Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales
Derecho Penal I (Parte General)

MATERIALES DE LECTURA I
Teoría de la Pena

Profesor Luís Ortiz Quiroga
Ayudante Rafael Collado González
Periodo 2do semestre 2009

Lecturas Obligatorias

1. Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* Buenos Aires, Editorial B de F (Buenos Aires- Montevideo), Segunda Edición, (2006) p. 131 – 164

2. Jakobs, Günther , *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, En: Cuadernos de conferencias y artículos nº 13 - Universidad Externado de Colombia, Colombia, Editado por: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho - Universidad Externado de Colombia, (1996) p. 9 – 29

3. Nieto García, Alejandro, *La potestad sancionadora de la administración en Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, 4ªed. (2005), p.85-94, 164-177, 486-491.

4. Hernández Basualto, Héctor, *Perspectivas del Derecho penal económico en Chile.* En Revista Persona y Sociedad, vol. XIX nº 1, Editado por Universidad Alberto Hurtado (2005) p. 101 – 134

Lecturas Sugeridas

5. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Las sanciones administrativas, E*n "Curso de derecho administrativo", Tomo. II, 9ª edición, (2004) p. 163- 196.

6. Sutherland, Edwin H., *¿El delito de "cuello blanco" es delito?* En: El delito de Cuello Blanco, Buenos Aires, Editorial B de F (Buenos Aires- Montevideo), Primera Edición, (2009) p. 63- 88

ESTUDIOS Y DEBATES EN DERECHO PENAL

DIRIGIDA POR JESÚS M. SILVA SÁNCHEZ

Jesús María Silva Sánchez

La expansión del Derecho penal

Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales

1

segunda edición

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

escasa para esa atribución de *responsabilidad científica* que ha venido siendo un lugar común. Por lo demás, significativamente, las posiciones concretas de Jakobs en cuanto al alcance del Derecho penal, de los delitos y de las reacciones frente a éstos no resultan sustancialmente distintas de las de otros autores que permanecen vinculados a una visión clásica del delito como "lesión de un bien jurídico"[298]. Incluso resultan menos extensivas en algunos puntos.

8. Así, en última instancia, esta perspectiva debería discutirse ante todo desde la óptica de una concepción universalista-ontológica acerca del bien jurídico-penal y de aquello que, por el contrario, de ningún modo podría constituir objeto de protección penal. Ésta es, en todo caso, la crítica que, junto con las matizaciones anteriores, aquí se suscribe[299]. Pero parece claro que, al menos en el marco de los procesos actuales de criminalización en occidente, la discusión se encuentra de momento en un ámbito de disposición estrictamente normativo que no se ve afectado por tales conceptos-límite. En cualquier caso, lo anterior debe haber permitido constatar que la percepción crítica del proceso de expansión del Derecho penal no resulta en absoluto incompatible con la defensa de un modelo funcional del Derecho penal. Muy al contrario, a las consideraciones efectuadas debe añadirse, para concluir, que dicho modelo abre la puerta a consideraciones críticas sobre la posibilidad de una disfuncionalidad por exceso de punición que no son, desde luego, menospreciables.

[298] Esto es así porque la teoría moderna de la afectación de un bien jurídico se ha distanciado radicalmente del modelo liberal asociado al *harm principle* (principio del daño).

[299] Pero la misma incide más bien sobre la creciente desprotección jurídico-penal de los derechos fundamentales de la persona, cuyo concepto sufre una reelaboración asentada exclusivamente sobre los intereses de la economía.

6. CAMBIOS DE PERSPECTIVA: LA "ADMINISTRATIVIZACIÓN" DEL DERECHO PENAL[300]

6.1. Introducción

1. El conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos reseñados en los apartados anteriores está teniendo en el Derecho penal un cúmulo de efectos, que configuran lo que hemos dado en llamar "expansión". A algunas de las manifestaciones de la "expansión" ya se ha hecho alusión ejemplificativa más arriba: así, a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al incremento y ampliación de las sanciones, no nos detendremos aquí especialmente[301].

[300] Cfr. PALAZZO, "Legislazione penale", en BONGIOVANNI/TRANFAGLIA (eds.), *Dizionario storico dell'Italia unita*, Roma/Bari, 1996, p. 30.

[301] Pese a que es innegable que la evolución histórica del Derecho penal se define por una progresiva disminución del rigor de las sanciones que impone, en la sociedad de la inseguridad se observa, de modo quizá pasajero, pero en todo caso claramente perceptible, una orientación hacia el incremento de las sanciones y, asimismo, a su ejecución rigurosa. La misma inseguridad determina, aparentemente, el definitivo abandono de tesis resocializadoras y la primacía de los aspectos de prevención especial negativa, esto es, de intimidación individual e inocuización. Todo ello, en un contexto defensista, expresión del claro asentamiento de políticas de "ley y orden".

2. Como es sabido, sin embargo, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales es la primera expresión de ello. Así, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo "delito de lesión de bienes individuales" al modelo "delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales", pasando por todas las modalidades intermedias[302]. Los legisladores, por razones como las expuestas, han promulgado y promulgan numerosas nuevas leyes penales y las respectivas *rationes legis*, que obviamente no dejan de guardar relación –al menos indirecta– con el *contexto* o con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos, son ascendidas de modo inmediato a la condición de bienes penalmente protegibles (dado que están protegidos). Así, junto a los delitos clásicos, aparecen otros muchos, en el ámbito socio-económico de modo singular, que en poco recuerdan a aquéllos. En este punto, la doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve –según se señalaba más arriba– cómo, a diferencia de lo sucedido en los procesos de despenalización de los años sesenta y setenta, su capacidad crítica en el marco de procesos de criminalización como los que caracterizan el presente –y seguramente el futuro– resulta sumamente débil[303].

3. La protección penal del medio ambiente es uno de los ejemplos más claros de esta tendencia. En efec-

[302] Sobre la evolución, con un juicio positivo, SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1996, pp. 28 y ss.

[303] Es muy clara la caracterización de MOCCIA, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales" (trad. Ragués), en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

to, probablemente pocos niegan que la salvaguarda del medio ambiente debe constituir uno de los principios organizativos fundamentales de nuestra civilización, si no el básico[304]. Ciertamente, el medio ambiente constituye el "contexto" por antonomasia de bienes personales del máximo valor. Por tanto, el ordenamiento jurídico en su conjunto tiene ante sí un reto esencial, en la línea de garantizar lo que algunos caracterizan como "desarrollo sostenible". Sin embargo, resulta temerario situar el Derecho penal en la vanguardia de la "gestión" del problema ecológico en su globalidad[305]. Ello, aunque se reitere, por algunos, la necesaria contextualización del medio ambiente, esto es, la idea de que el medio ambiente no se puede proteger penalmente por sí mismo, sino sólo en tanto que condición necesaria para el desarrollo de la vida humana[306]. Pues al final ha devenido mayoritaria la tesis de que en éste, como otros bienes supraindividuales, la referencia a

[304] Según la frase de Al Gore, citado por ULRICH BECK, *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt, 1993, pp. 144-145: "*Menschheitsprojekt der Rettung der Umwelt*".

[305] Como pone de relieve SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 1994, pp. 200 y ss., es discutible que una ética y un Derecho orientados a la idea de libertad y autonomía sean capaces de garantizar los intereses ecológicos de las generaciones presentes y futuras. Y sin embargo, no puede por menos de reconocer que en el caso del Derecho penal la fundamentación en la responsabilidad individual es inevitable.

[306] El bien jurídico medio ambiente se entiende, así, como el conjunto de fundamentos naturales elementales de la vida del hombre: STEINDORF, en JESCHECK/RUSS/WILLMS (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, t. 7°, 10ª ed., Berlin/New York, 1988, n° marg. 9 previo al parágrafo 324. Como sostiene Arth. KAUFMANN, "Gibt es Rechte der Natur?", en *Festschrift für G. Spendel zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1992, pp. 59 y ss., 72-73, el tema no es de derechos de la naturaleza, sino de deberes de los hombres frente a ella, "*um Sorge des Menschen um die Natur, das heißt die Sorge um sich selbst, die Sorge um die Menschen, die nach uns kommen werden...*".

los intereses individuales que se ven contextualizados por aquéllos es mera *ratio legis* no sujeta a comprobación en el caso concreto al aplicar el tipo. En otras palabras, lo protegido es sencillamente el contexto[307], con lo que se asienta progresivamente la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los *standards* administrativos establecidos.

4. En efecto, esta orientación a la protección de *contextos* cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario, de "intensidad baja". Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha "administrativizado"[308]. Veamos qué se quiere indicar con tal expresión.

[307] La tendencia a "establecer ámbitos de protección que se configuran como *entornos* del que originariamente justifica la regulación jurídica de que se trata" en la legislación administrativa sectorial la subraya ESTEVE PARDO, *Técnica, Riesgo y Derecho,* p. 78 (la cursiva es mía).

