero quizá el efecto sancionatorio más espectacular, a parte de la pena de reclusión mayor a muerte, es la incautación de fortunas. Si en un delito contra el régimen legal de abastecimientos resultare sentencia condenatoria, «llevará implícita la presunción (salvo una prueba en contrario determinada) de que el eventual aumento de fortuna que hubiere experimentado el reo con relación a la que tuviere en primero de abril de 1939, se causó por medios ilícitos y procede declarar la incautación de la diferencia en beneficio del Estado» (64). La incautación podrá hacerse a arbitrio del Juez, aunque haya sentencia absoluta, si el interesado no hizo declaración de bienes durante el proceso o hubo ocultación maliciosa (65). Esta sanción está aún vigente. Treinta y cuatro años de aumento de fortuna pueden ser incautados.

La legislación especial de abastos no ha elaborado una parte general penal pero ha destacado algunos extremos sobre cooperación (66), exclusión de los beneficios de condena y libertad condicionales, y de

cuniaría. Esta prescripción, que por contenerse en norma de inferior rango, no podía contradecir a las leyes, no se tuvo en cuenta.

(61) Artículo 6, Ley 26 octubre 1939 y art. 2 D.-L. 30 agosto 1946.

(62) P. 3, art. 1, Ley 26 octubre 1939. Al atribuir competencia a la jurisdicción ordinaria, la O. 26 junio 1943 ha de considerarse derogado el artículo 13, Ley 30 septiembre 1940, que preveía la pena del delito de rebelión fijada por el Código de Justicia Militar "cuando por los antecedentes y actividades de los infractores contra el régimen o su conexión con elementos revolucionarios o expatriados, existan vehementes indicios del propósito de perturbación del orden o de la economía nacional por los culpables o la trascendencia del hecho, por los graves daños que a la Nación pueda causar, lo merezca".

(63) Artículos 2 y 3, Ley 26 octubre 1939.

(64) Artículo 4, D.-L. 27 septiembre 1946, que detalla un procedimiento especial que ha de llevarse en pieza separada. Vid. también O. 31 octubre 1946.

(65) Artículo 5, D.-L. 27 septiembre 1946.

(66) Art. 7, Ley 26 octubre 1939.

los de redención de penas por el trabajo (67), aplicación retroactiva de la ley (68) y responsabilidad en delito cometido por una persona colectiva (69).

En cuanto al procedimiento es de destacar que no todos los delitos se rigen por la LECr. (70), siendo de aplicación en su mayoría el procedimiento sumario descrito en los arts. 13 y ss. del D.-L. 30 agosto 1946. La acción suele ser pública excepto en el caso del art. 2 D.-L. 30 agosto 1946 (71) en que sólo se puede proceder a requerimiento de la Fiscalía Superior de Tasas (72). Hoy no existe tal Fiscalía (73) y no conozco norma alguna que atribuya aquella facultad a la nueva Dirección General de Disciplina de Mercado. ¿Cómo se procede entonces contra tal delito?

2) *Delitos monetarios.*

En materia de delitos monetarios sigue en vigor la ley de 24 noviembre 1938 tendente a resolver los problemas de contrabando monetario y atesoramiento de moneda y billetes «en concordancia con las exigencias de la guerra» (74). Treinta y cuatro años después de finalizada la guerra sigue vigente. La desidia legislativa que deja aún tan anacrónica norma en vigor es más grave si tenemos en cuenta que el legislador ha manifestado expresamente la inadecuación de algunos de sus tipos a la realidad actual. Con motivo de los Planes de Desarrollo la Ley de 28 diciembre 1963 (art. 37) primero, y luego el D. 9 mayo 1969 (art. 59) disponen que el Gobierno adaptará la legislación vigente sobre delitos monetarios a las nuevas circunstancias creadas por la liberación de transacciones y pagos con el exterior. Tal adaptación aún no se ha hecho.

En la descripción de las conductas prohibidas utiliza la ley el sistema de otras normas de Derecho penal económico: un casuismo exagerado y la constante remisión a normas diversas de distinto rango. Pero se pueden resumir en los dos grupos siguientes: 1) Contrabando monetario entendiéndose por tal la ilícita circulación, comercio, o tenencia de efectos, monedas o divisas, prohibidos. Las conductas pueden reducirse a la evasión de capitales y a la ocultación de oro, divisas, títulos

(67) Artículo 8, D.-L. 30 agosto 1946.

(68) Artículo 3, Ley 4 enero 1941, que la permite para el delito en ella previsto.

(69) Artículo 4, D.-L. 30 agosto 1946. Vid. nota 144 y, en general, todo el apartado IV, 2) de este trabajo.

(70) Según el artículo 11 del D.-L. 30 agosto 1946 sólo los de los artículos 1 y 2, Ley 26 octubre 1939.

(71) Vid. apartado III, 1), B), d) de este trabajo.

(72) Artículo 10, D.-L. 30 agosto 1946. Téngase en cuenta que con anterioridad la O. 26 junio 1943 no permitía a la jurisdicción ordinaria proceder contra ningún delito a no ser en virtud de testimonio remitido por la citada Fiscalía. El D.-L. citado produce el cambio señalado en el texto.

(73) Vid. nota 58.

(74) Exposición de motivos.

mobiliarios o moneda (75). 2) Atesoramiento de moneda, normalmente de curso legal, y billetes del Banco de España (76).

Se atribuye la competencia al Juzgado de Delitos monetarios (77) compuesto de un Juez acordado libremente por el Consejo de Ministros, un Secretario y personal auxiliar, dependiendo del Ministerio de Hacienda (art. 15). El procedimiento es muy peculiar. Puede iniciarse de oficio o por denuncia siendo incoados los expedientes de investigación y esclarecimiento por la Administración del Comité de Moneda Extranjera y por el Ministerio de Orden público (78). Y con esto se acaba la regulación del procedimiento porque «el Juez gozará de libertad procesal absoluta, con la única limitación de no condenar al que no fuere oído, salvo que mediare declaración de rebeldía» (art. 16). Tal libertad contrasta con la regulación minuciosa del procedimiento sumario para algunos delitos de abastos del D.-L. 30 agosto 1946. Cabe recurso, en asuntos de cuantía superior a 10.000 pesetas, ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (79).

La sanción principal es la multa (hasta el décuplo del importe del contrabando o atesoramiento) con la adición de prisión hasta tres años, todo con el máximo arbitrio judicial cuya única limitación es no exceder dichos máximos. Se prevé, como en otros casos, la prisión subsidiaria de hasta un año en caso de impago, y cuando no pudieran hacerse efectivas las sanciones impuestas, el *Gobierno* podrá acordar la privación de la nacionalidad española (80).

La ley de Delitos monetarios no elabora propiamente una parte general y habrá que acudir al Código penal, el cual, con la LECr., se declara supletorio en la disposición final segunda. Sólo se regula especialmente la responsabilidad subsidiaria, en caso de multa, de las personas jurídicas a las que pertenezca como elemento directivo o empleado

(75) Siguiendo a Jiménez Asenjo. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1040. Establece una ampliación de la conducta la Ley 4 mayo 1948, que modifica el artículo 2 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 agosto 1933, incluyendo a los sospechosos de sustraer a la circulación divisas, mercaderías, etc..., o facilitar las especulaciones sobre las mismas. No ha sido trasladado a la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(76) Decimos moneda *normalmente* de curso legal porque la Ley 20 enero 1939 amplió la figura delictiva a la tenencia o comercio de moneda de plata privada de curso legal. Los billetes de Banco se incluyeron en el tipo del artículo 3, Ley 24 noviembre 1938, por Circular de 9 mayo 1939.

(77) Su competencia fue ampliada por D. 20 febrero 1942 al delito de importación o exportación de mercancías sin licencia y su tenencia y circulación, cuando su valor sobrepasara de 50.000 ptas. (Ley 19 diciembre 1951). Al incluir tal conducta entre las infracciones de contrabando por el D. 16 julio 1964 la competencia pasó a los Tribunales de Contrabando.

(78) No conocemos si tal competencia ha sido trasladada al organismo equivalente hoy existente.

(79) Vid. D. 11 enero 1968, en relación con el artículo 56, D. 16 julio 1964.

(80) Como apunta RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1040, nota 6, atenta contra el artículo 20 del Fuero de los Españoles.

el responsable del delito (81), la libertad del Juez en la imposición de la pena y apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, las penas de los cómplices y encubridores y el premio a los denunciantes (82).

3) *Contrabando.*

La Ley General Tributaria de 28 diciembre 1963 ha separado las llamadas defraudaciones de las infracciones de contrabando. Las defraudaciones fiscales son definidas en el art. 80 y pueden ser sancionadas con multa del tanto al triplo de la deuda tributaria defraudada, con un mínimo de 500 pesetas (art. 83) (83).

La Ley de Contrabando (D. 16 julio 1964 que adapta el Texto refundido de 11 septiembre 1953 a la Ley General Tributaria) sublima todas las notas características de nuestro Derecho penal económico. Analicémosla brevemente.

La tipificación de las infracciones (84) es muy prolija y con una abigarrada y confusa sistemática. El art. 3 da una fórmula genérica sobre lo que se entiende por Contrabando que puede resumirse de la siguiente forma: importación o exportación, tenencia o circulación de mercancías y las operaciones realizadas con artículos estancados o prohibidos, sin cumplir con lo regulado al respecto y la exportación no autorizada de obras y objetos antiguos o de arte. Los arts. 11 y siguientes amplían de manera prolija esta genérica descripción.

Las sanciones previstas son, como principal, la multa (hasta seis veces el valor de los géneros o efectos objeto de la infracción (arts. 24 y 30), como accesorias el comiso y la separación del servicio o cargo y como subsidiaria la prisión de hasta cuatro años (85).

Regula la ley ampliamente el procedimiento que es «exclusivamente de carácter administrativo» salvo el recurso contencioso-administrativo

(81) Artículo 8 de la Ley. El D. 2 julio 1964 (art. 23) sobre Regularización de balances, declara a las sociedades que voluntariamente se acojan a lo dispuesto en el D., exentas de las responsabilidades que se deriven de los hechos de la Ley 24 noviembre 1938.

(82) Artículos 6, 7 y 11 de la Ley. El artículo 5 de la Ley lo consideró QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., p. 248, como un supuesto de responsabilidad *in re*. En realidad, no se trata más que una determinación del sujeto sobre el que pesa un determinado deber, cuyo incumplimiento acarrea un delito de omisión. El artículo 5 trata de precisar que el deber de depositar, ceder, etc..., el oro, divisas, etc..., comprendidos en el D.-L. 14 marzo 1937 (artículo 1, núm. 3, Ley 24 noviembre 1938) pesa también sobre el albacea o el heredero, o sobre el esposo o el tutor.

(83) Excluimos de este trabajo el delito fiscal por entender que el Derecho penal fiscal está llamado a jugar un papel distinto a lo que nosotros llamamos Derecho penal económico.

(84) La Ley abandona intencionadamente las expresiones de delito y falta, utilizadas en las anteriores leyes de contrabando, y las sustituye por la de infracción.

(85) Un día, por el equivalente del importe del salario laboral mínimo vigente cuando se liquide la condena, Artículo 24.

ante el Tribunal Supremo cuando proceda (art. 59). La jurisdicción para conocer de las infracciones es exclusivamente administrativa (artículo 51) ejercida por los órganos siguientes: Tribunales provinciales de contrabando y su presidente, Tribunales de contrabando de Algeciras, Ceuta y Melilla y sus presidentes, y Tribunal Económico-administrativo Central (86). Nos interesa a nosotros destacar algunos puntos del procedimiento.

Con los detenidos, el Presidente del Tribunal ordenará que ingresen en prisión y si no se produce el fallo dentro de las setenta y dos horas siguientes, deberá otorgar la libertad bajo fianza, o poner al detenido a disposición del Juzgado ordinario, militar o de delitos monetarios (87). Si después de fallado el caso procediera la prisión subsidiaria por impago de la multa, el Abogado del Estado presentará un escrito de petición en el Juzgado de Instrucción decano de la residencia del Tribunal, para que decrete el ingreso en prisión. Si lo denegase cabe recurso de queja ante la Audiencia provincial (art. 92) (88). Los recursos previstos en la ley contra los fallos de los tribunales no suspenden la ejecución de los mismos (art. 104).

El carácter administrativo del procedimiento hace que se declaren normas supletorias las del Reglamento para las Reclamaciones económico-administrativas (disposición final tercera). No se declara, sin embargo, ninguna norma supletoria de derecho sustantivo aunque se ha transcrito materialmente gran parte del Código penal. De todas formas existen peculiaridades dignas de señalar. No le basta a la ley con transcribir la presunción de voluntariedad del Código penal, sino que crea también, para determinados casos, una presunción de dolo (art. 14): declara la responsabilidad subsidiaria para el pago de las multas contra padres, tutores y maridos y regula ampliamente la de las empresas (arts. 21 y ss.); establece la retroactividad de la ley (89) y otorga premios a los denunciantes (art. 97); por último otorga a la comisión de

(86) Estos tribunales suelen estar compuestos por miembros del Ministerio de Hacienda —el Delegado provincial, el Jefe de la Abogacía del Estado, el Interventor, etc.— y un funcionario de la carrera judicial.

(87) Artículo 68.

(88) El lector encontrará seguramente un paralelo con la “entrega al brazo secular” como técnica de la Inquisición.

(89) Disposición final primera. La retroactividad de la Ley de contrabando tiene explicación en la lentitud de la Administración en su actividad. La Ley General Tributaria de 28 de diciembre 1963, en su disposición transitoria 4.^a, establece que se someterán a la Ley de Contrabando de 1953 las infracciones que se sometan hasta el 1 julio 1964. Promulgada la nueva Ley de Contrabando el 16 julio 1964 y publicada en el “B. O. E.” el día 24 del mismo mes y año, no podía abandonar veinticuatro días de impunidad. La mejor solución para esta falta de previsión fue declarar la Ley retroactiva al 1 de julio. Una orden del Ministerio de Hacienda de 28 septiembre 1964 destacó que el artículo 24 (sobre la prisión subsidiaria) será aplicable “con independencia de la fecha en que las infracciones hubieren sido cometidas”. Dicha orden, inexplicable, intenta, pues, superar los límites de retroactividad que la propia Ley prevé.

delitos conexos (90) el efecto de elevar la sanción de la infracción de contrabando a su grado superior.

IV. CONSIDERACIONES DOGMATICAS

1) *Poder sancionador de la Administración*

Las facultades sancionadoras otorgadas a la Administración en materia de Derecho penal económico alcanzan un grado lo suficientemente elevado como para llamar la atención del penalista. El entrecruzamiento de competencias entre la Administración pública y el poder judicial exige ser clarificado. A los efectos que pretendemos nos interesa seguir aquí un método que parta del examen del Derecho positivo para conducirnos a la controversia dogmática. No empezamos por tanto cuestionando si lo que la Administración castiga son infracciones administrativas o criminales, ni tampoco si la sanción que impone es o no una pena criminal, sino que nuestra primera tarea es conocer, a la vista de nuestro derecho positivo, el auténtico alcance del poder sancionador que la Administración tiene en sus manos.

A) *Ambito de la potestad sancionadora*

La Administración para cumplir sus funciones de policía general o de orden público y de policía especial (91) está facultada para la utilización de instrumentos de fuerza. En unos casos se trata de medios encaminados a obligar a la voluntad rebelde a cumplir lo ordenado (92). En otros se trata de «un medio represivo que se pone en

(90) El artículo 10 los enumera para acabar en una fórmula genérica que incluye cualquier delito común y los de contrabando monetario de 1938 cuando "tienen por objeto preparar, perpetrar, ejecutar, facilitar, asegurar o encubrir el contrabando". De los delitos conexos conocerán los Juzgados y Tribunales ordinarios competentes o el Juzgado de Delitos monetarios (art. 57).

(91) Sobre estos conceptos, cfr. GARRIDO FALLA, F., *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, en *Revista de Administración pública*, número 28, 1959, pp. 12-13.

(92) El art. 104 de la Ley de Procedimiento administrativo los enumera: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas. A ellos hay que añadir el lanzamiento o deshaucio administrativo y la utilización de la fuerza pública por razones de orden público. Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*. Vol. I, 6.^a ed., Madrid, 1973, p. 555. Es necesario tener en cuenta que la multa coercitiva no es una sanción, un castigo, sino una medida que ha de imponerse "para cumplir lo ordenado", según expresión del artículo 107 de la misma Ley de Procedimiento administrativo. En este sentido, afirma FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho administrativo* (trad. de la 5 ed. alemana por Legaz Lacambra. Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge), Madrid, 1958, pp. 403-4, que "la sanción coercitiva constituye fundamentalmente un medio de doblegamiento distinto de la pena criminal, por lo que sería mejor no considerarla pena propiamente dicha. Su aplicación debe ir condicionada por el fin que aspira a producir", añadiendo que el factor decisivo que se toma en cuenta

marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido» (93). Las primeras medidas, las coacciones, *no castigan* una desobediencia al Derecho, sino que *imponen* un determinado hacer ordenado (94). Las medidas represivas, por el contrario, castigan el incumplimiento de una obligación y son las que integran el poder sancionador de la Administración. Apoyándose analíticamente en las distintas relaciones existentes entre el administrado y la Administración se distingue entre *sanciones disciplinarias* (justificadas por especiales relaciones de poder a las que están sometidos determinados administrados y que crea determinados deberes en relación con un servicio público) y *sanciones gubernativas* (95) (explicadas en virtud de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado) (96).

El poder disciplinario habita una zona pacífica en relación con el Derecho penal (97). El carácter de sus sanciones (desde la amonestación a la separación del servicio) y el fundamento que las justifica (las relaciones especiales de poder) difieren de los del Derecho penal. De ahí la posibilidad de su acumulación, legal y doctrinalmente reconocida. El tema realmente polémico es el relativo a la potestad gubernativa o correctiva de la Administración, cuyos presupuestos, función y finalidad son de difícil diferenciación de los correspondientes a los órganos jurisdiccionales penales. Trataremos de exponer brevemente cuál es el ámbito de dicha potestad sancionadora.

para determinar la cuantía de la medida coercitiva es "la intensidad de la resistencia opuesta a la Administración, que es lo que trata de romper la sanción coercitiva". Salvando las posibles imprecisiones que surgen del uso de una distinta terminología, lo cierto es que se quiere diferenciar entre medida coercitiva y medida retributiva o de castigo. Es lo que hace el artículo 107 de la Ley de procedimiento administrativo al oponer los conceptos de sanción y multa coercitiva.

(93) GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., pp. 32-34. Sobre esta distinción entre la medida coactiva y las sanciones represivas, vid. también MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal* (trad. de Córdoba), I, Barcelona, 1962, pp. 7 y ss.

(94) MAURACH, R., *Tratado*, I, cit., p. 8.

(95) Siguiendo la terminología del número 3 del artículo 26 del Código penal.

(96) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *Revista de Administración pública*, número 67, enero-abril, 1972, pp. 46-47, hace otra distinción. De un lado las sanciones derivadas de los poderes de policía general o especial que coincidirían con las que llamamos en el texto sanciones gubernativas. Del otro las sanciones derivadas de la aceptación voluntaria por el administrado de una especial relación de poder con la Administración entre las que se encontrarían las sanciones disciplinarias y las que se impongan a contratistas y concesionarios. Aunque la clasificación parece ser más completa no es totalmente acertada porque, como apunta GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 17, la sanción disciplinaria no procede siempre de una relación de poder basada en un acto voluntario, sino que a veces se basa en un mandato ajeno a la voluntad. Por ejemplo, el ingreso en el servicio militar en cumplimiento del servicio obligatorio o el ingreso en penitenciaría en cumplimiento de sentencia condenatoria.

(97) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 46.

En Derecho administrativo rige con carácter general el principio de que «toda actividad administrativa de injerencia en la libertad y propiedad de los particulares necesita un fundamento legal» (98). Con mayor razón tal fundamento legal será necesario cuando tal injerencia constituye una sanción represiva, un castigo.

Hay sanciones que la Administración impone en uso de sus atribuciones gubernativas que tienen un menor impacto polémico con las sanciones propias del Derecho penal. Tales pueden ser la clausura del establecimiento, suspensión de una publicación, publicidad del nombre del infractor, etc. Pero hay otras cuyo contenido es similar a las penas previstas para los delitos y faltas del Código penal. Así la multa, amonestación, privación de libertad, etc. El fundamento legal se encuentra genéricamente formulado en el art. 603 del Código penal, cuyo primer párrafo faculta a la Administración para establecer, *por vía reglamentaria*, penas iguales a las previstas para las faltas en el citado cuerpo legal. Ahora bien, utilizando la excepción del precepto («a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales»), la Administración ha encontrado fundamentos legales específicos para la imposición de toda clase de sanciones.

En efecto, la Administración puede imponer, por ejemplo, multas sin límite de cuantía (99), la pérdida de la nacionalidad española (100) y la privación de la libertad. Esta última sanción se utiliza normalmente como sanción sustitutoria en caso de impago de multa (101). Sin embargo, y pese a que se ha afirmado que en el orden administrativo no existe la menor referencia a la privación de libertad como pena principal (102), también se utiliza con este alcance. Bastaría con citar el art. 603 del Código penal que, al menos en principio y mientras no se haga una adecuada interpretación, faculta a la Administración para imponer la pena de arresto menor. Pero también el art. 7 de la ley penal y procesal de delitos monetarios de 24 noviembre 1938, aún vigente, prevé la privación de libertad como pena principal. Sobre el carácter administrativo del órgano que la impone (Juzgado de Delitos monetarios) no puede caber la menor duda (103).

(98) GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 19.

(99) Así el Consejo de Ministros en caso de infracciones de disciplina de mercado, según el Decreto de 17 noviembre 1966.

(100) Artículo 9, Ley de delitos monetarios de 24 noviembre 1938.

(101) Artículo 24, Ley de contrabando; artículo 20, Ley de orden público, etcétera... Obsérvese que la prisión subsidiaria se regula con mayor severidad que en el Código penal, art. 91.

(102) Así, GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 49. Tampoco la cita como pena principal MARTÍN-RETORTILLO, L., *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 15 y ss.

(103) En este sentido, SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités des délits économiques dans le droit espagnol*, en *Travaux de L'Association H. Capitant*, tomo XIII, 1963, p. 753, quien advierte que el hecho de que el Juez de Delitos monetarios dependa del Ministerio de Hacienda y no del de Justicia prueba que más que un órgano de la Justicia es un órgano de represión en manos de la Administración pública. El propio GARRIDO FALLA, F., *Tratado*

A la hora de exponer el ámbito del poder sancionador de la Administración en uso de atribuciones gubernativas conviene destacar una de sus principales características. La excepción citada del art. 603 del Código penal ha sido utilizada para consagrar la violación del non bis in idem. Son numerosas las leyes que permiten a la Administración la imposición de la sanción gubernativa prevista independientemente de las que impongan los tribunales en razón del mismo hecho (104).