[308] Alude críticamente a la "administrativización" del Derecho penal MIR PUIG, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi* ", en *Estudios penales y criminológicos XIV,* Santiago de Compostela, 1991, pp. 203 y ss., 213, como expresión de una primacía excesiva de las perspectivas de orden colectivo por encima de la grave afectación individual. Ya en MIR PUIG, "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje al Prof. Sáinz Cantero,* 12, 1987, t. I, pp. 243 y ss., 248-249, reivindicando una diferencia cualitativa para la regulación penal que la distancie del intervencionismo estatal que se expresa en la legislación administrativa. Ambos trabajos se contienen en MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho,* Barcelona, 1994, pp. 151 y ss., 159 y ss.

5. Como es sabido, las tesis clásicas (o del *aliud*) distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro[309]. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto.

Como resumen de este punto de vista puede citarse a Welzel[310], cuando señala:

[309] Así, GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht,* Berlin, 1902, pp. 539 y ss., 548, 576, para quien al Derecho penal le compete la protección de bienes individuales, mientras que a la Administración le corresponde asegurar bienes colectivos, el bienestar colectivo; WOLF, Erik, "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem", *Festschrift für R. v. Frank zum 70. Geburtstag,* t. II, Tübingen, 1930, pp. 516 y ss., 525, 565; también EBERHARD SCHMIDT, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht,* Tübingen 1950, pp. 20 y ss. Actualmente, por ejemplo, KINDHÄUSER, "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", en *Hacia un Derecho penal económico europeo,* Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 441 y ss., 442, donde alude a la idea de reproche, así como a la pena, en tanto que expresión de un fracaso personal, como criterios de diferenciación.

[310] WELZEL, "Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht", *JZ,* 1956, pp. 238 y ss., 240. Cfr. en nuestra jurisprudencia reciente la STS 3ª, secc. 5ª, 9 de abril de 1996 (*La Ley* 6926): "La teoría general del ilícito, como supraconcepto comprensivo tanto del penal como del administrativo, establece que la potestad sancionadora de la Administración ha de ejercitarse ajustándose a los principios esen-

"A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas *(Ordnungswidrigkeiten)* están (...) vinculadas con ella".

6. La perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es, a mi juicio, errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero *también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa.* En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales, que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una "infracción penal", más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación.

7. Como se verá, lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad).

8. Por este motivo, quizá proceda, en suma, introducir algún género de diferenciación cualitativa entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador[311]. Como se ha indicado, el Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así, cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las "grandes cifras"; el "problema estructural" o "sistémico")[312].

ciales inspiradores del orden penal, ya que dicha potestad tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sancion administrativa y pena".

311 En una línea próxima se ha manifestado TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría,* t. III, Madrid, 1991, pp. 2529 y ss., 2536: las diferencias entre injusto penal y administrativo no son ónticas, ni tampoco meramente cuantitativas: son histórico-culturales, esto es, valorativas.

312 Seguramente, se mueve en una línea próxima la construcción de WOLFF, E. A., "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", en HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik,* Frankfurt,

9. Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello *tampoco es necesario un análisis de lesividad* en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por *puros criterios de oportunidad*. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado.

10. En esta medida, el Derecho administrativo sancionador es esencialmente el Derecho del *daño cumulativo* o, también, del daño derivado de la *repetición*, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito. En otras palabras, la pregunta clave es: "¿qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?".

Naturalmente, tal pregunta (puramente genérica, estadística) adquiere todo su sentido desde perspectivas de gestión de un determinado sector, sea éste el

1987, pp. 137 y ss., 157, 218: "*bei den Ordnungswidrigkeiten geht es nicht mehr um das Verhältnis des Einen zum Anderen in ihren Beziehungen zur bürgerlichen Gesellschaft, sondern es geht um das Verhältnis zur staatlich verbundenen Gemeinschaft*". Cfr. asimismo KÖHLER, *Strafrecht AT*, Berlin, 1997, pp. 30 y ss.

del tráfico rodado, el de la posesión de armas de fuego o el de la evacuación de los residuos. Pero es inadmisible como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*[313]. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o –todavía mejor– peligro global[314].

11. Esta diferencia es sustancial y explica, en primer lugar, que la tipificación de infracciones administrativas, aunque pretenda ciertamente cumplir funciones de protección social –y de hecho las cumpla desde esa perspectiva global, macroeconómica o macrosocial– muchas veces sólo adquiera dicho tono material si las infracciones se contemplan en conjunto. En cambio, contempladas una a una resultan, ciertamente, formales, esto es, muchas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico, presunto, etcétera.

313 Por eso, TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal...", cit., p. 2539, considera que es necesario proceder a una valoración sobre el merecimiento de pena o sólo de sanción administrativa de un determinado hecho. Para ello (p. 2541) propone recurrir al criterio (dinámico e histórico-cultural) del significado del bien jurídico, así como –lo que estimo mucho más discutible– al de la significación ético-social de la infracción.

314 De ahí que tenga razón TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal...", cit., p. 2542, cuando propone la descriminalización de los delitos de peligro abstracto, en los que se hace abstracción del peligro, siendo éste un dato meramente estadístico.

12. Lo anterior puede ilustrarse con múltiples ejemplos:

a) El límite de la infracción administrativa en materia de tráfico rodado es de 0,5 mg de alcohol por litro de sangre, según la normativa española. Obviamente, dicho límite, o incluso uno inferior, pueden tener todo su sentido desde perspectivas globales de ordenación del sector, desde perspectivas estadísticas. Desde luego, una mayoría de personas representa un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido de alcohol. Más aún, en términos de gestión administrativa del riesgo de la circulación –reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera– puede tener incluso sentido el límite absoluto de 0 mg de alcohol por litro de sangre, cuya superación conduciría a la infracción administrativa. Ahora bien, tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción *contra reo*, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación.

b) Un segundo ejemplo lo podemos hallar en el ámbito tributario. Una sola defraudación tributaria, aunque sea de más de 15 millones de pesetas (caso español) –que es lo que se juzga en el ámbito penal– no pone realmente en peligro relevante el bien jurídico, ya se entienda éste en el sentido del patrimonio de la hacienda pública, ya en el de las funciones de los tributos. Lo peligroso sería aquí el efecto sumativo. Entonces, no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización. Desde perspectivas de lesividad concreta, no hay base para la intervención penal, aunque el significado global, sectorial del "género" de conductas puede justificar claramente la intervención del Derecho administrativo (y eso, a partir de

una defraudación de poca entidad, que, multiplicada por el número de los contribuyentes, podría ya empezar a tener un enorme significado: así, un fraude por contribuyente de diez mil pesetas, multiplicado por unos 25 millones de contribuyentes, daría la enorme cifra global de 250.000 millones de pesetas. Lo que implica que, obviamente, el fraude de sólo 10.000 pesetas deba ser estimado ilícito administrativo y sancionado)[315].

c) Un tercer ejemplo se puede advertir en el terreno medio-ambiental. Los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales. Si sólo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medioambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría –tiene– un inadmisible efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger.

d) Un cuarto ejemplo, en materia de estupefacientes, podría venir dado por los casos en que la cantidad con la que se trafica no tiene, por si misma, entidad para poner en peligro la salud pública (¡por eso tiene sentido distinguir entre el pequeño traficante y el gran tra-

315 Obviamente, resulta ocioso indicar que en materia tributaria, el hecho de que una lesividad relevante se derive sólo de la acumulación de acciones individuales no ha sido obstáculo para la incriminación de las defraudaciones de más de 15 millones de pesetas.

ficante!). Aquí también lo decisivo para la sanción sería la protección de un determinado modelo de gestión de la salud pública y no el desvalor de la acción aisladamente considerada.

e) En fin, cabría aludir, como quinto ejemplo, al del blanqueo de capitales como delito contra el orden económico. Pues un hecho de blanqueo que ponga, por sí solo, en peligro el orden económico ha de referirse a enormes cantidades de dinero; y ese hecho sólo lo pueden cometer los jefes de las bandas de delincuencia organizada. Ahora bien, los actos de blanqueo de menor entidad, que aisladamente no ponen en peligro el orden económico, contemplados en su conjunto sí constituyen una importante perturbación del sistema económico. Y es esto lo que justificaría quizá su sanción administrativa; pero no su sanción penal.

Los ejemplos, como puede advertirse, podrían menudear.

13. Pues bien, puede afirmarse que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo[316]. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de "administrativización" en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así, no sólo en cuanto a afirmar que el Derecho penal asume el modo de razonar

316 Cfr. SEELMANN, "Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten", en ORSI/SEELMANN/SCHMID/STEINWORTH (Hrsg.), *Gerechtigkeit,* Frankfurt, 1993, pp. 109 y ss., 120, quien, refiriéndose a la praxis de los delitos contra el medio ambiente en Alemania, señala que "también para los tribunales parece estar claro que aquí se trata más de una dirección estatal de la economía que de una atribución individual de culpabilidad".

propio del Derecho administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales.

14. La progresiva transformación del Derecho penal, en las modernas sociedades de comportamientos masivos, en un elemento más del Derecho de gestión es, a partir de lo anterior, bastante clara. Parece claro que, también para el Derecho penal, lo decisivo empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual[317].

6.2. Más que una anécdota: el paradigma de los Kumulationsdelikte *(o delitos de acumulación)*

1. El paradigma de lo anterior es la difusión de la tesis que entiende que es posible sancionar *penalmente* una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –*per se* no lesiva– se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico[318]. Son éstos los llamados

317 Muy interesantes en este sentido son las apreciaciones de NAUCKE, "Konturen eines nach-präventiven Strafrecht", *KritV* 1999-3, pp. 336 y ss., 346, sobre el delito de fuga tras un accidente de circulación (§ 142 StGB) como contribución a la mejora de la posición jurídico-civil del lesionado y, con ello, a la minoración de las consecuencias lesivas del tráfico viario peligroso que, por lo demás, se desea mantener; o del hurto en grandes almacenes, como medio de contribuir al mantenimiento del modelo de compra en autoservicio.

318 KUHLEN, "Umweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", *ZStW,* 105 (1993), pp. 697 y ss., 716: por ello es preciso considerar la contaminación de aguas como *Kumulationstatbestand, "...der auch für sich genommen ungefährliche Einzelhandlungen*

"delitos cumulativos (o acumulativos)" *(Kumulationsdelikte, accumulative harms)*, cuya relevancia penal se pretende asentar en la adopción de una perspectiva aparentemente ajena al modo de pensar del penalista: *What if everybody did it?*[319], ¿Qué ocurriría si todos hicieran lo mismo? Pues se trata de casos en que la conducta individualmente considerada no muestra un riesgo relevante (es *harmless*), mientras que, por otro lado, se admite que *general performance would be harmful* [320] y que dicha realización por una pluralidad de personas no constituye simplemente una hipótesis, sino que es una realidad actual o inminente.

2. Esta concepción, relativamente conocida en las diversas culturas jurídicas, ha sido desarrollada últimamente por Lothar Kuhlen, cuya fundamentación, más allá del concreto tipo penal del Código alemán sobre el que se proyecta, merece consideración. En efecto, este autor parte, en su análisis del § 324 StGB (delito de contaminación de aguas, *Gewässerverunreinigung*), de que hay que subsumir en el tipo determinados actos

deshalb erfaßt, weil ohne ein sanktionsbewehrtes Verbot derartiger Handlungen damit zu rechnen wäre, daß sie in großer Zahl vorgenommen würden und dann eine Störung geschützter Gewässerfunktionen zur Folge hätten". Es preciso distinguir los delitos de acumulación *(Kumulationsdelikte)* de los casos de "causalidad cumulativa": en efecto, en los primeros no se requiere la constatación de la efectiva acumulación de cursos causales como contribuciones al mismo daño concreto, sino que se trata de una contemplación –como se ha subrayado antes– absolutamente "global".

319 FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume One. Harm to Others*, Oxford, 1984, pp. 225 y ss.

320 Favorable a la prohibición FEINBERG, *The Moral...*, cit., p. 226, siempre que se constate empíricamente la disposición de una mayoría de personas a realizar tal conducta, o incluso aunque muchos se retraigan de realizarla, a pesar de tener interés en ella, por escrúpulo moral o espíritu cívico. También lo acepta en principio ASHWORTH, *Principles*, 2ª ed., p. 53.

concretos, aunque éstos, contemplados en sí mismos, no pongan en peligro ni siquiera abstracto el bien jurídico protegido[321]. En la medida en que la *acumulación* de tales actos concretos sí tiene capacidad de producir consecuencias lesivas, entiende que debe sostenerse no sólo su tipicidad formal, sino la propia tipicidad material. En cualquier caso, es importante, para la exacta comprensión de su punto de vista, poner de relieve que, en la concepción de Kuhlen –tal como manifiesta en su réplica a las críticas dirigidas a su opinión– la acumulación no aparece como un elemento hipotético de los *Kumulationsdelikte*, sino que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización actual o inminente de hechos similares por una múltiple pluralidad de sujetos)[322].

3. Las objeciones fundamentales dirigidas contra el planteamiento son seguramente conocidas: por un lado, que se vulnera el principio de *culpabilidad*, al fundamentarse la sanción *ex iniuria tertii*; por otro lado, que se trata en estos casos de "grandes riesgos", los cuales no pueden contemplarse como problemas de un actuar individual, sino sólo como problemas sistémicos, que

321 KUHLEN, "Umweltstrafrecht...", cit., p. 715: "*Daß etwa die Einleitung von Haushaltabwässern in einen Fluß dessen Funktion als Lebensgrundlage für Menschen, Tiere oder Pflanzen beeinträchtigen könnte, ist praktisch ausgeschlossen; die Handlung ist also nicht einmal generell oder abstrakt geeignet, eine Störung von Gewässerfunktionen herbeizuführen*".

322 KUHLEN, "Umweltstrafrecht...", cit., p. 716, nota 91. Cfr. ya KUHLEN, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung" (§ 324 StGB), *GA*, 1986, pp. 389 y ss., 399: "*Ein Kumulationstatbestand fordert nicht, daß eine einzelne Handlung zu einer Verletzung oder Gefährdung führt, sondern nur, daß die Einzelhandlung zu einer Art von Handlungen gehört, die, wenn sie in großer Zahl vorgenommen würden, eine Verletzung oder Gefährdung herbeiführen würden*"; "*Erst wenn derartige Einzelhandlungen in großer Zahl vorgenommen werden, entsteht eine ökologische Gefährdung*".

no cabe reconducir equitativamente a acciones de personas. En definitiva, que no hay una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto, con lo que la sanción penal vulneraría el principio de proporcionalidad[323]. En fin, que de nuevo parece advertirse una fijación del Derecho penal con los ilícitos de menor entidad, mientras que los ilícitos concretos de naturaleza auténticamente criminal por su mayor entidad escapan a su acción.

4. La réplica de Kuhlen a tales objeciones es evasiva, aunque contundente: se trata de "realizar una contribución a la solución de grandes problemas mediante la prohibición bajo amenaza de sanción de acciones, que más bien prestan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas"[324]. Como puede advertirse, la frase resulta ciertamente afortunada. Sólo que de ella en absoluto puede desprenderse que la *contribución* le deba corresponder como regla al Derecho penal, salvo en aquellos casos en que la conducta aisladamente contemplada constituya ya, de por sí, un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico de que se trate. Expresado de otro modo, los problemas de las *grandes cifras* raramente pueden ser estimados problemas para los que la protección penal sea adecuada. Este extremo es visto de otro modo por Kuhlen, para quien los problemas medio-ambientales se mostrarán en el futuro precisamente ante todo como problemas de grandes cifras, derivados de la industrialización y el crecimiento de la población. De ahí que estime que el Derecho penal, introduciendo costes que superen los beneficios de la acción individual, puede ser un instrumento *adecuado* y *necesario*[325]. En cuanto a la *proporcionalidad* del recurso a tal mecanismo, el problema no le merece especial discusión, a la vista de la trascendencia extraordinaria que le corresponde al mantenimiento de nuestras condiciones naturales de vida[326]. Sin embargo –de nuevo– ésa no es la cuestión: los términos de comparación en el juicio de proporcionalidad son la pena que se impone y el contenido de riesgo propio de la conducta (obvio es decirlo: aisladamente considerada) de quien recibe esa pena. Pues la pena no se "distribuye" entre el conjunto de aportaciones individuales, sino que se asigna precisamente a cada sujeto por separado[327].

[323] Crítico, desde la perspectiva del concepto personal de bien jurídico, HASSEMER, en NEUMANN/SCHILD (Gesamtred.), *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, nº marg. 280 previo al § 1. Detalladamente, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pp. 141 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht...*, cit., pp. 249, 366, 371; también KINDHÄUSER, *LH-Tiedemann*, p. 446, indicando que vulnera el principio de culpabilidad fundar la lesividad de un hecho partiendo de que una masiva realización del mismo impediría el funcionamiento del sistema (se sirve del ejemplo de la estafa de crédito).

[324] KUHLEN, "Umweltstrafrecht...", cit., p. 720.

[325] KUHLEN, "Der Handlungserfolg...", cit., pp. 402-403.

[326] KUHLEN, "Der Handlungserfolg...", cit., p. 404, nota 71: sentada la necesidad y la adecuación, "*das dritte Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Proportionalität oder Verhältnismässigkeit im engeren Sinn, wirft angesichts der überragenden Bedeutung, die man dem Schutz unserer natürlichen Lebensgrundlagen zusprechen muß (...) keine Schwierigkeiten auf*". Cfr. también BOTTKE, "Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas," en *LH-Tiedemann*, pp. 637 y ss., 641, 645-646, indicando que es cierto que una estafa de crédito o de inversión aislada no lesiona ni pone en peligro el sistema crediticio, pero que "el hecho de que un único comportamiento (...) no paralice todavía las condiciones de funcionamiento o el subsistema de la economía de mercado" no se opone a la criminalización del mismo. A su juicio, también aquí –en el ámbito de la economía financiera– bastaría con el argumento de la generalidad o de la masificación.