B) *Posible justificación: la infracción administrativa.*

Ante esta situación se ha dicho, con fundado dramatismo, que «no hace falta ya dar ningún paso más para llegar, v. gr., a la imposición de una pena de muerte por vía administrativa», advirtiendo, sin embargo, que «la ley no lo puede todo» (105).

Pero antes de condenar esta entrega de poder represivo por parte del legislativo a la Administración pública nos es obligado indagar si existe alguna justificación. La doctrina se ha preocupado insistentemente en hallar una diferenciación entre un ilícito penal y un ilícito administrativo. Lo que debemos tratar ahora es de saber si el legislador opera con alguna distinción entre ambos ilícitos porque, si así fuera, quedaría legitimada la entrega a la Administración de un poder represivo dirigido a castigar aquellas conductas antijurídicas que constituyesen ilícito administrativo.

El hallazgo de un criterio *sustancial* de distinción es preocupación constante desde Goldschmidt a nuestros días, preferentemente en las literaturas alemana e italiana. No es éste el lugar para hacer una exposición detallada de las distintas posiciones (106) por lo que, y a los

de Derecho administrativo, vol. III, Madrid, 1963, p. 181, conviene en que "los organismos a los que nuestro Ordenamiento positivo atribuye la jurisdicción económico-administrativa forman parte (no obstante, el nombre de *Tribunales*) de la Administración Pública, y el régimen de sus actos es, cabalmente, el régimen jurídico de los actos administrativos". (Paréntesis y subrayado de Garrido Falla.) Y el mismo en *Los medios*, cit., p. 42, nota 74, reconoce en cuanto al Juez especial de Delitos monetarios que "el carácter administrativo de este Juez especial no es discutible". GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Consideraciones jurídico-administrativas sobre las jurisdicciones punitivas especiales*, en *Proceso a la jurisdicción de delitos monetarios y a los tribunales de contrabando. Conferencias organizadas por el Círculo de Estudios jurídicos de Madrid*, Madrid, 1970, p. 73, comparte igualmente la tesis de que el Juzgado de Delitos monetarios es parte de la Administración. Primero porque las alzas se residen en un órgano administrativo (Tribunal económico-administrativo) y segundo porque lo establece un famoso Decreto de competencias de 1 julio 1954 (A. 981) dictado contra el parecer del Consejo de Estado ante un procesamiento de la Audiencia provincial de Madrid al Juez de Delitos monetarios.

(104) Artículo 2 del Decreto 17 noviembre 1966; artículo 18 de la Ley de orden público; artículo 112 de la Ley de régimen local, etc...

(105) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1971, p. 118.

(106) Vid. KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlín, 1966, pp. 158 y ss. ZANOBINI, *Le san-*

efectos que nosotros pretendemos, creemos suficiente conocer la de Eb. Schmidt, por dos razones. De un lado porque ha trabajado motivado por la regulación positiva del Derecho penal económico alemán y del otro, porque resume y continúa una antigua tradición (J. Goldschmidt, A. Schönke, E. Wolf). Su entendimiento puede concretarse en que la característica de la infracción administrativa ha de encontrarse en su indiferencia ética y en la consiguiente ausencia de eticidad en la sanción prevista. Parte, como Goldschmidt, de la oposición entre Jurisdicción y Administración destacando que el delito y la pena criminal son exclusivamente tarea de los órganos de justicia (Sache der Justiz). El delito lesiona intereses vitales jurídicamente protegidos, es decir, *bienes jurídicos*, mientras que la infracción administrativa lesiona los intereses de la Administración en la colaboración del ciudadano, es decir, *bienes administrativos*. El ciudadano tiene el deber de cooperar (se le concibe como Hilfsorgan) con la Administración y si tal deber se lesiona el Estado reacciona para evitar futuras infracciones. La multa como sanción administrativa se diferencia de la pena criminal no sólo nominalmente (Geldbuße en contraposición a Geldstrafe), sino también en su esencia, ya que no puede entenderse como pena, sino como advertencia del deber (Pflichtenmahnung) que presenta unas características de aplicación distintas. Es decir, es un asunto administrativo, se presenta bajo el principio de oportunidad, cabe la posibilidad de ser aplicada a personas jurídicas y no permite la prisión subsidiaria en caso de impago (107).

Las conclusiones a que conduce esta posición han sido contradictorias. No es aceptable, en primer lugar, la oposición entre Justicia y Administración (108), y se dijo que no puede negarse que los preceptos administrativos sean preceptos jurídicos y tengan un contenido de justicia (109). De otro lado la distinción entre bienes jurídicos y bienes administrativos no es suficientemente clara. Hay intereses administrativos que por el hecho de que su lesión alcance un determinado grado de intolerabilidad se convierten en bienes jurídicamente protegidos por el Derecho penal. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 319 del Código penal. Ha sido abandonado también el entendimiento del ciudadano como colaborador (Hilfsorgan) de la Administración, porque más bien se en-

zioni amministrative, 1924. GARCÍA OVIEDO, C., *Las contravenciones de policía*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo 149, 1926, pp. 602 y ss. CASABO, J. R., en *Comentarios al Código penal*, de Córdoba Roda, J.-Rodríguez Mourullo, G., I, Barcelona, 1972, pp. 78 y ss. GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., pp. 34 y ss. MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Barcelona, 1965, pp. 240 y ss.

(107) Cfr. SCHMIDT, Eb., *Das neue*, cit., pp. 20 y ss., 25 y ss. y 44 y ss. Una exposición detallada y crítica en KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., pp. 159-160.

(108) KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 168.

(109) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 29.

tiende que es ésta la obligada con la comunidad (110). Por último, la pretendida diferenciación *sustancial* entre pena criminal y sanción administrativa está lejos de ser aceptable. La única diferenciación posible en Derecho español es la de la multa como medida coercitiva y la multa como pena (111), es decir, entre el medio coactivo para obligar al cumplimiento de una obligación y el medio sancionatorio. Cuando la multa se entiende como *castigo* al infractor por el incumplimiento de una obligación estamos en presencia de una pena (112) y no de una simple advertencia. Además las características de aplicación que atribuye la doctrina alemana a la multa administrativa no se cumplen en nuestro Derecho, porque, según nuestra regulación positiva, cabe la prisión subsidiaria en caso de impago (113).

Rechazada hoy mayoritariamente la posibilidad de hallar un criterio *sustancial* (114) no es posible atribuir al legislador la utilización de tal criterio (115).

C) *Lesión de los principios informadores del ordenamiento jurídico.*

El poder sancionador que la Administración pública española ostenta en la actualidad no aparece explicado por el carácter administrativo de la infracción castigada. Obedece simplemente a que ha sido otorgado por el poder legislativo. Ciertamente es que éste no actúa del todo caprichosamente. Hay que reconocer que la sanción que impone la Administración tiende a «reprimir transgresiones que se han producido en un campo cuya competencia y cuidado ha sido previamente encomen-

(110) KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 168. En igual sentido GARCÍA OVIEDO, C., *Las contravenciones*, cit., pp. 620-1: "En el estado actual de la vida pública no se reclama tanto el concurso del individuo en la obra de la Administración cuanto la realización de esta obra en favor de los ciudadanos con el objeto de proporcionarles aquellas condiciones y elementos que les faltan para la satisfacción de sus necesidades."

(111) Vid. nota 92.

(112) En este sentido SAINZ DE BUJANDA, F., *En torno al concepto y contenido del Derecho penal tributario*, en *Anuario*, 1968, p. 103.

(113) Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 35, nota 59. En la doctrina italiana también se utiliza el criterio de la convertibilidad para la distinción. Cfr. FROSALI, R. A., *Sistema penale italiano. Parte prima. Diritto penale sostanziale*, III, Torino, 1958, pp. 210 y ss.

(114) Cfr. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 177, que también lo rechaza y cita a Jescheck y Bockelmann.

(115) Al lado de la diferenciación *sustancial* se han utilizado otros criterios cuantitativos y formales. Ninguno de ellos puede ser utilizado en la tarea que nos ocupa. Los cuantitativos porque nuestro Derecho positivo demuestra fehacientemente que la ley no hace distinción ni en la gravedad de la conducta (basta saber que algunas leyes facultan a la Administración a castigar la misma conducta sancionada por los tribunales de justicia) ni en la de la sanción (la Administración impone penas de la misma gravedad que el poder judicial). Los formales porque constituirían en nuestro caso una petición de principio, ya que lo que tratamos de saber es si la ley, al atribuir determinado poder sancionador a la Administración, lo hace obligado por el carácter administrativo de la infracción.

dado a la Administración» (116) y a ese ámbito se ciñe la potestad sancionadora. No es que la infracción tenga carácter administrativo sino que se produce en un ámbito de actividad administrativa. Ahora bien, este criterio que parece deducirse de nuestra regulación positiva, no justifica, como pretende Garrido Falla, el poder sancionador de la Administración, sino que simplemente se limita a explicarlo. Sigue en pie como antes la dramática duda de si puede llegar la Administración a la imposición de la pena de muerte por vía administrativa.

En realidad el alcance del poder sancionador administrativo en nuestro país constituye una situación anómala en relación con el Derecho comparado (117) e infringe los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Se infringe el principio del non bis in idem recogido, entre otras muchas disposiciones (118), en el propio art. 603 del Código penal. De su párrafo segundo se deduce con toda claridad que las leyes no pueden encomendar a la Administración el castigo de los *delitos* previstos en el Libro II del Código penal (119). En materia de *faltas* el citado párrafo no parece tan claro. Sin embargo, el hecho de afirmar que las disposiciones del Libro III del Código penal no excluyen ni limitan las atribuciones que las leyes otorguen a la Administración para corregir gubernativamente las *faltas*, no significa que puedan éstas castigarse de forma acumulativa (120). En este sentido ha puesto de relieve Garrido Falla (121) que el párrafo 2 del art. 603 se limita a declarar competentes tanto a la jurisdicción penal como a los órganos administrativos. Ello implica que la atribución de competencias a una de las jurisdicciones no excluye, en efecto, la competencia de la otra, pero «hay que entender que la aplicación de la sanción de una de dichas vías impide que la misma persona sea sancionada en la otra». «El que la competencia se haya querido atribuir a uno u otro organismo estatal o incluso el hecho menos disculpable de que por una falta de coordinación de las competencias estatales se haya atribuido simultáneamente a las dos jurisdicciones, no puede redundar en perjuicio del ciudadano» (122).

(116) GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 37.

(117) Cfr. PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., passim.

(118) Artículo 666, número 2, LECr., artículo 59 Código penal.

(119) En este sentido, CÓRDOBA, J., *Nota al Tratado de Derecho penal*, de Maurach, R., I, Barcelona, 1962, p. 20, quien cita además las SS. 16 marzo 1872 y 28 mayo 1874.

(120) Ya se preocupó de esta cuestión SARABIA, J., *Doble penalidad en las faltas*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 74, 1889, p. 321, repudiando la doble penalización, si bien propone una solución de difícil aceptación. Según dicho autor deben otorgarse a la Autoridad judicial las faltas consumadas y a la Administración sólo las frustradas o intentadas (que están limitadas) del Código penal.

(121) *Los medios*, cit., pp. 40-41.

(122) En este mismo sentido de la falta de coordinación se manifestó la S. 15 febrero 1969, Sala 4.^a, aunque admitió la doble penalización. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, L., *Sanciones*, cit., p. 17. Vid. también CASTEJÓN, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950, p. 71.

Se infringen también nuestros principios constitucionales. Tal es el caso de las sanciones que integran privaciones de libertad en relación con el art. 18 del Fuero de los Españoles que faculta al poder público sólo a una detención preventiva de setenta y dos horas (123). Atentan contra el art. 32 del Fuero de los Españoles las sanciones de multa cuya enorme cuantía puede convertirlas en auténticas confiscaciones de bienes o atentados contra la propiedad sin las garantías de la expropiación forzosa (124). Y otros muchos ejemplos que se podrían poner, como la violación expresa del art. 20 del Fuero de los Españoles realizada por aquella norma que faculta al Gobierno a privar al infractor de la nacionalidad española (125), o la del principio IX del Movimiento Nacional y art. 30 de la Ley Orgánica del Estado cuando se exige el previo pago para la interposición del recurso, etc. Por último, en la medida en que las sanciones que impone la Administración son penas (sobre ello trataremos más adelante), «la potestad punitiva de la Administración aparece en atenta oposición al monopolio jurisdiccional que los arts. 29 y 31 de la Ley Orgánica atribuyen a los jueces y tribunales» (126).

D) Interpretación de los arts. 26 y 603 del Código penal.

Esta es la situación de nuestro Derecho positivo. Nuestro ordenamiento jurídico, al menos en lo que atañe al Derecho represivo, sufre unas contradicciones internas que ponen de relieve la inseguridad jurídica que vive nuestro sistema. Es necesario conformar la actividad administrativa con los principios informadores de nuestro ordenamiento.

El hecho de que la función de la Administración pública sobrepase los límites de la tradicional función ejecutiva del Estado hasta el punto de irrogarse facultades similares a las del poder legislativo (actos reglamentarios) y judicial (actos jurisdiccionales), no impide el carácter residual de la función administrativa. Lo que queda en manos de ésta no puede ser más que el resto de las adquisiciones que los poderes legislativo y judicial han realizado de las facultades del antiguo monarca absoluto (127). Es necesario, pues, determinar el alcance de los poderes legislativo y judicial en materia de represión de infracciones para conocer los límites de actuación de la Administración pública.

La vigencia del principio de legalidad en nuestro Derecho pone de relieve que la materia penal es de exclusivo monopolio del Poder judicial y constituye reserva legal. Determinado lo que se entiende por Delito y pena los límites entre el poder sancionador de la Administración

(123) Vid. GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 48.

(124) Vid. PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 89.

(125) Artículo 9, Ley de Delitos Monetarios, 24 noviembre 1938.

(126) PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., pp. 89-90, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., pp. 71-72.

(127) Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado*, I, cit., pp. 32 y ss. y 37.

y el Derecho penal quedarán suficientemente fijados. El problema que planteamos rebasa con mucho las pretensiones de nuestro trabajo. Sin embargo, hemos de hacer algunas consideraciones al respecto que justifique la rúbrica que hemos utilizado de *Derecho penal* económico.

Consideramos, con la doctrina mayoritaria, que una definición sustancial de delito (lesión intolerable de bienes jurídicamente protegidos, por ejemplo) sólo tiene valor desde un punto de vista dogmático. Es inevitable tener que ceder ante un cierto positivismo jurídico y reconocer que delito es lo que el legislador considera como tal. En otras palabras, delito es la infracción penada por la ley. La clave ha de encontrarse, pues, en lo que se entienda por pena criminal. A los efectos de diferenciar el ámbito del poder sancionador de la Administración del Derecho penal interesa aquí solamente dilucidar los problemas que plantean los arts. 26 y 603 del Código penal que oscurecen la diferenciación. Una interpretación aclaratoria puede ser la siguiente.

Del art. 603 y del número 3 del art. 26 del Código penal se deduce la posibilidad de que la Administración imponga *penas* (128). En principio puede parecer que el propio Código penal infringe los principios que informan nuestro sistema jurídico pero una observación más minuciosa nos proporcionará una conclusión más adecuada. Que la Administración esté facultada para la imposición de *penas*, entendiendo por tales los castigos dirigidos a la retribución de una conducta antijurídica, es algo que desde ningún punto de vista puede ser discutido. Bastaría con tener en cuenta las penas que se imponen por vía disciplinaria. Lo que ocurre es que nuestro Código penal distingue entre penas criminales y otras que no revisten tal carácter. En efecto, el número 3 del art. 26 determina que *no se reputarán penas* las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados. Decir que no se reputarán como penas significa que no le serán aplicables las disposiciones sobre aplicación, efectos, ejecución, etc... recogidas en el Tít. III del Libro I del Código penal (129). Es decir, que no se reputarán como penas criminales.

(128) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Las exigencias previas del Estado de Derecho para la admisión en España del delito fiscal. Contemplación político criminal y sus posibilidades prácticas, conferencia en el coloquio que bajo el título indicado organizó el Círculo de Estudios Jurídicos de Madrid*, Madrid, 1971, página 95; CASABO, J. R., en *Comentarios*, de Córdoba, J.-Rodríguez Mourullo, G., cit., p. 71.

(129) Ello no impide, sin embargo, que las reglas recogidas en el citado título operen como supletorias. En sentido similar a éste, aunque no idéntico, SALVADOR BULLÓN, P.-SALVADOR BULLÓN, H., *La prescripción de las faltas disciplinarias en Derecho penal español*, separata de la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1952, p. 27. CASABO, J. R., en *Comentarios*, de Córdoba, J.-Rodríguez Mourullo, G., cit., p. 86, entiende que "la infracción administrativa queda sujeta a las reglas generales de Derecho penal. Resultan, pues, plenamente válidas las exigencias de legalidad y de culpabilidad". Si lo que se pretende decir es que las reglas generales de Derecho penal actúan como supletorias me parece acertado. Si por el contrario se quiere afirmar que sólo se rigen

Ahora bien, mientras el Código penal se desentiende de las penas disciplinarias porque su carácter, contenido y fundamento difieren de las propiamente criminales, se ha preocupado de determinar el límite hasta el que puede alcanzar la potestad sancionadora de la Administración cuando se trata de imposición de penas en uso de atribuciones gubernativas. Y no podía ser menos dada la similitud que pueden tener dichas penas con las propiamente criminales debido a la identidad de fundamento, contenido y función. El límite se encuentra, según el art. 603, en las penas previstas para las faltas en el Código penal (130). Se trata de que la Administración no supere dicho límite, pero no de que la Administración pueda en todo caso imponer las mismas penas que las previstas para las faltas en el Código penal. Hay alguna, como la de arresto menor, que de ningún modo puede quedar en manos de un órgano administrativo so pena de atentar contra el art. 18 del Fuero de los Españoles. Esta idea estaba latente ya en 1848 como lo prueba un Real Decreto de 18 mayo 1853 que exigía para las faltas que merezcan pena de arresto que sean «castigadas siempre en juicio verbal».

Hasta aquí lo que se entiende por materia penal queda suficientemente explicado por lo que se refiere a los puntos de fricción con el poder sancionador administrativo. El Código penal sólo admite confusión en relación con determinadas penas leves (multa, reprensión y privación del permiso de conducir en los límites prescritos). El resto de las penas serán reputadas como criminales y les será de aplicación el Tít. III del Libro I del Código penal, entre cuyas prescripciones se encuentra la de que han de ser aplicadas en virtud de sentencia firme (art. 80).

Sin embargo, toda esta construcción se derrumba por la salvedad del propio art. 603: «a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales». Es decir, se admite la posibilidad de que leyes especiales faculten a la Administración a establecer por vía reglamentaria penas mayores a las previstas para las faltas en el Código penal. La salvedad de todas formas es innecesaria ya que resulta elemental que una ley especial pueda contradecir lo establecido en una ley general (el Código penal). Lo que a nosotros nos preocupa es que la excepción del art. 603 debilita en demasía el criterio seguido por el Código en la diferenciación entre penas criminales y penas que no revisten tal carácter. Con

por ellas no responde a la realidad porque ya en principio incumplen el artículo 80 del Código penal. Con ello queremos destacar que la función del artículo 26 no puede ser otra que la de sustraer a las reglas del Código penal determinadas penas que no se reputan como tales.

(130) El artículo 603 responde al deseo de otorgar a la Administración un poder represivo fundamentado en el deseo de una más adecuada distribución de la carga en la Administración de Justicia. Desde su origen el sentido del precepto es otorgar a las autoridades administrativas locales (tomando como partida el sentido ambivalente de los Alcaldes como autoridades judiciales y administrativas) facultades represivas sobre infracciones sin más trascendencia que la que se origina en el lugar de comisión.

la finalidad de mantener el criterio del Código como principio orientador de política criminal proponemos nosotros una interpretación restrictiva de la salvedad que establece el art. 603, en los siguientes términos.

El art. 603 desde su creación en 1848 (art. 493) cumple una función *limitadora* (131). El propio precepto está formulado, desde un punto de vista estilístico, de modo negativo. El párrafo inicial del precepto se preocupa de dejar clara la prohibición a la Administración para establecer, por vía reglamentaria, penas superiores a las previstas para las faltas (132). El segundo párrafo también trata de impedir que la Administración pueda corregir las faltas previstas en el Libro III del Código penal consagrando el principio del *non bis in idem* (133). Esta función limitadora del art. 603 nos permite limitar también la salvedad: «a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales». En efecto, las leyes especiales podrán determinar otra cosa, es decir, podrán facultar a la Administración para *establecer* penas superiores a las previstas para las faltas. La expresión *establecer* que utiliza el art. 603 del Código y el art. 27 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, en lugar de la de *imponer*, nos permite encontrar una coherencia entre la interpretación sistemática de los arts. 26 y 603 que apuntábamos más arriba y la salvedad de este último precepto. De un lado ha de entenderse que tales sanciones (las superiores a las previstas para las faltas) serán en todo caso *penas criminales* (134), es decir, que se reputarán como penas según la expresión

(131) Cfr. PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 71: "El poder sancionatorio, tan paladinamente reconocido en la legislación de régimen local, se pretendió inequívocamente limitar por el Código penal de 1848". Pero no sólo se pueden utilizar estas razones históricas porque las leyes vigentes proporcionan otras. De un lado el estilo negativo del artículo 603 ("no se establecerán penas mayores"); de otro, la expresión utilizada en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere a "los casos... que expresa y *limitativamente* atribuye la ley... a las autoridades administrativas o de policía".

(132) Apunta PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 71-72, que, aunque nacida la disposición con una finalidad limitadora, constituye una ruptura con el principio de legalidad porque la materia penal ya no es exclusivo monopolio del Poder judicial ni constituye reserva legal. A través de esta disposición puede afirmarse que el Reglamento es fuente del Derecho penal. Pudiera salvarse esta observación teniendo en cuenta la diferencia entre penas criminales y no criminales, de modo que sólo estas últimas son las que pueden ser creadas por los reglamentos administrativos. Sea como fuere, téngase en cuenta que el concepto de ley como fuente del Derecho penal no es unívoco. Para algunos autores ley en sentido material, es decir, como fuente del Derecho penal, incluye también los reglamentos. Así, STAMPA, J. M., *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, p. 182; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1949, p. 89.