[327] Lo anterior no pretende afirmar que la acumulación carezca de sentido alguno para el Derecho penal. Es cierto que en estos casos cabe tener en cuenta el hecho de que las aportaciones, irrelevantes por separado, pueden ser en su conjunto relevantemente lesivas. Pero en ningún caso puede eludirse aquí la confrontación

5. Por todo ello, ninguna de las manifestaciones efectuadas desvirtúa, a mi entender, las objeciones que a tal planteamiento (que, por lo demás, tiene una clara vocación de generalización a todos los sectores del nuevo Derecho penal) se le han dirigido –al menos a la vista del modelo clásico de imputación jurídico-penal–. Como tampoco las puede desvirtuar una pretendida equiparación de los delitos de acumulación con la estructura dogmática de la *autoría accesoria*. En efecto, según esta perspectiva, el que realiza una conducta a sabiendas de que ésta, acumulada a otras, resulta peligrosa, respondería del mismo modo en que lo hace un autor accesorio. Sin embargo, dejando aparte el hecho de que la estructura de la autoría accesoria no está en absoluto exenta de dificultades dogmáticas[328], creo posible sostener que existen diferencias sustanciales entre una y otra. Por mencionar sólo una, en los casos de autoría accesoria estamos ante un único hecho, que se proyecta sobre un determinado objeto de la acción. En los casos de delitos de acumulación, en cambio, no se puede hablar de un único hecho sobre el que se pro-

con el principio de proporcionalidad. Así, la magnitud del problema global no puede nunca justificar la imposición de una pena grave a sujetos individuales, cuando las aportaciones de éstos son, por separado, nimias. El sector del ordenamiento que, por sus características, mejor se adapta a casos de esta configuración, es el Derecho administrativo. Si se pretende que el Derecho penal mantenga, por razones comunicativas, esa función que ya ha asumido y que en puridad no le corresponde, debe tenerse claro que no cabe integrarla en el Derecho penal nuclear de la pena privativa de libertad, sino, en todo caso, en un Derecho penal de frontera, que al admitir hechos de esas características se mostraría como ampliamente flexibilizado, y que no podría imponer penas de prisión. Sobre esto véase *infra*.

328 En concreto, resulta cuestionable la calificación de la autoría accesoria como autoría del hecho, pese a que, al no darse los presupuestos de la imputación recíproca propia de la coautoría, es imposible atribuir a un autor accesorio la conducta de otro.

yectan varias aportaciones, sino de una pluralidad de hechos que constituyen un fenómeno global. La dispersión en el espacio y en el tiempo de las conductas integradas en la relación de acumulación impide hablar razonablemente de un único hecho y de un único riesgo al que se habría contribuido. Así, en los casos de acumulación nos hallamos ante una especie de autoría accesoria universal de un hecho global y permanente... imposible de abarcar como tal en los límites de un proceso penal. Lo decisivo en ellos es el fenómeno del comportamiento masivo, que no tiene que ver con la autoría accesoria.

6. En este orden de cosas, no resulta irrelevante que uno de los principales difusores en los últimos tiempos de la categoría de los *Kumulationsdelikte* acabe reconociendo significativamente que *de lege ferenda* sería conveniente que determinadas modalidades de contaminación de aguas del § 324 StGB –el tipo fundamentalmente estudiado por él como manifestación del principio acumulativo– se contemplaran como infracciones administrativas (así, la *Einleitung der Haushaltabwässer*)[329]. Pero debe subrayarse que, en el momento actual, los códigos y leyes penales de todos los países están plagados de delitos regidos por la lógica de la acumulación[330]. Ahora bien, ésta, que

329 KUHLEN, "Der Handlungserfolg...", cit., p. 408: "*Die de lege ferenda praktisch vordringlichste Frage lautet, ob es nicht dem Unrechtsgehalt bloßer Kumulationsbeiträge zur Gewässerverschmutzung angemessener wäre, derartige Beiträge zu Ordnungswidrigkeiten herabzustufen*".

330 Consideraciones similares habría que efectuar a propósito de la lógica de la repetición o la reiteración, o la generalización, que preside buena parte de los "delitos de tenencia". De nuevo aquí el argumento es que, si bien es cierto que la conducta aislada no es relevantemente peligrosa, resulta que las grandes cifras ponen de relieve que la reiteración o generalización de la misma se halla en relación con la producción de resultados lesivos.

constituye seguramente un desarrollo coherente del proceso expansivo del Derecho penal, desde luego no puede admitirse si de lo que se trata es de imponer penas privativas de libertad[331].

6.3. La protección penal del "Estado de la prevención"[332]

1. La mentalidad "administrativizada" del Derecho penal de nuevo cuño se manifiesta también en otros ámbitos. Muy singularmente, en la inclusión entre sus objetos de protección de la actividad administrativa en sí misma considerada. En efecto, en el ámbito de los procesos económicos de la globalización, la privatización y la desregulación, el Estado, cuya presencia directa en la economía como sujeto productor de bienes o servicios (sector público) se ha reducido considerablemente, al igual que asimismo se va reduciendo su dimensión prestacional, ha recuperado la idea decimonónica de "policía", cuyo objeto, además, se ve considerablemente ampliado. Es el modelo de Estado que algunos denominan *regulatory State*, y que aparecería como sucesor del Estado policial liberal y del Estado intervencionista keynesiano. Dejando aparte otras características que aquí no interesan, el caso es, en este

331 Con todo, según sugeríamos más arriba, es evidente que la lógica de la acumulación no sólo se suscita a propósito de los nuevos riesgos, sino en delitos bastante más tradicionales (así, en materia fiscal). Se halla, por tanto, bastante más arraigada de lo que a primera vista podría parecer, pues normalmente aparece oculta tras consideraciones formalistas de infracción de deberes.

332 Sobre todo lo que sigue, con detalle, cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Hacia el Derecho penal del 'Estado de la Prevención'. Art. 294, CP, protección penal de procedimientos administrativos de inspección y evolución de la Política criminal", ponencia presentada al II *Convegno italo-spagnolo di Diritto penale commerciale. La tutela penale dell'informazione societaria,* Pavia, 21-23 de septiembre de 2000 (pendiente de publicación).

modelo de Estado, y en determinados sectores especialmente propensos a la génesis de riesgos importantes para bienes personales o patrimoniales, la prevención comunicativa o contrafáctica (conminación con sanciones penales o administrativas para quien cree el riesgo) no parece suficiente, si no se ve complementada con algún refuerzo cognitivo[333], es decir, si no se procura el control permanente de las actividades lícitas pero peligrosas[334] (en tanto espacios que se definen como de "libertad condicionada").

2. Dicho refuerzo cognitivo está constituido por las diversas vías de control administrativo preventivo (por ejemplo, los procedimientos de autorización o licencia), entre las que desempeña un papel esencial la actuación preventivo-policial, de vigilancia o inspección. Los aparatos estatales aparecen, así, conformando en buena medida lo que se conoce ya como un Estado "de la prevención", un Estado "vigilante"[335]: un Estado que

333 La necesidad de que las reacciones contrafácticas del Estado vayan acompañadas de refuerzos cognitivos para ser verdaderamente eficaces la ha ido subrayando de modo creciente JAKOBS. Cfr. su texto mecanografiado "Das Selbsverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderungen der Gegenwart", 1999.

334 A "libertades peligrosas" se alude en el texto de BECK/BECK GERNSHEIM (Hrsg.), *Riskante Freiheiten – Zur Individualisierung von Lebensformen in der Moderne,* Frankfurt, 1994.

335 Cfr. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración,* Madrid, 2000, *passim* y pp. 25 y ss., 26: "En el umbral del siglo XXI la función inspectora del Estado y su poder de vigilancia se potencian, debido al crecimiento del Estado que estimulan los avances tecnológicos y los cada vez mayores niveles de riesgo y complejidad del sistema social". Y p. 27: "...en una sociedad donde el conocimiento es el verdadero poder, un Estado computerizado no puede funcionar sin datos, por lo que debe volverse indiscreto, vigilando a los ciudadanos y a las organizaciones".

asume nuevas funciones de inspección y vigilancia[336] que hace permanentemente acopio de información que pueda resultar relevante[337].

3. En este marco, sin embargo, resulta que el mecanismo cognitivo de protección pasa a ser protegido de las posibles interferencias mediante otro mecanismo comunicativo/contrafáctico[338]. Así, la actuación sin licencia o la obstaculización de los procedimientos de inspección se definen como infracciones, a cuya comisión se asocian sanciones penales o administrativas; de este modo, el eje del sistema vuelve a ser la prevención comunicativa, eso sí, sustancialmente más alejada del momento de lesión[339].

4. La "sociedad del riesgo" o "de la inseguridad" conduce, pues, inexorablemente al "Estado vigilante" o "Estado de la prevención"[340]. Y los procesos de privatización y de liberalización de la economía, en los que nos hallamos inmersos, acentúan esta tendencia[341]. En este contexto policial-preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. En efecto, las intervenciones de inspección (supervisoras, de control) pueden ser puramente "rutinarias": en realidad, para iniciar una inspección no tiene por qué justificarse la existencia de indicios concretos de peligro para el orden administrativo-policial. El procedimiento de inspección –intensificando todavía más el principio rector que se expresa en el procedimiento sancionador de infracciones administrativas formales– aparece entonces claramente presidido por un criterio "gerencial" en relación con los riesgos *(Risikomanagement)*.

5. La distancia existente entre ese procedimiento de inspección, que puede incoarse de modo perfectamente rutinario, siguiendo criterios aleatorios u otros (actuariales) sobre la gestión de los riesgos, y los bienes jurídicos en última instancia merecedores de protección es enorme. Así, al menos pueden determinarse

[336] Aunque a su vez estas funciones se deleguen en no pocas ocasiones en empresas privadas. Cfr. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, cit., *passim*, en especial pp. 77 y ss.