(133) Cfr. CASABO, J. R., en *Comentarios*, de Córdoba, J.-Rodríguez Mourullo, G., cit., I, p. 85, quien comenta además las interesantes sentencias 27 noviembre 1916 y 22 y 27 febrero 1918.

(134) No pretendemos establecer una diferenciación sustancial entre pena criminal y pena no criminal (o entre pena y sanciones civiles, administrativas, etcétera...), pero queremos poner de relieve que el legislador ha señalado

del art. 26, y les serán aplicables, por tanto, las reglas del Tít. III de Libro I del Código penal. Inciden, pues, tales penas sobre *delitos* como concepto opuesto a falta y a infracción administrativa. De otro lado y como consecuencia de la aplicación del Tít. III del Libro I del Código penal, la Administración no podrá en relación a las penas que superen tal límite, ejercer facultades jurisdiccionales, ya que el art. 80 del Código penal las atribuye a los tribunales de Justicia. La Administración jugaría el papel, preventivo de la delincuencia y del orden social, que le corresponde, declarando las conductas merecedoras de sanción, persiguiendo e investigando la infracción (como hacen hoy los funcionarios de Hacienda o de Comercio, o hicieron las Fiscalías de Tasas), asegurando los bienes del presunto infractor, etc... Un ejemplo puede encontrarse en el Real Decreto de 22 diciembre 1908 sobre fraude en sustancias alimenticias. Se establecen una serie de prohibiciones en materia de alimentación en interés de la salud pública, detallándose la tarea de la Administración que se reduce a la vigilancia y persecución de las infracciones. Descubierta la infracción, la Administración está facultada para decomisar los géneros (actividad preventiva elemental cuando se trata de géneros alterados) y publicar el nombre del infractor, pero las penas a que se haga merecedor el autor de la conducta sólo pueden ser impuestas por los Tribunales de Justicia.

La interpretación que nosotros proponemos de los arts. 603 y 26 del Código penal pone de relieve que la regulación que sobre esta materia hace el citado cuerpo legal no violenta ninguno de los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. El criterio del Código es aceptable tanto desde una concepción liberal del Derecho penal como desde el punto de vista de nuestros principios constitucionales. La Administración en uso de atribuciones gubernativas puede imponer penas de similar contenido a las del Código penal, pero nunca superar el límite de las faltas. De otro lado no puede entenderse el art. 603 como un fundamento legal para imponer las penas previstas para las faltas porque la ley no puede facultar a la Administración a imponer, por ejemplo, la pena de arresto menor. Se trata sólo de reconocer que algunas de dichas penas pueden estar de acuerdo con las funciones de policía de la Administración y con los principios informadores de nuestro ordenamiento.

Pese a todos nuestros esfuerzos lo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico es el criterio del Código y lo normal es que la Administración supere el límite de las penas previstas para las faltas en vir-

un límite objetivo de diferenciación entre la pena criminal y la pena administrativa. Ante ello resulta inadecuado utilizar una diferenciación formal atendiendo al órgano que impone la sanción. A esta pretensión formalista ha contestado GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 72: "Es una simple burla verbal... el pretender que una multa de 10.000 ptas., cuando es impuesta por un tribunal penal, es una pena, pero que cuando es impuesta por la Administración no es una pena, o... que ir a la cárcel no es propiamente una pena porque el Juez de Delitos monetarios no es un juez propiamente, sino que forma parte de la Administración".

tud de leyes especiales. Así lo hemos podido comprobar al estudiar la normativa del Derecho penal económico. Si esto es así, ha de parecer inútil la interpretación restrictiva que hemos propuesto de la salvedad del art. 603. Sin embargo, pensamos que pueda tener un valor de política criminal.

E) *Consideraciones finales.*

a) En la llamada teoría del *Derecho administrativo penal* (135) late como problema nuclear el de la diferenciación entre un ilícito penal y un ilícito administrativo. A la luz de nuestro Derecho positivo tal diferenciación es tarea inútil. En nuestro Ordenamiento se opera con la idea de un Derecho represivo único atribuyendo el legislador las facultades punitivas unas veces a la Administración y otras a los jueces y tribunales sin un criterio aceptable. Sólo encerrándonos en el ámbito del Código penal (con la interpretación apuntada de los arts. 26 y 603) encontramos un campo apropiado para seguir tratando del Derecho administrativo penal (Ver *waltungsstrafrecht*). A nuestro entender su nivel polémico es el de las faltas (136), y así lo fue a lo largo de toda la discusión doctrinal. Tradicionalmente el problema consistió en despenalizar los asuntos bala-

(135) Ha de sorprender al lector la utilización de la expresión *Derecho administrativo penal* en lugar de la más usada, y quizá más correcta como traducción de la expresión alemana *Verwaltungsstrafrecht*, de Derecho penal administrativo. A nuestro entender, detrás de toda esta temática hay siempre un problema semántico que la oscurece, por lo que nos pareció adecuado aliviar de entrada a la difícil cuestión de fondo de imprecisiones terminológicas. La teoría del *Verwaltungsstrafrecht* trató de convertir el ámbito de las faltas o contravenciones en una tarea puramente administrativa. No consistía entonces en crear un Derecho penal administrativo, sino un Derecho administrativo sancionador, represivo. En nuestro ordenamiento existe un Derecho penal administrativo en el sentido de un Derecho penal que castiga conductas lesivas de intereses cuya titularidad directa la detenta la Administración. Tal es el caso del artículo 319 del Código penal. Pero esto no es lo que cuestiona la teoría del *Verwaltungsstrafrecht*, que pretende, por el contrario, la implantación de un Derecho administrativo que regule la imposición de determinadas penas. En este sentido se manifiesta ZANOBINI, G., *Rapporti fra il Diritto amministrativo e il Diritto penale*, en *Scritti vari di Diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 141, al advertir que lo que tradicionalmente se incluye en el llamado Derecho penal administrativo es en definitiva Derecho administrativo. La postura que adoptamos en esta cuestión terminológica sigue a la de RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Compendio de Derecho penal*, en preparación. Sobre este aspecto semántico vid. también DEL ROSAL, J., *Ideas sobre la aplicación de los principios de Derecho penal a la infracción tributaria*, en *Anuario*, 1963, páginas 5 y ss.

(136) WOLF, E., *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, en *Festgabe für R. von Franck*, reimpresión de la edición, Tübingen, 1930, página 565, advertía que "insofern hat auch die These vom Verwaltungsstrafrecht als Bagatellstrafrecht ihren berechtigten Kern". En el mismo sentido, KRÜPFELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 150; y CASTEJÓN, F., *Faltas penales*, cit., p. 59, al afirmar que "las faltas administrativas constituyen el Derecho penal administrativo de Goldschmidt, Raggi y Rocco".

días, es decir, en convertir las faltas de los Códigos penales en infracciones administrativas. Ante esta pretensión, los criterios utilizados para diferenciar el ilícito penal del administrativo, coincidían, en la mayoría de los casos, con la diferenciación entre delito y falta (137). De ahí, también, que la mayor parte de los criterios sustanciales de diferenciación eran en el fondo criterios cuantitativos (138). En realidad la diferencia sustancial de ambos ilícitos tiene que ser materia propia de estudio al referirse al concepto de delito o a la antijuricidad. La teoría del Derecho administrativo penal, en su expresión más genuina, trata simplemente de plantear una cuestión de despenalización allí donde el carácter del ilícito se presenta como menos preciso.

b) A la luz de nuestro Derecho positivo lo que llamamos Derecho penal económico no es en realidad *Derecho penal* nada más que en una mínima parte. En la mayor parte de los casos se trata de *Derecho administrativo*. Sólo mantenemos la denominación por el prurito de otorgar un valor al menos teórico a la interpretación apuntada de los artículos 26 y 603 del Código a cuyo tenor las penas superiores a las previstas para las faltas son en todo caso penas criminales a imponer por los órganos de Justicia mediante un procedimiento criminal. Pero conforme a nuestro Derecho positivo no es así. En materia de precios, en la práctica sólo opera la Administración (D. 17 noviembre 1966) y lo mismo ocurre en materia de delitos monetarios o contrabando.

c) Hemos podido comprobar, pues, que la ley «lo puede todo» operando al margen del criterio del Código, de los principios constitucionales y del resto de los principios informadores del ordenamiento jurídico. Solamente el atentado a los principios constitucionales podría permitir que entrara en la lid un instrumento limitador del poder de la ley, pero en nuestro Derecho sólo es posible en el estrecho ámbito del recurso de contrafuero.

2) Responsabilidad de las personas jurídicas.

A) El problema de la responsabilidad de las personas jurídicas ha adquirido una especial relevancia en el marco del Derecho penal. El planteamiento teórico, cuyo auge polémico pertenece a otras épocas, versa sobre la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica de la comisión de un delito. El primer problema corresponde necesariamente a la capacidad de la persona jurídica para cometer un delito,

(137) Tal coincidencia es muy normal en la literatura española. Tratan la cuestión como diferenciación entre delito y falta, CASTEJÓN, F., *Faltas penales*, cit., pp. 17 y ss., TERUEL CARRALERO, D., *Las faltas*, Barcelona, 1956, páginas 20 y ss., y GARCÍA OVIEDO, C., *Las contravenciones*, cit., pp. 602 y ss.

(138) Cfr. KRÜMPPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 165. Esta misma acusación hace a Impallomeni, ALIMENA, *Principii di Diritto penale*, Napoli, 1910, vol. I, p. 257.

en definitiva a la posibilidad de cometer acciones jurídico-penalmente relevantes. Coincidiendo con la corriente pancivilista que anegaba todas las disciplinas jurídicas, la polémica giraba en torno a la incorporación al Derecho penal del concepto de voluntad manejado para el negocio jurídico y que podía ser referido tanto a la persona natural como a la jurídica. Hoy la cuestión está zanjada. La voluntad como elemento integrante de la acción jurídico-penal está considerada desde un punto de vista psicológico, no normativo, por lo que sólo puede ser atribuida a una persona física (139). Ante esta tesitura se niega de plano la capacidad de acción de la persona jurídica en el ámbito criminal (140) y por tanto la posibilidad de ser penalmente responsable (141).

(139) Cfr. BETTIOL, G., *Diritto penale. Parte generale*, 7.^a ed., Padova, 1969, p. 224. Una exposición detallada de las distintas posiciones doctrinales en BARBERO SANTOS, M., *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?* en *Revista de Derecho mercantil*, 1957, pp. 286 y ss.

(140) Tiene razón RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1971, p. 317, cuando afirma que "no puede negarse que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes", pero de lo que se trata es de saber si tales acciones pueden ser penalmente relevantes.

(141) Además de la falta de capacidad de acción se alude también a otras incapacidades. Por ejemplo, incapacidad para sufrir el reproche que integra el juicio de culpabilidad jurídico-penal o para sentir el sentido retributivo de la pena y el desvalor ético-social que entraña. Vid. a modo ilustrativo y para señalar el sentir mayoritario de la doctrina moderna, JESCHECK, H.-H., *Lerhbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1969, p. 156; BETTIOL, G., *Diritto penale*, cit., pp. 223 y ss.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, pp. 152 y ss., y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 317 y ss., quien además apunta que en nuestro derecho las normas del procedimiento penal no permite hacer efectiva la responsabilidad criminal en la persona jurídica. Que en nuestro derecho sustantivo no se reconoce más responsabilidad que la individual lo corroboran los artículos 174 a 176, 238 y 499 bis del Código penal. Sólo en un caso, artículo 265, se prevé una medida contra la persona jurídica: la disolución. Sin embargo, no está considerada como pena. Constituye una medida administrativa más de las que autorizadamente imponen los tribunales de justicia (como las medidas de seguridad predelictuales). La disolución como medida tiene su origen en el artículo 19 de la Constitución de 1 junio 1869 y fue recogida con carácter general por el proyecto Silvela de 1884. Cfr. SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid, 1927, pp. 126 y ss. Según saldaña (p. 56), el proyecto Silvela fue considerado en la doctrina europea como un caso de reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas y se siente inclinado a considerar la disolución como pena (p. 129), y no como simple medida administrativa, en razón de ser impuesta por los tribunales. Sin embargo, en el proyecto Silvela no está claro que se reconozca la capacidad criminal de las personas jurídicas ni que se entienda la disolución como pena. Es significativo que el artículo 25 del proyecto comience estableciendo que "la responsabilidad criminal por los delitos o faltas es individual". De otro lado, L. Silvela, auténtico autor del proyecto (vid. ANTÓN, J., *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español*, en *Anuario*, 1972, fascículo II, p. 259), en su obra *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, 2.^a ed. Parte primera, Madrid, 1903, p. 163, niega la capacidad penal de las personas jurídicas (por su incapacidad para ser imputable) y niega que la disolución sea una pena (criticando el nombre de *pena* que le da el artículo 19 de la Constitución). Por último, el proyecto Silvela

Sin embargo, la actuación de la persona jurídica en el mundo del Derecho origina una serie de problemas al sistema punitivo. En efecto, la persona jurídica puede realizar actos o negocios jurídicos que pueden constituir el elemento central de una conducta penalmente típica. Una persona jurídica puede quebrar conforme al art. 520 del Código penal, o importar o transportar conforme al art. 238, etc... La necesidad que tiene el Derecho penal de responder a este tipo de conductas unido a la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas obliga a adoptar vías adecuadas. Desde un plano teórico la solución ha de encontrarla la ley diferenciando entre el órgano que realiza el acto jurídico y la persona que resulta obligada por el mismo. De este modo si bien no se puede proceder penalmente contra la persona jurídica cabe la posibilidad de dirigir la responsabilidad criminal contra la persona física que integra el órgano. Esta solución, sin embargo, tropieza con dos tipos de dificultades.

De un lado el hecho de que en ocasiones el tipo penal exige requisitos que sólo cumple la persona jurídica pero no su órgano. Tal es el caso, por ejemplo, de la quiebra fraudulenta del art. 520. Los actos que determinan el carácter fraudulento de la quiebra son realizados por el órgano mientras que es la persona jurídica quien detenta el carácter de «quebrado». No es posible, pues, proceder contra ninguno de los dos. Solamente una regulación positiva expresa puede solucionar este problema derivado de la actuación en representación de otra persona. En nuestro Derecho, al contrario que en otros países (142), carecemos de una regulación con carácter general al respecto. Un intento particular de solución lo ofrece la ley de contrabando de 16 julio 1964. Pero el expediente utilizado no es el más adecuado en cuanto procede directamente a ampliar el concepto de autoría. El art. 20 castiga como autor, entre otros, 3.º a «los que aseguran o hacen asegurar, de cuenta propia o por encargo de otro, cualquier acto u omisión que sea constitutivo de infracción». Esta ampliación de la autoría permite solucionar algunos supuestos en los que se exigen requisitos que no cumple el representante, sino la persona jurídica representada. Piénsese, por ejemplo, en la infracción consistente en la importación de taba

no incluye la disolución entre las penas, sino entre lo que llama complementos de la pena o consecuencia del delito. Cfr. ANTÓN, J., *Los proyectos*, cit., p. 274.

Sobre las medidas que el Derecho comparado admite en relación a sociedades mercantiles, cfr. CONTI, L., *Diritto penale commerciale*, vol I, Torino, 1965, pp. 7 y ss. En el Derecho anglosajón existe una marcada tendencia a afirmar la responsabilidad penal de las corporaciones, asociaciones y demás entes supraindividuales. Sobre ello, vid. BARBERO SANTOS, M., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 304 y ss., y notas de YÁÑEZ ROMÁN, P.-L., a la recensión de la obra de LEIGH, L. H., *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, London, 1969, en *Anuario*, 1972, fasc. I, pp. 185 y ss.

(142) El tema de la actuación delictiva en representación de otra persona (*Handeln für einen anderen*) ha sido estudiado profusamente, y con cierta exclusividad, por la doctrina alemana, por la razón de estar regulado en la *Ordnungswidrigkeitengesetz*, de 24 mayo 1968, parágrafo 10, y haber sido incorporado al Código penal alemán, parágrafo 50 a), por el proyecto de 1962.

cos sin haberlos presentado en la Aduana (n.º 4, art. 11). No se trata de la importación de tabacos por quien no esté autorizado, sino simplemente de la importación sin haberlos presentado en la Aduana. Es decir, requiere que la importación sea realizada por la persona jurídica que detenta el Monopolio de Tabacos. Este requisito no lo cumple el órgano que asegura la conducta delictiva y, pese a ello, por aplicación del art. 20 resulta responsable en concepto de autor.

De otro lado aparece una segunda dificultad de tratamiento que se produce no sólo en el caso de que medie en la conducta delictiva una persona jurídica sino también otras entidades supraindividuales como la empresa. Se trata de la dificultad de la prueba. Dentro de la gran empresa existen una serie de delegaciones y de representaciones de un órgano a otro que producen, unido al agobio de trabajo, una actuación mecánica en las firmas y en las aprobaciones de lo actuado por órganos inferiores. Todo ello complica la investigación sumarial y el recto hallazgo de la persona cuya culpabilidad resulte totalmente probada (143). De ahí que las leyes prefieran operar con presunciones de culpabilidad (dolo) partiendo, en la mayoría de los casos, de la apreciación objetiva de una negligencia derivada de la existencia de los deberes de vigilancia y cuidado que todo órgano empresarial tiene al aprobar actuaciones. Nuestras leyes no regulan la cuestión con carácter general, pero se han pronunciado repetidas veces al respecto principalmente en el ámbito del Derecho penal económico. En este caso no se trata tan solo de regular la atribución de responsabilidad en el caso de que el aspecto nuclear de la conducta haya sido realizada por una persona jurídica, sino de establecer presunciones de culpabilidad cuando la operación constitutiva de delito ha sido realizada por una entidad compleja como la empresa. De este modo se puede afirmar que lo que preocupa a las leyes penales no es tanto el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas como el de resolver un problema de prueba de la culpabilidad cuando la conducta delictiva se diluye entre las personas físicas que integran los órganos de una entidad compleja como la empresa. Es explicable que el tema haya preocupado especialmente alrededor de la infracción económica ya que las conductas sancionadas son cometidas normalmente por empresas (importación, exportación, producción, transporte, venta, etc...). No nos pronunciamos sobre el juicio que merece la utilización de presunciones de culpabilidad sino que nos limitamos a constatar nuestra regulación jurídica y explicar sus motivaciones.

En Derecho penal económico se encuentran prescripciones especiales en los delitos de desobediencia a órdenes del Gobierno de los artículos 238 del Código penal y 4 del D.-L., 30 agosto 1946 (144). Par-

(143) Cfr. TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, Comunicación presentada al 49 Deutschen Juristentag, München, 1972, pp. 55-56.

(144) El artículo 238 dice así: "cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos por Sociedades, Empresas o Entidades análogas, se

tiendo de la dificultad de prueba establecen presunciones de culpabilidad con alcances y fórmulas distintas. Tal distinción pone una vez más de relieve la falta de coordinación de la normativa que integra el Derecho penal económico. Mientras el art. 238 presume la culpabilidad de los directores, gerentes o encargados del servicio de que se trate y de los componentes del Consejo de Administración cuando los hechos previstos fueren cometidos por sociedades, empresas o entidades análogas, el art. 4 del D.-L. de 1946 presume la culpabilidad de las personas que constituyen el órgano que conforme a los Estatutos asuma la representación cuando los hechos se cometieren por una persona colectiva. Obsérvese que, mientras en un caso (D.-L. de 1946) sólo se tienen en cuenta las personas colectivas, en el otro (Código penal) incluye entidades sin personalidad jurídica (145). De otro lado la presunción de culpabilidad tiene en ambas normas distinto alcance y fundamento. La del D.-L. de 1946 se basa en el carácter de representante que asume el órgano en relación con la persona colectiva y admite cualquier prueba en contra de la presunción. La del art. 238 del Código penal se fundamenta, en un caso, en el conocimiento de la orden incumplida y no admite más prueba en contrario que la del desconocimiento de dicha orden, y, en otros, en la culpa in vigilando y no admite prueba en contrario (146).

impondrán, en sus respectivos casos, las penas señaladas a los Directores, Gerentes de las mismas o Encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los Consejos de Administración, siempre que éstos tuvieren conocimiento de la orden incumplida". Y el artículo 4 del D.-L. de 1946, dice: "Cuando se cometieren por una persona colectiva, se presumirán responsables, salvo prueba en contrario, las personas que constituyan el órgano que conforme a los Estatutos asuma la representación de la entidad, aunque la misma hubiere sido delegada."

(145) La falta de criterio común se pone también de relieve si tomamos en cuenta la Ley de 4 enero 1941, que, a nuestro entender, debe considerarse derogada por el citado D.-L. de 1946, ya que éste castiga la misma conducta con ciertas ampliaciones. Sin embargo, conviene transcribir el artículo 2 de la Ley de 4 enero 1941 a efectos de subrayar la citada falta de criterio. "Las sanciones que correspondan a las empresas podrán alcanzar a los Gerentes, Directores, Inspectores, Jefes principales y empleados de las mismas, siempre que se compruebe que ha habido por lo menos lenidad o falta de celo en la vigilancia del cumplimiento de las órdenes". Obsérvese que se refiere a las empresas y no a las personas jurídicas, demostrando con ello la falta de cuidado en la regulación de esta materia a la vez que la identidad de tratamiento que parece querer darse a la persona jurídica y a la empresa en general. De otro lado, obsérvese también que del párrafo transcrito parece deducirse la posibilidad de que la sanción se aplique conjuntamente a la empresa y sus órganos. Situación absurda y ridícula que pudo haber motivado la corrección de la Ley por el D.-L. de 30 agosto 1946, porque el artículo 1 de la Ley de 1941 impone para el delito de desobediencia que está tratando las penas de la Ley de 26 octubre 1939, entre las que se encuentra la de privación de libertad. Aplicar la pena de privación de libertad a una empresa sería llevar muy lejos las cosas.

(146) Una última prueba del confusionismo la depara el D. 27 septiembre 1946, en que se castigan determinadas falsedades relacionadas con los abastecimientos, cuyo artículo 2 extiende la pena de arresto mayor a prisión menor no sólo al autor del hecho, sino a los componentes del Consejo de

B) Los supuestos vistos hasta ahora parten del principio jurídico-penal de la irresponsabilidad de la persona jurídica y demás entidades supraindividuales, o lo que es lo mismo, del principio de la personalidad de las penas. Pero la legislación económica, al no tener una idea clara de la diferencia entre infracción criminal e infracción administrativa, admite la responsabilidad supraindividual. Se ha preocupado de que la responsabilidad de las personas jurídicas o de las empresas se declare solamente cuando son competentes para imponer la sanción exclusivamente las autoridades administrativas y cuando se trata de penas pecuniarias.