[337] Sobre la idea de la "sociedad de la vigilancia", que hace hincapié, más bien, en la restricción de derechos derivada del acopio de datos relativos a la esfera personal y del control permanente que entidades públicas y privadas ejercen sobre los individuos, cfr. LYON, *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia* (trad. Alborés), Madrid, 1993, *passim*.

[338] Obsérvese el caso de la actuación clandestina en el tipo cualificado del delito contra el medio ambiente (art. 326), pero también en el tipo básico del delito urbanístico (art. 319) o en el tráfico con productos peligrosos (art. 359).

[339] Así sucede con las infracciones por actuación sin autorización, que, o se interpretan como actuaciones sin disponer de los presupuestos materiales de la autorización, o se convierten en ilícitos formales, a los que resulta injustificado asociar una sanción penal de privación de libertad.

[340] Cfr. el trabajo pionero de DENNINGER, "Der Präventionsstaat", *KritJ*, 1988, pp. 1 y ss. Asimismo, BARATTA/WAGNER, "Risque, sécurité et démocratie", *DS*, 1994, vol. 18, nº 3, pp. 331 y ss., 332: "*La société du risque entraîne avec elle l'Etat de prévention (Erhard Denninger). Il faut souligner que l'Etat de prévention et de sécurité est caractérisé par la tendance a la production normative et par des mécanismes décisionnels qui se réorganisent sans cesse comme réaction à une situation d'état d'urgence structurel. Le danger qui en résulte, savoir la mise en place de limitations inacceptables des libertés civiles par un pouvoir incontrôlé, par des agences étatiques de contrôle, est aussi un aspect central de la civilisation du risque*".

[341] RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante...*, cit., p. 28: "...la intensidad de la función inspectora está en función del reparto de responsabilidades entre el poder público y los sujetos privados: si el poder público asume la prestación directa de numerosos servicios a los ciudadanos, es él mismo el responsable de su correcta ejecución, mientras que si es la sociedad, o la economía privada, la encargada de la realización de los servicios básicos para la comunidad, la necesidad de servicios administrativos de inspección es mayor".

cuatro fases en el alejamiento progresivo con respecto a los objetos de protección.

En la primera, la pretensión de evitación de la lesión de un interés personal o patrimonial da lugar a la descripción de conductas lesivas, concretamente peligrosas o incluso abstractamente peligrosas para los mismos. Éste ha venido siendo el ámbito de la progresiva extensión del Derecho penal.

En la segunda, se caracteriza el entorno típico de tales conductas peligrosas mediante la descripción de contextos en los que, genéricamente, se podrían producir los referidos comportamientos; a estos contextos se puede reconducir buena parte de los denominados bienes colectivos. La lesión o puesta en peligro concreto e incluso abstracto de estos contextos típicos es, en ocasiones, objeto de protección administrativa y, de modo crecientemente importante, también de protección penal.

En la tercera fase, se trata de establecer unos indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos, ya por una acción aislada ya, en todo caso, por la acumulación de las conductas de quienes operan en un determinado sector de actividad. Dichos indicadores son los que suele establecer la normativa administrativa como presupuestos de la aplicación de aquellas de sus sanciones que no se hallan vinculadas a peligros reales (ni abstractos ni concretos), sino a peligros presuntos o formales[342]. A esta

[342] A mi entender, es en este punto en el que se sitúa toda la tendencia del Derecho penal a tipificar las afectaciones de los llamados "bienes con función representativa". Debe subrayarse que la doctrina que trata de fundamentar la legitimidad de sancionar penalmente tales ilícitos admite explícitamente que en estos supuestos no es posible exigir la presencia en todo caso de una lesión ni de un peligro para el bien colectivo (bien representado), sino que tales lesiones y peligros sólo resultarían de una repetición o acumulación de conductas procedentes de sujetos diversos. De modo que lo lesionado es sólo el bien "representante", pero no puede dejar de suscitarse la pregunta acerca de qué bien es éste (que no es ni individual ni colectivo). Cfr. sobre todo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social,* Madrid, 1995, p. 25; del mismo autor, "El bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria", en *Estudios penales y criminológicos XVIII,* Santiago de Compostela, 1995, pp. 123 y ss., 169 y ss.; del mismo autor, *Derecho penal económico. Parte General,* Valencia, 1998, pp. 98 y ss. Cfr. ya antes la exposición general de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia,* Madrid, 1994, pp. 300 y ss. Por tanto, la cuestión de la legitimidad de la protección de los bienes con función representativa no es otra que la de la legitimación de la represión de conductas que ni lesionan ni ponen en peligro por sí solas bienes jurídicos individuales ni colectivos.

situación de peligro formal o presunto podemos denominarla también vulneración del "orden de policía" y a ella se conectan los procedimientos administrativos sancionadores de infracciones formales. La apreciación de indicios de que concurran algunos de tales indicadores permitiría a la Administración iniciar un procedimiento sancionador.

Por fin, en la cuarta fase, aunque no exista sospecha concreta alguna sobre la concurrencia de los referidos indicadores, se puede iniciar el procedimiento administrativo de inspección.

6. La cuestión es si la perturbación del correcto funcionamiento de la supervisión o inspección estatal constituye, en sí misma, lesión o puesta en peligro relevante de un bien jurídico-penal, o, en otros términos, si constituye la desautorización de una norma que pertenece al núcleo de la identidad normativa de la sociedad actual[343]. Pues bien, prácticamente todo el

[343] Cfr. JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en sus *Estudios de Derecho penal* (trad. Peñaranda/Suárez/Cancio), Madrid, 1997, pp. 293 y ss., p. 310. JAKOBS sitúa estos casos en lo que denomina hipótesis de respon-

mundo admite, de modo expreso o implícito, que en estos casos el peligro abstracto para un bien jurídico-penal de los llamados colectivos sólo resultaría, de nuevo, de la acumulación (reiteración y generalización de conductas)[344]. Así que, consecuentemente, habría que concluir que cada perturbación aislada de la actuación inspectora constituye un ilícito de desobediencia que no debería dar lugar a penas privativas de libertad[345]. Pero es un hecho que los diferentes ordenamientos jurídicos van incorporando tipos que responden a esta estructura; y que las sanciones con las que se conmi-

sabilidad por el peligro de un comportamiento futuro. En ellos, se exige al sujeto renunciar a un fragmento de su privacidad y permitir la comprobación pública del mismo. El ejemplo que pone es muy expresivo: "quien elabora productos alimenticios para el público comercio tiene que permitir que se controle si ello acaece con materiales aptos para el tráfico y en condiciones higiénicas".

[344] Cfr., sin embargo, DOLCINI, "Principi costituzionali e Diritto penale alle soglie del nuovo millenio", *RIDPP*, 1999, pp. 10 y ss., 18. Este autor, en efecto, constata, como ya se ha señalado aquí, que "*la presenza nell'ordinamento di attività giuridicamente regolate, che rappresentano l'esercizio delle funzioni di enti o organi pubblici, è cresciuta negli ultimi decenni, e verosimilmente è destinata a crescere ulteriormente in futuro: il governo di processi economici sempre più complessi ha comportato la creazione di nuovi enti e l'attribuzione di nuovi compiti di controllo a enti preesistenti, con frequente ricorso a la sanzione penale per reprimere comportamenti che impediscano o ostacolino l'esercizio di quelle funzioni*". Pero, a continuación, sentencia que aquí "*di null'altro si tratta che della tutela di nuovi beni, strutturalmente identica a beni classici, contro comportamenti dannosi o pericolosi*". Añadiendo que la *gente per bene* (gente bien) no puede encontrar en la idea del delito como lesión de un bien jurídico una cobertura de sus pretensiones de librarse del impacto del Derecho penal.

[345] Cfr. KINDHÄUSER, *LH-Tiedemann*, p. 452, donde señala que la protección de las reglamentaciones que configuran el orden de la economía, cuando no tiene lugar ninguna intromisión en esferas de libertad garantizadas, puede acometerse perfectamente con sanciones severas de multa o de inhabilitación, pero sin la reprobación ético-jurídica que expresa un "fracaso personal" (pena criminal).

na la realización del tipo delictivo son, pese a todo, privativas de libertad.

6.4. La gestión de los riesgos de origen personal y la inocuización en el Derecho penal actual[346]

1. Si el delito se contempla como un riesgo social, es razonable que, al afrontarlo, se tengan en cuenta criterios seguidos para la gestión de otros riesgos. En particular, resulta coherente con tal representación recurrir a criterios de prevención cognitiva. Sin embargo, el Derecho penal, en la medida en que incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo, encaminados a neutralizar fácticamente (y no comunicativamente) el fenómeno delictivo, se "administrativiza". Ésta es, pues, una tercera dimensión[347] de la administrativización del Derecho penal: el redescubrimiento de la inocuización.

2. La vinculación de la idea de inocuización con el positivismo criminológico[348] había determinado su

[346] Cfr. sobre esto, con más detalle, SILVA SÁNCHEZ, "El retorno de la inocuización", en *Libro-Homenaje al Prof. Barbero Santos*, 2001, pp. 683 y ss.