En esta materia operan las normas primero con el criterio de eficacia haciendo responsables no sólo a los autores materiales de la infracción, sino también a las personas jurídicas, empresas u otras entidades que mediaren en la conducta infractora fundamentándose bien en una ampliación del concepto de autoría (147), bien por entender que existe una omisión del deber de vigilancia y cuidado (148). En segundo lugar se opera con la idea de que la sanción pecuniaria no sólo tiene un sentido de castigo, sino también de resarcimiento del daño a modo de responsabilidad civil. De ahí que se declare la responsabilidad subsidiaria de la entidad en caso de impago de la multa (149). No ha de parecer extraño que, en casos, tenga la multa un doble sentido de sanción y de resarcimiento. Téngase en cuenta que en las infracciones económicas perjudicado y sujeto pasivo coinciden en la Administración pública (delitos de contrabando) o en la Comunidad (delitos de precios, abastecimientos, etc...). Dado que la sanción de multa beneficia al propio perjudicado al incrementar el tesoro público, razones de simplificación pueden aconsejar no distinguir entre resarcimiento del daño y pago de sanción pecuniaria (150). De todas formas, en último extremo, no es

Administración, Directores, etc..., sólo por el hecho de que el delito redundara en beneficio de una persona jurídica o empresa individual.

(147) El artículo 4 del D. 17 noviembre 1966, sobre disciplina de mercado, parece considerar autores tanto a los órganos como a la propia persona jurídica. "Cuando una infracción administrativa en materia de disciplina de mercado sea imputada a una persona jurídica podrán ser consideradas también como responsables las personas que integren los órganos rectores o de dirección de la misma."

(148) Así, el artículo 21, número 3, de la Ley de Contrabando. "También las empresas y compañías en general serán responsables subsidiarias del importe de las multas impuestas por infracciones que hubiesen cometido sus empleados o dependientes en el ejercicio de sus funciones, cuando éstos carecieren de patrimonio en que hacerlas efectivas".

(149) Artículos 21 y 22 de la Ley de Contrabando y artículo 8 Ley 24 noviembre 1938 Las sociedades que se acojan a lo dispuesto en la Ley de Regularización de balances (D. 2 julio 1964, artículo 23), estarán exentas de las responsabilidades que se deriven de hechos incurso en las dos leyes antes citadas.

(150) En la legislación económica francesa también se establece la responsabilidad subsidiaria de las empresas por las confiscaciones, multas y costas que se impongan. Cfr. GOYET, F., *Droit pénal spécial*, 8.^a ed., París, 1972, página 809. Sobre el carácter de la multa como resarcimiento, cfr. SOULEAU, Ph.,

necesario acudir a este doble carácter que la multa ostenta en algunos casos para declarar la responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas o empresas, porque en los supuestos a que nos referimos la multa no se entiende como pena criminal, sino como sanción administrativa por el formal argumento de estar aplicada por la Administración.

V. CONCLUSION

1. *Examen crítico de la normativa.*

El contenido del llamado Derecho penal económico ofrece desde cualquier punto de vista un espectáculo desolador. La mayor parte de las normas encuentran su origen en plena guerra civil en cuya época, y años posteriores, podrían resultar explicables todos sus defectos: falta de sistemática, utilización de distintas fuentes normativas, multiplicidad de los órganos represivos (Jurisdicción ordinaria, especial, Administración), duplicidad de normas y sanciones, confusión sobre la vigencia, etcétera. Desaparecidas las circunstancias excepcionales que explicaron esta situación debió hacerse un esfuerzo de clarificación y sistematización pero no se hizo (151). Por el contrario, las únicas reformas que se acometieron nos han conducido a una patológica desviación de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, situación anómala sin parangón en el Derecho europeo, de la que sólo puede liberarse con una profunda reforma. En efecto, el legislador sólo se preocupó de poner en orden el poder sancionador de la Administración que, con tan adecuada promoción, fue adquiriendo un empuje arrollador (152). Mientras tanto los tribunales ordinarios, en cuya actuación no parece tener confianza el legislativo, se ven en la difícil tesitura de aplicar normas confusas y contradictorias, cuya aplicación resulta injusta por estar pensadas para épocas de excepción.

Las normas que atribuyen competencia a la jurisdicción ordinaria no pueden acomodarse a nuestra concepción del Estado de Derecho ni a los principios informadores del Derecho penal. Su vigencia en todo caso carece de sentido cuando han desaparecido las causas que le dieron origen. A ello hay que añadir una abigarrada proliferación de

Infractions économiques, en *Juris Classeur. Lois pénales annexes. Commentaires*, t. II, fasc. I, p. 17.

(151) Tras la segunda guerra mundial se encontraron en similares situaciones todos los países europeos, y de inmediato procedieron a la sistematización. Vid. nota 2.

(152) PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 82, hace observar que "no hay ley básica o reglamento que al lado de las regulaciones materiales no establezca una cohorte de sanciones", calificándolo del "fenómeno más relevante de la moderna legislación administrativa". En sentido similar, HERNANDO DELGADO, J., *La exportación. Manual de su regulación jurídico-administrativa*, Madrid, 1973, p. 273, si bien entiende que es una exigencia del "ordenamiento jurídico administrativo" para ser completo.

normas con la consiguiente falta de rigor, de unidad y de sistema (153); persecución preferente de efectos intimidantes (154); despego del principio de legalidad mediante el abundante empleo de leyes penales en blanco que se remiten a disposiciones administrativas (ya en vigor o de futura creación) de inferior rango, el empleo de características normativas vagas e imprecisas, la aceptación de la retroactividad de la ley desfavorable, la ampliación del arbitrio judicial en el procedimiento y la falta de proporción al estipular las sanciones (155).

Sin lugar a dudas la crítica más importante del Derecho penal económico ha de referirse a la potestad sancionadora de la Administración. La utilización de procedimientos administrativos en la aplicación de sanciones que, como en nuestro caso, constituyen auténticas penas criminales producen resultados de todo punto inadmisibles. A título de ejemplo pueden citarse la indeterminación de los plazos en el proceso, habida cuenta de que la acción carece de caducidad para la Administración, la falta de una regulación expresa sobre la prescripción de infracciones y sanciones, y por último la total falta de garantías en que se encuentra el recurrente debido a la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado, la posibilidad de la *reformatio in peius* y la exigencia del previo pago (156). Si a ello añadimos la independencia de las sanciones administrativas en relación con las que impongan los tribunales ordinarios penales, tenemos completo el cuadro que presenta el Derecho penal económico.

Hay un dato objetivo que no es peculiar de nuestro país con el que se debe contar: la tendencia del poder ejecutivo a hacerse con el mayor número de resortes que le permitan mayor comodidad en su función. Ante este hecho, y para cumplir la coordinación de funciones que declararan nuestros principios constitucionales, el poder legislativo y el judicial deberían operar como guardianes del guardián y detener esa tendencia ahí donde lo exigen no sólo la Constitución sino también los principios informadores de nuestro Ordenamiento jurídico (157). Pero no es así. La tendencia natural de acaparamiento de poder por la Admi-

(153) Cfr. SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., p. 732.

(154) De ahí, por ejemplo, que hubiese una especial preocupación por la publicidad. El artículo 23 de la Ley 30 septiembre 1940, hoy derogada, exigía "la máxima publicidad, insertándose copia, por espacio de un mes, en las tablas de anuncios de todos los Ayuntamientos de España".

(155) Vid. SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., pp. 738 y ss., donde realiza una detallada crítica.

(156) Vid. HERNANDO DELGADO, J., *La exportación*, cit., pp. 290 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., pp. 78 y ss.

(157) JANSSENS, E., *Linéaments*, cit., p. 1014, advierte contra los que pretenden desmembrar el poder legislativo entregando a los poderes públicos las facultades reglamentarias y desmembrar el poder judicial confiando a organismos nuevos el poder sancionador, que "el poder judicial, que logró, ante la opinión pública, el crédito al que tiene derecho, después que se adapte a la profunda evolución social que se opera, seguirá siendo el guardián más fiel y seguro de los derechos imprescriptibles de la personalidad humana y principalmente de las libertades individuales".

nistración resulta, desde mediados del siglo pasado, reconocida por la legislación y santificada por la Jurisprudencia y la doctrina (158).

Cierto es, sin embargo, que cualquier actitud que la judicatura adopte en contra de esta situación sólo nos llevaría a resultados contraproducentes. Hay ejemplos ilustrativos al respecto. La sala tercera del Tribunal Supremo se ha declarado incompetente para resolver los recursos contra actuaciones del Tribunal Económico-administrativo Central (que a su vez es Tribunal de apelación de los fallos del Juzgado de delitos monetarios y de los Tribunales de Contrabando) por entender que se trataba de materia penal (159). Tal resolución loable en cuanto reconoce el carácter penal de las sanciones impuestas por la Administración, sólo consigue empeorar la situación del condenado que queda imposibilitado de recursos ante los tribunales ordinarios ya que no cabe recurrir contra un acto administrativo ante la Sala segunda del Tribunal Supremo. De otro lado los tribunales ordinarios no aplican, desde hace tiempo, las normas integradoras del Derecho penal económico (160). Tal situación también loable porque las citadas normas no fueron pensadas para circunstancias como las que goza ahora nuestra economía, produce, sin embargo, la consecuencia del desprestigio de la ley y, lo que es aún más grave, la inseguridad jurídica (161). De todas formas

(158) Por utilizar las palabras de PARADA, J. R., *El poder sancionador*, citado, p. 74.

(159) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 75, y sentencias de la sala tercera del T. S. de 28 enero 1960, 19 noviembre 1959 y 31 marzo 1959, en que se declara la sala incompetente para recursos en materia de delitos monetarios.

(160) TERUEL CARRALERO, D., *El delito de desobediencia*, cit., p. 307, advierte que el D.-L. 27 septiembre 1946 no ha sido aplicado. RODRÍGUEZ DEVE-SA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial. Suplemento a la cuarta edición*, Madrid, 1972, p. 49, dice, respecto de la Ley 26 octubre 1939, que había dejado de aplicarse hace muchos años. Ya en 1948 se apeló, en un recurso ante el T. S., al desuso de la Ley de 26 octubre 1939. Vid. S. 12 mayo 1948. Los artículos 539 a 541 del Código penal también son de escasa aplicación. Sin embargo, se aplicaron profusamente por remisión de la Ley 27 abril 1946 (cobro de primas en el alquiler de viviendas). El desuso también afectó a las normas que otorgaban poder sancionador a la Administración hasta el D. 17 noviembre 1966. Así lo señala MANZANEDO, J. A., *Disciplina del mercado*, citado, p. 600.

(161) Sin embargo, el desuso no está motivado en la inadecuación de la ley a las circunstancias actuales, sino en otros motivos. Por ejemplo, la dificultad de la investigación sumarial para imponer penas como la de incautación de fortunas o las multas proporcionales al daño o al beneficio del infractor. O la ineficacia de las penas por su excesiva severidad. Tal ineficacia se ha destacado incluso para épocas calamitosas. PATÍN, M., *Reflexions sur la legislation économique*, en *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1949, p. 2, al comentar la severidad de las penas en la ordenanza francesa de 30 junio 1945, advierte lo siguiente: "se encontraba uno expuesto, en cada momento de la vida cotidiana, a un haz de penalidades draconianas, y de otro lado, normalmente inaplicables por la propia razón de su exageración, se tomaba hábito al peligro y se dejaba de tenerlas miedo". SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., p. 734-735, precisa que, pese a la severidad de las penas, "los resultados son, sin embargo, poco brillantes. El número de las infracciones cometidas es superior de una manera abrumadora a la cifra de las

justo es reconocer que el camino de la inhibición no es el único que está en manos del Poder judicial. Por el contrario puede enfrentarse directamente con la cuestión de dos maneras.