[347] Una cuarta dimensión, en la que aquí no nos detendremos, viene dada por la proliferación de soluciones de autorregulación, que se presentan como alternativa eficiente a la estricta legalidad y a la jurisdiccionalidad (mediación, negociación). Éstas, que configuran una "administración" de "justicia" penal sin Derecho penal, constituyen, como se señalara más arriba, una muy clara manifestación de un Derecho de gestión de problemas. Probablemente, el tema de la cada vez más amplia remisión de las normas jurídicas a reglas técnicas emanadas de los propios sectores socio-económicos afectados por un determinado problema deba inscribirse en un marco próximo.

[348] Como es sabido, en VON LISZT constituía uno de los tres fines de la "pena funcional" en términos preventivo-especiales *(Zweckstrafe)*: la intimidación individual se dirigía al delincuente ocasional; la resocialización, al delincuente reiterado corregible; y la inocuización, al delincuente de estado incorregible. Cfr., por ejem-

práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo. Frente a ello, como es sabido, la inocuización *(incapacitation)* nunca estuvo fuera de la discusión norteamericana en relación con los fines de la pena. Muy al contrario, al tratarse allí de un debate en el que la ponderación de costes y beneficios económicos ha desempeñado siempre un papel relevante, también ha subsistido la disposición a considerar argumentos que justificaran la utilidad de la inocuización de determinados grupos de delincuentes. En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes *three strikes*[349]; el otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuización selectiva *(selective incapacitation)*[350]. Pues bien, ésta es, como los fenómenos comentados en páginas anteriores, la manifestación de una visión "administrativizada" de la intervención del Derecho penal.

plo, VON LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht" (1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Berlin, 1905, pp. 126 y ss., 164 y ss., 166 y ss., con palabras durísimas: *"Wie ein krankes Glied den ganzen Organismus vergiftet, so frisst der Krebsschaden des rapid zunehmenden Gewohnheitsverbrechertums sich immer tiefer in unser soziales Leben"*. Por tanto: *"Gegen die unverbesserlichen muss die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bezw. auf unbestimmte Zeit)"*.

[349] Sobre las leyes *three strikes* en Estados Unidos, que incorporan el conocido principio *"three strikes and you're out"*, cfr., de modo general, ROTMAN, "El concepto de prevención del delito", *AP* 1998/43, pp. 839 y ss., 854 y ss.; GRASBERGER, "Three Strikes and You Are Out", *Zu neuen Strafzumessungsansätzen bei Wiederholungstätern, ZStW*, 110 (1998), pp. 796 y ss.

[350] Cfr. GREENWOOD/ABRAHAMSE, *Selective Incapacitation*, Santa Mónica, 1982; un resumen de los criterios de Greenwood puede hallarse en VON HIRSCH/ASHWORTH (eds.), *Principled Sentencing*, Boston, 1992, p. 163, nota 5.

3. La premisa mayor de la teoría de la inocuización selectiva es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes *(high risk offenders)*, respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos, y predecir, sobre la base de criterios estadísticos, que lo seguirán siendo. De este modo, se entiende que la inocuización de los mismos –esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible– conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste. Expresado en términos contables: recluir 2 años a 5 delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de 4 delitos por año, "ahorra" a la sociedad 40 delitos y le cuesta 10 años de prisión. En cambio, si ese mismo coste de 10 años de prisión se emplea en recluir 5 años a 2 delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de 20 delitos por año, el "ahorro" social es de 200 delitos, y así sucesivamente. De admitir la corrección del anterior *modus operandi*, la *selective incapacitation* mostraría significativas ventajas económicas frente a la indiscriminada, o ciega, *general incapacitation*[351].

[351] Evidentemente, la teoría de la inocuización selectiva plantea –como, en general, las tesis inocuizadoras– problemas de fundamentación empírica, por un lado, y de legitimación axiológica (proporcionalidad), por el otro. Sobre el debate al respecto, cfr. BLACKMORE/WELSH, "Selective Incapacitacion: Sentencing According to Risk", en *Crime & Delinquency*, octubre 1983, pp. 504 y ss.; también, los trabajos de WILSON, VON HIRSCH y TONRY, en VON HIRSCH/ASHWORTH (eds.), *Principled Sentencing...*, cit., pp. 148 y ss., 158 y ss., 165 y ss. En lengua castellana, es excelente el análisis de OTTAVIANO, "*Selective Incapacitation.* El retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo", *Prudentia Iuris* (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires"), mayo 1999, nº 49, pp. 137 y ss., especialmente 150 y ss., 154-155.

4. De este modo, la inocuización del delincuente, si es que alguna vez abandonó la discusión norteamericana, lo que –como se ha indicado– es más que dudoso, ha vuelto a situarse en el centro de la discusión político-criminal de aquella cultura jurídica. A los fines aquí pretendidos, no es necesario profundizar en los aspectos que distinguen la orientación contemporánea a la inocuización de la que tuvo lugar en los Estados Unidos a principios de siglo. Debe bastar, por contra, con subrayar que el método de la predicción de peligrosidad para determinar los sujetos que, precisamente, deben ser inocuizados ha cambiado radicalmente [352].

5. Esta cuestión, ciertamente, ha de ser objeto de un comentario detallado, pues en ella se manifiesta con claridad la medida de la administrativización del Derecho penal en este ámbito. En efecto, a la hora de adoptar consecuencias jurídicas inocuizadoras, los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuaria *(actuarial justice),* de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos *(low risk offenders, medium risk offenders, high risk offenders),* sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto (diagnóstico y pronóstico clínico). Esta ideología "gerencial" es, seguramente, la característica más llamativa de la *New Penology* norteamericana [353], también denominada –gráficamente– *managerial or administrative criminology,* que lenta pero inexorablemente se va difundiendo por el continente europeo [354].

[352] Cfr. PRATT, "Dangerousness, Risk and Technologies of Power", en *Australian and New Zealand Journal of Criminology,* 28, 1995, pp. 3 y ss.; del mismo autor, "Governing the Dangerous: an Historical Overview of Dangerous Offender Legislation", en *Social & Legal Studies* 5 (1996), pp. 21 y ss.

6. Sea como fuere, mi opinión es que el fenómeno no es casual. Por el contrario, el *"retorno" de la inocuización* se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la política criminal, y no sólo de la política criminal norteamericana. En dicha evolu-

[353] Sobre esta noción existe ya una muy extensa bibliografía. Cfr., por ejemplo, REICHMAN, "Managing Crime Risks: Toward an Insurance Based Model of Social Control", en *Research in Law, Deviance and Social Control,* 8, 1986, pp. 151 y ss.; FEELEY/SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications, Criminology,* vol. 30, nº 4, 1992, pp. 449 y ss.; FEELEY/SIMON, "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology,* London, 1994, pp. 173 y ss.; OTTAVIANO, "*Selective Incapacitation...*", cit., pp. 146-147.

La visión crítica de esta corriente subraya que la misma no muestra interés por las causas (individuales o sociales) del delito y sí únicamente por su control al menor coste posible. Así, se indica (BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics,* New York/Oxford, 1997, p. 103): "*This approach has been called 'managerial' or 'administrative' criminology, the 'check'em out' approach, and, most simply, the 'new penology'. Advocates of the new penology profess no ideological affiliation, but see themselves as planners and system engineers seeking to implement crime control politics aimed at the efficient management (rather than elimination or reduction) of criminal behavior*".

[354] El diario *El Mundo,* 11-XII-2000, en su edición de Cataluña, contienc unas declaraciones del alcalde socialista de Barcelona, Joan Clos, en las que éste insiste en que los pequeños delitos que provocan alarma social en la ciudad "los cometen un grupo de unas 400 personas, 100 de las cuales son menores, que tras ser detenidos son puestos en libertad". A ello añade que se trata de "delincuentes habituales que se dedican a este modo de vida" y que la legislación española "no da una respuesta adecuada a este tipo de delincuencia".

ción cabe advertir varios elementos determinantes. Así, a mero título de ejemplo, por un lado, el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente[355]. Y por otro lado, la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales[356]. De este modo, parece estar sentada la base ideológica de los planteamientos inocuizadores.

7. El retorno de la inocuización se está manifestando en instituciones muy diversas. La más notable es, seguramente, la adopción de medidas de seguridad (privativas de libertad o consistentes en una libertad vigilada), que se imponen una vez cumplida la pena ajustada a la culpabilidad del sujeto y que pueden llegar a durar toda la vida del condenado. La regula-

[355] Un desencanto que es ideológico, pero no sólo ideológico. Quiere indicarse con ello que también es posible que influya la voluntad de reducir las inversiones en tratamientos de resocialización (lo que explica, por ejemplo, el que nunca llegaran a implantarse en Alemania los establecimientos de terapia social previstos en la reforma penal de aquel país de los años sesenta y setenta). Tal reducción de inversión en el ámbito penitenciario es coherente con la reducción del gasto público propia de la crisis de los Estados del bienestar. Claro es que se pensará que la inversión en resocialización es eficiente, en el sentido de que, al menos a medio plazo, reduce los costes sociales derivados de la comisión de delitos. Pero los análisis a medio plazo no siempre son propios de la política de gestión de la crisis, a la que asistimos.