De un lado podría negarse expresamente la aplicación de la mayor parte de las normas del Derecho penal económico cuya competencia se le concede. Argumentos los hay. Bastaba apelar a las cláusulas derogatorias del D. 17 noviembre 1966, cuyo posible alcance hemos tratado anteriormente. Pero no es necesario acudir a este expediente. Las leyes que tratamos se confiesan en sus preámbulos como leyes de guerra y posguerra (162). De ahí que los hechos que contemplan no puedan ser hoy cometidos. Una elevación de precios en el mercado actual no puede subsumirse en la conducta que castiga la Ley 26 octubre 1939 en donde los conceptos de precio, elevación y abuso nada tienen que ver con los actuales. Y atesorar monedas de cuproníquel en cantidad superior a la normal es hoy conducta de distinto significado al que tuvo cuando entró en vigor la Ley de Delitos monetarios.

De otro lado el juez tiene en sus manos la posibilidad de servir de freno al poder sancionador de la Administración en base a su anti-constitucionalidad. Así podría operar el Tribunal que conozca de los recursos contencioso-administrativos contra actos sancionatorios de la Administración, o los tribunales correspondientes, negándose a la petición de ingreso en prisión del autor de una infracción de contrabando por impago de la multa. También se podría utilizar el argumento de la anticonstitucionalidad de las jurisdicciones especiales y el hecho de que la Ley 28 diciembre 1963 y el D. 9 mayo 1969 han declarado la inadecuación de la Ley de Delitos monetarios a la realidad actual al disponer que el Gobierno adaptará la legislación vigente de Delitos monetarios a las nuevas circunstancias creadas por la liberación de transacciones y pagos con el exterior.

Con todo una tal actitud del poder judicial no solucionaría la cuestión. Sólo una reforma legal profunda puede satisfacer las exigencias del Estado de Derecho y las exigencias de tratamiento de la relevante delincuencia económica.

2. Consideraciones de *lege ferenda*.

Una reforma adecuada de la materia que constituye lo que llamamos Derecho penal económico exige la contestación previa a dos pre-

que han sido realmente perseguidas y sancionadas; ello es debido en gran parte a la severidad excesiva y al rigor de las propias sanciones". JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo*, cit., p. 798, por el contrario, intenta explicar la severidad de la sanción: "la contumacia, profusión y profundidad de las infracciones (en materia de abastos) impuso el acentuar el rigor de la represión, buscando en el terror a la pena el remedio a la escandalosa especulación criminal por abusiva con la miseria nacional".

(162) El D.-L. 27 septiembre 1946 parte del hecho de "la penuria de artículos y productos fundamentales para la vida de los españoles". La Ley 26 octubre 1939 apela a "las consecuencias naturales de toda iniciación de posguerra". Y la Ley de 24 noviembre 1938 apunta "a las exigencias de la guerra".

guntas fundamentales: las causas del poder sancionador de la Administración en esta materia y las necesidades para una eficaz lucha contra la delincuencia económica.

A) No hay que buscar respuesta a la primera pregunta en razones políticas, ya que si éstas pueden encontrar lugar adecuado en materia de policía general o de orden público, resultan desplazadas por razones más modestas cuando se trata, como en este caso, de policías especiales (viviendas, abastos, mercado, etc...). De un lado la ausencia en el Derecho penal de sanciones adecuadas a la infracción económica como lo demuestra por ejemplo la ineficacia de la pena tradicional frente a la persona jurídica (163) y del otro la inadecuación de nuestro sistema judicial penal para el tratamiento procesal de infracciones que se producen en un campo cuyo cuidado había sido previamente confiado a la Administración. Se ha dicho que el nuestro es «un sistema rígido... pensado y diseñado, según parece, para corregir cualquier infracción, menos las infracciones a la legislación administrativa» (164).

La respuesta a la primera pregunta exige, pues, dos objetivos de reforma: otorgar al Derecho penal (económico) de medidas adecuadas y eficaces contra el infractor y acomodar el procedimiento penal ordinario de modo que no obstaculice la labor de la Administración pública (165). Conseguido esto, la desposesión de todo poder punitivo a la Administración no la dejaría desarmada ya que encontraría, ante los tribunales penales, la fuerza y eficacia suficientes como para

(163) Sin embargo, no se debe pensar que el paulatino acaparamiento del poder sancionador por parte de la Administración se deba solamente a razones de mejor eficacia en la lucha contra la infracción. No se puede olvidar el hecho de que un calificado sector de la delincuencia económica (delincuencia de cuello blanco) tiene una especial influencia en las claves de dirección de la comunidad y que está interesado en privar a la sanción del desvalor ético-social y de los efectos (piénsese en los antecedentes penales en orden a la reincidencia, etc...) propios de las penas criminales.

(164) PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 83.

(165) La reforma del procedimiento penal en este punto ha sido estudiada certeramente en el tantas veces citado trabajo de Parada, pp. 85 y ss. Se apunta la necesidad de una mayor relevancia procesal del funcionario público cuando se trata de castigos de infracciones que afectan al sector de la Administración en que está encuadrado. Las razones son claras: la dificultad de una materia que sólo un especialista puede conocer (de ahí que en otros ordenamientos se propugne la creación de una policía especial económica con similares poderes a la policía judicial. Vid. JANSSENS, E., *Linéaments*, citado, pp. 997 a 999) y el hecho de que el Ministerio Fiscal se haya convertido más en defensor de la sociedad, del interés general que del Estado. La defensa de éste se encomienda al Abogado del Estado, que carece de todo privilegio procesal. De ahí que el funcionario público se haya convertido en juez penal. Por último, se apunta la necesidad de hacer menos rígido el principio de legalidad. Se trata de admitir, por ejemplo, la condena sin proceso por consentimiento del sancionado, haciéndolo más rápido y menos costoso. O de admitir la transacción entre la Administración y el infractor mediante el pago por parte de éste de una determinada cantidad (Cfr. además de Parada, CASTEJÓN, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950, páginas 42 y ss.

defender sus intereses frente al infractor. De este modo la Administración dejaría de ejercer funciones punitivas en donde hasta ahora se mostraba como juez y parte, y el Derecho administrativo dejaría de ser un Derecho penal de segundo orden (166). Mención aparte merece el problema de las facultades represivas mínimas que concede a la Administración el art. 603 del Código penal, porque entronca con toda la problemática del pretendido Derecho administrativo penal. La solución depende del concepto que se tenga de la función de policía de la Administración. Si se restringe a un carácter preventivo sus sanciones no podrán alcanzar nunca el carácter retributivo y de castigo de la pena (167).

B) Es necesario también encontrar respuesta al problema de la represión de la delincuencia económica. Para ello resulta imprescindible el manejo de los resultados criminológicos sobre este tipo de delincuencia (168). La abundante cifra negra en este tipo de delitos responde a la astucia del infractor, a sus efectos contagiosos al implicar en la infracción a los propios funcionarios que manejan los controles económicos, a la falta de reproche ético por parte de la comunidad y a la propia categoría social del infractor. Todo ello pone de relieve que la eficacia de una pena severa (en contados casos aplicada) es menor que la de una adecuada prevención mediante la intensidad en la persecución del delito la eficacia de su descubrimiento y la celeridad procesal y de ejecución. Y en el capítulo de sanciones hay que tener en cuenta que antes de la pena como última ratio del Derecho, existen otras medidas de mayor

(166) Decía VRIJ, M.-P., *Le droit sanctionneur*, cit., p. 423, que ya que la Administración es la primeramente lesionada "está lejos de ser el juez ideal". GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 83, dice que "no es el Derecho administrativo un Derecho penal de segundo orden, sino que es sencillamente un Derecho con otros fines, con otros objetivos, concebido para otras necesidades, pero no adecuado para acoger en sí estas técnicas sancionatorias".

(167) Parece que se está tomando conciencia entre los administrativistas que el castigo de la infracción poco tiene que ver con las funciones de la Administración. En este sentido, PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 45, nota 7, hace la advertencia de que "urge... desmitificar el concepto y funcionalidad de la policía administrativa como técnica de intervención, precisando que tiene un carácter meramente preventivo". De ahí que la sanción administrativa no pueda entenderse más que, a lo sumo, como medida para remover un obstáculo a la actividad administrativa, para quebrantar una voluntad que se opone al funcionamiento de la Administración. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 68. La sanción administrativa en este sentido tiene el mismo carácter que los medios para ejecutar los actos administrativos (por ejemplo, la multa coercitiva).

(168) El estudio criminológico no es objeto de este trabajo. Cfr. el estudio y la bibliografía citadas en los recientes trabajos de TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtliche Mittel*, cit., pp. 19 y ss. y 53 y ss.; y DEL ROSAL, J., *Derecho penal de sociedades anónimas*, Madrid, 1971, pp. 201 y ss. Una exposición detallada de los caracteres criminológicos de la delincuencia económica en SAINZ CANTERO, J. A., *Delincuencia económico-financiera*, en *Delito y Sociedad*, número extraordinario de Cuadernos para el Diálogo, diciembre 1971, pp. 13 y siguientes.

eficacia. No es difícil que en la infracción medie una empresa o una persona jurídica. Ante ella existen sanciones administrativas (multa, cierre de establecimiento, revocación de autorización, pérdida de licencia, decomiso, etc...) de mayor eficacia, quizá, que las penales.

En resumen, una futura reforma del Derecho penal económico exige dos tomas de posición. Una de prevención que necesita una Administración celosa y provista de personal especializado en las distintas materias económicas. Otra frente a la infracción que exige una gradación de medidas que coloquen a la pena como última ratio del Derecho, última razón esgrimida para imponer el orden. El Derecho penal económico operaría en último lugar. Para que lo ocupe eficazmente necesita estar provisto de todos los instrumentos adecuados exigidos por el tipo de delincuencia contra la que lucha. En primer lugar, como en el resto de los países europeos, necesita una serie de leyes básicas sistematizadas sobre abastos, precios, mercado de capitales y mercado exterior (169). En segundo lugar necesita una parte general que regule, de distinta forma que el Derecho penal común, algunas cuestiones para adaptarse a la delincuencia económica. Así la autoría y participación cuya necesidad de amplitud ha sido destacada, la responsabilidad criminal de los órganos de las personas jurídicas (170), la prescripción de delitos y penas, etc... Por último un procedimiento peculiar que dé cabida a los funcionarios especializados de la Administración con un relevante papel en la defensa de los intereses de la Administración pública.

Entendemos, pues, que el futuro Derecho penal económico ha de ser configurado como un Derecho penal especial (171).

(169) La exigencia de actualización es imperiosa porque ya no existen, tras la estabilización de 1959 y los planes de desarrollo, aquella concepción nacionalista (en el sentido que tenía este término en la posguerra) de la economía, sustituida hoy por la moderna orientación tecnológica. La economía de posguerra giraba en torno a principios como la subordinación de las fuerzas económicas al bien supremo de la nación, la autonomía económica nacional, el proteccionismo y el cierre al exterior, etc... Vid. SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., p. 734.

(170) "Caballo de batalla decisivo del Derecho penal económico." QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., p. 259.

(171) En este sentido, el VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, Roma, 1953, citado por QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., p. 264.