[356] En la fijación de la frontera de los riesgos asumibles por el individuo y la sociedad, el principio de inocuización se manifiesta como el contrapunto del principio de resocialización. Este último supone un incremento del riesgo socialmente asumido más allá de lo prescrito por el principio de culpabilidad. No es expresión de un Derecho penal neutro, sino de un Derecho penal de prestaciones, del bienestar. En cambio, el principio de inocuización sigue el criterio opuesto: la frontera se fija de modo que supone un incremento del riesgo asumido por el individuo penado más allá de lo prescrito por el principio de culpabilidad.

ción norteamericana sobre las consecuencias jurídicas aplicables a los delincuentes sexuales violentos y peligrosos es un buen ejemplo de esta tendencia; pero también el Derecho alemán contiene, desde 1998, una buena expresión de este tipo de consecuencias jurídicas para delincuentes sexuales violentos[357]. Con todo, junto a ésta, van apareciendo otras muchas instituciones. De entre ellas, una de las más llamativas es la publicación de listas de ex delincuentes, regulada en Estados Unidos para el caso de los delincuentes sexuales y cuya introducción, incluso en términos mucho más generales, empieza a proponerse por no pocos en Europa[358].

8. El verano y el otoño del año 2000 fueron especialmente prolijos en acontecimientos marcados por esta idea. Así, en Gran Bretaña, si bien el gobierno rechazó promover la llamada *Sarah's Law*, que permitiría el conocimiento público de las listas de pederastas que posee la policía, el periódico *News of the World* procedió a publicar tal relación. Y algunas policías locales

[357] Cfr., de modo detallado, SILVA SÁNCHEZ, "El retorno...", cit., pp. 683 y ss. En España el debate sobre esta cuestión se ha empezado a plantear más bien en el ámbito de los delincuentes terroristas. Así, el presidente del Consejo General del Poder Judicial se mostraba partidario de la imposición de medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena para los terroristas que se acredite que no están reinsertados (*El Mundo,* 15-XI-2000).

[358] Cfr. el informe del *Home Office* británico, "Managing dangerous people with severe personality disorder. Proposals for Policy Development", www.homeoffice.gov.uk, citado apud RAGUÉS I VALLÉS, *Proyecto docente,* Barcelona, 2000, inédito. Como señala ALBRECHT, P. A., "Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform", *ZStW,* 111 (1999), pp. 863 y ss., 865, "la legislación penal sexual podría, así, ser expresión también de una reordenación de los intereses de la colectividad, el autor y la víctima o, con otras palabras, ni más ni menos que la expresión de una reordenación de la sintonía entre intereses por la seguridad e intereses por la libertad, en la que la seguridad se convierte claramente en dominante".

han seguido iniciativas parecidas. Por su parte, el semanario luxemburgués *L'Investigateur*, en su edición de mediados de agosto de 2000, también procedió a publicar una lista de pederastas belgas. En España, el debate más reciente giraba en torno a la pretensión de la Asociación de Defensa del Paciente de publicar en internet las listas con los nombres de los médicos condenados por negligencia; y, sobre todo, en torno a la pretensión del presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de hacer otro tanto con los nombres de los sujetos condenados por haber realizado actos de violencia doméstica[359].

9. La idea de inocuización se plasma, además, en la tendencia creciente a adoptar medidas previas a la condena, ya cautelares, ya estrictamente preventivas (predelictuales, en la terminología más clásica). La expulsión de los extranjeros sin necesidad de que medie condena alguna se enmarca, a mi juicio, en esta corriente general en la que al Derecho penal, además de la imputación de culpabilidad por el hecho cometido, parece corresponderle, en medida determinante, la gestión administrativa del delito como riesgo social.

[359] Cfr. una amplia referencia al debate en *El País*, 14-X-2000, p. 28, con el artículo –contrario a tal iniciativa– de PÉREZ TRIVIÑO, "Las medidas avergonzantes y la dignidad humana"; y en *El País* (edición internacional), 17-X-2000, p. 23, con el artículo favorable de VARELA PORTELA, "La publicidad de la condena".

7. LA IMPOSIBILIDAD DE "VOLVER" AL VIEJO Y BUEN DERECHO PENAL LIBERAL *(GUTES, ALTES LIBERALES STRAFRECHT)*

7.1. Planteamiento

1. Frente a los fenómenos que se han ido constatando y que redundan en una progresiva expansión del Derecho penal, hay quien aboga por una vuelta al Derecho penal liberal, un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía. La intención que guía tal propuesta es, sin duda, la de recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantía de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Sin embargo, como se ha dicho por otros, en esa pretensión se dan elementos no sólo anacrónicos, sino precisamente ucrónicos. En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días.

GÜNTHER JAKOBS
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
EN LA UNIVERSIDAD DE BONN

TRADUCCIÓN DE MANUEL CANCIO MELIÁ
Y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

Título alemán: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?". El texto reproduce (con excepción de los apartados II B, II B 3, IV B a D) la ponencia general presentada por el autor en las Jornadas alemanas de profesores de Derecho penal en Rostock el día 28 de mayo de 1995, publicada en: ZStW 107 (1995), pp. 843 a 876. Versión al castellano de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid).

ISBN 958-616-293-1

© **GÜNTHER JAKOBS, 1996**
© **MANUEL CANCIO MELIA (traducción), 1996**
© **BERNARDO FEIJOO SANCHEZ (traducción), 1996**
© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996**
Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 Nº 1-17 Este, Bogotá - Colombia. FAX 2843769

Primera edición: septiembre de 1996

Ilustración de portada: *Predicación de San Esteban*, Vittore Cerpaccio (1460 - 1525), lienzo 1.52 x 1.95 m., Museo del Louvre.

Composición, fotomecánica, impresión y encuadernación:
Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestrosa

Secretario General
Hernando Parra Nieto

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTICULOS
Nº 13

serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

director del

Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

I. Consideración preliminar

Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se entiende la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía –entroncada con Descartes– desde Hobbes a Kant, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar[1]. Es cierto que la historia de la filosofía enseña que esta última perspectiva puede ser objeto de discusión y que puede abarcar conceptualmente durante algún tiempo los problemas existentes. Pero del mismo modo que la conciencia sigue sus propias reglas, también lo hace la comunicación. Por esta razón, la solución tampoco ha de buscarse en la postura antagonista con el punto de partida orientado sobre la base del sujeto; es decir, tampoco ha de buscarse en la tradicional doctrina europea aristotélica del

---

[1] Sobre esto, Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik,T. II, 1993 (primera edición 1981), pp. 195 y ss., 235 y ss.; respecto de la intersubjetividad, *cfr. ídem*, Soziologische Aufklärung, T. VI, 1995, pp. 169 y ss., 174 y s., 181 y s.

Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque, desde luego, se pueda formular dentro de este modelo sustancia social.

La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhmann[2]. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales[3].

II. FUNDAMENTOS

A. El Derecho penal como parte de la sociedad

Son funciones las prestaciones que –solas o junto con otras– mantienen un sistema[4]. En lo que se refiere a las prestaciones, interesan aquí aquellas del conjunto del Derecho penal, y, dicho expresamente, no sólo la pena. Tomada de modo aislado, la pena no es más que un mal, y si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de Hegel, la irracional secuencia de dos males[5]. Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa

2 *Cfr.* últimamente Das Recht der Gesellschaft, 1993.

3 *Cfr.* especialmente infra II C 2 y IV.

4 Luhmann, en: Ritter et al. (a cargo de la edición), Historisches Wörterbuch der Philosophie, T. II, 1972, función IV: "Prestaciones desde el punto de vista de su aportación al mantenimiento de un sistema social".

5 Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), edición Glockner, T. VII, reimpresión de 1952, § 99 anotación.

del hecho entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional, y todo ello bajo condiciones de las que aquí habrá que hablar.

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.

Por ello los estudios empíricos sobre la prevención general positiva[6] han de dar necesariamente la impresión de estar algo descolocados. Pues afectan al entorno, es decir, a

6 Dölling, ZStW 102, pp. 1 y ss., 9 y ss., con referencias; últimamente Baurmann, GA 1994, pp. 363 y ss.; respecto de la situación en supuestos de *non liquet* Kuhlen, GA 1994, pp. 347 y ss., 365 y s.

las consecuencias de psicología individual o social, pero no al núcleo de la teoría: el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad. En este proceso en el plano empírico únicamente se pueden aprehender el delito, el proceso y su relación, pero, desde luego, no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno de la confirmación de la identidad[7]; pues ésta no es una consecuencia del proceso, sino su significado.

Ahora bien, esta autosuficiencia del sistema jurídico es una cosa, y otra cuestión distinta es "qué problema del sistema social se resuelve mediante la génesis diferenciada de normas específicamente jurídicas y, en definitiva, mediante la génesis diferenciada de un sistema jurídico en especial"[8]. El funcionalismo afirma que lo que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social; y ello da lugar a que sea objeto de crítica en un doble sentido: por un lado, desde la perspectiva de las teorías puras de la justicia, y, por otro, por la exclusiva referencia funcional al sistema social. Para completar el panorama, añado la afirmación de que para el desarrollo de reglas jurídicas, es decir, para el trabajo dogmático, la prestación externa del sistema jurídico

7 Acertadamente Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 228: "más bien aseguramiento simbólico que... prevención manifiesta". En principio, cabe comprobar empíricamente si se comprenden afirmación y contestación (p. 231); pero la configuración de motivación futura (¿fidelidad o no al ordenamiento jurídico?), forma parte del mero entorno de la teoría. *Cfr.*, también Baratta, en: Haft et al. (a cargo de la edición), Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 393 y ss., 412.

8 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 124.

debe ser tomada como presupuesto desde la perspectiva interna del sistema jurídico, si se quiere obtener conclusiones que no sean meramente casuales. Todas las instituciones dogmáticas dignas de mención en el Derecho penal moderno, desde la imputación objetiva hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de desconocimiento de la norma hasta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etc., no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva puramente interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la función de la normatividad jurídica. Con esto no quiero afirmar que esta perspectiva se tuviera en cuenta de modo consciente, sino que, más bien, es posible que lo funcional se haya presentado como "justo". En lo que se refiere a la determinación del comportamiento objetivamente imputable, esto es, palmario: la perspectiva exclusivamente interna demuestra que la realización del tipo y la adecuación social, en contra de lo que se sostiene en el marco de la teoría interna, no se excluyen mutuamente. Resulta evidente que es necesario adoptar una perspectiva más amplia para superar la colisión. Para aclarar más la cuestión, puede que baste con una referencia a la injerencia: sin un punto de vista externo, la dogmática ni pudo ni puede ir más allá del criterio –con independencia de sus diversas formulaciones– de un parecido exterior con la comisión; sin embargo, si se reconoce cuál es la función de la responsabilidad por comisión, sc. la de garantizar la seguridad de expectativas a pesar de la existencia de ámbitos de libertad, se llega fácilmente, con respecto a la omisión, a la idea de que el deber de evitar es la contrapartida de la asunción de un riesgo especial.

El hecho de introducir la perspectiva que aquí se ha denominado externa no es, desde luego –como muestran los ejemplos enunciados–, una enorme innovación; por el contrario, aparece como externo aquello que se muestra desde una perspectiva aun poco habitual. Un último ejemplo al respecto: incluso en contra del finalismo se adujo que descansaba en una perspectiva filosófico-antropológica (siendo acertada tal observación, pero sin que ello pueda considerarse una objeción, que era la intención perseguida), y, por tanto, en una perspectiva externa en *este* sentido.

Sea como fuere, la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal. Por ejemplo, que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad.

Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social[9], del mismo modo

[9] Luhmann (nota 8), p. 225.
Incluso partiendo de esta formulación vaga, esta afirmación es discutida; por el contrario, se intenta limitar al Derecho penal –con independencia del estadio de desarrollo de la sociedad– a los "ataques dolosos cometidos con conciencia de antijuridicidad contra la

que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra. Por lo tanto, por un lado, no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aun a plena luz del día. Pero, por otro lado, el Derecho pe-

integridad corporal, la vida y la libertad" (Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p. 35). También se propone "responder jurídicamente a los problemas de modernización con una modernización del Derecho", lo que significa que se debe desarrollar por debajo del Derecho penal un "Derecho de intervención" (Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 23). La propuesta mencionada en primer lugar debe ser rechazada tanto por su fijación en determinados bienes, teniendo especialmente en cuenta que se trata de bienes que no están incardinados en una infraestructura (también la reformulación referida a las "expectativas que se refieren a que el Estado discrimine los ataques dolosos violentos contra la vida, la integridad corporal, la libertad y la propiedad", Kargl, *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht*, 1995, pp. 42 y s., no tiene en cuenta de modo suficiente la necesidad de una infraestructura de estas expectativas, especialmente partiendo de la necesidad de que sean apoyadas cognitivamente, p. 35 con nota 108), como por su psicologicismo (*cfr.*, III. A y B 3). También debe rechazarse la segunda propuesta enunciada, al menos en lo que se refiere a la lesión de bienes esenciales por dejación de la responsabilidad por el producto, que Hassemer toma como ejemplo. En el ámbito de la responsabilidad por el producto, al menos en lo que se refiere a la sentencia del BGHSt 37, pp. 107 y ss. –que es el objeto de examen principal en el estudio de Hassemer–, no existen peligros esencialmente nuevos para un Derecho penal propio del Estado de Derecho que hagan imposible el mantenimiento del "estado de desarrollo por fin seguro de la dogmática liberal del injusto y de la culpabilidad" (con dudas al respecto Lüderssen, en: *ídem, Abschaffen des Strafens?*, 1995, pp. 7 y ss., 11):
a) Ciertamente, constituye un defecto de la sentencia citada el hecho de que el BGH vincule a un comportamiento ajustado a Derecho deberes por injerencia y después hable de comportamiento antijurídico (sobre ello Hassemer, pp. 50 y ss., Kuhlen, NStZ 1990, pp. 566 y ss.; Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, 1993, pp. 138 y s.). Sin embargo, en el plano material, una sociedad que se entiende a sí misma como saturada con productos *necesariamente* ha de definir los productos nuevos, también aquellos cuya comercialización no sobrepase *ex ante* el riesgo permitido, como riesgos *especiales*, es decir, imponer al productor los costes derivados.
b) En lo que se refiere a la problemática de la causalidad (Hassemer, *Op. Cit.*, pp. 38 y ss.),

nal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de ésta (aunque, desde luego, se trate de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución.

B. Protección de normas

¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas[10]. Intentaré esbozar lo dicho con algunos pocos trazos:

---

no es cierto –en contra de lo sostenido por Hassemer, p. 42, Samson, StV 1991, pp. 182 y ss., 183, Puppe, JR 1992, pp. 30 y ss., 31– que no quepa "excluir... con seguridad" "factores causales ajenos" "cuando no se conocen los factores causales relevantes de modo completo y seguro" (Hassemer). No sólo en el ámbito farmacéutico se sabe respecto de muchas drogas que algún elemento produce una determinada consecuencia, pero de ningún modo cuál es ese elemento (*cfr.*, al respecto Hilgendorf, pp. 121 y ss.). Otra cuestión distinta es que los datos en la sentencia de que hablamos fuesen suficientes para llegar a un conocimiento o no; pero este no es un problema fundamental de la responsabilidad por el producto, si bien en este ámbito –tratándose de víctimas potencialmente masivas– puede que sea especialmente fuerte la tentación de evitar una sentencia que intranquilice a la generalidad.

c) Respecto de la imputación a los miembros de un colectivo decisorio, *cfr.*, Jakobs, en: Kühne (a cargo de la edición), Festschrift Miyazawa, 1995, pp. 419 y ss.; *cfr.*, también Röh, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, 1995, pp. 145 y ss.

10 Para criticar esta postura se ha afirmado que peca de "formalismo", Hirsch, ZStW 106, pp. 746 y ss., 753, o que ha de ser "rellenada por decisiones", Schünemann, GA 1995, pp. 201 y ss., 221, y esta objeción afecta a la concepción expuesta en la medida en que es cierto que sólo puede ser aplicada en una sociedad concreta. Pero ello es así en todas las concepciones que se mueven en este nivel de abstracción. Ejemplo: que el Derecho penal es protección de bienes jurídicos-"formalismo", mientras no se determine qué es lo que es un bien jurídico en la sociedad concreta. Dicho de modo extremo: el Derecho debe proteger lo más sagrado, es decir, aquello que "hoy y siempre, con sentimiento cada vez más intenso, une cada vez más a los espíritus" (Goethe, *Xenien*, edición de Hamburgo, T. I, 5ª edición, 1960, p. 227 Nº 136). ¿Y qué es lo que une? Ciertamente, el punto de partida aquí escogido

La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de otro modo, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes (aunque, ciertamente, puede que en determinados ámbitos se deduzca de modo correcto a partir del reflejo de la norma, esto es, por ejemplo, a partir de bienes, la norma misma). El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución[11], e incluso en este caso han de asegurarse los requisitos de la evolución, pues de lo contrario no podría distinguirse lo que es evolución de lo que es casual.

Una parte de las normas de las que aquí se trata viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento, y que no necesita de una estabilización es-

---

no es una garantía de que las normas en cuestión sean normas jurídicas en sentido enfático; lo que es su punto de mira es comprender la normatividad en sí. El ulterior reproche de que al asesino "... no se le castiga en primer lugar por rebelarse contra la norma del § 211 StGB, ¡sino por destruir una vida humana!". (Hirsch, *loc. cit.*), evidentemente no tiene en cuenta que el "destruir una vida humana" *per se* no es más que un mero hecho natural; tan sólo la presencia de una norma –con independencia de cómo ésta esté fundamentada– convierte al sistema psicofísico "ser humano" en un ser humano que no debe ser asesinado sin razón.

11 *Cfr.* Günther, KJ 1994, pp. 135 y ss., 146. Puede ponerse en duda que la calificación moral del autor como "malo" encubre la existencia de alternativas a la pena (p. 153), ya que hoy en día –¿casi?– todas las normas morales son contingentes, al menos en mayor medida contingentes que las normas jurídico-penales fundamentales.

pecial[12]: esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva; quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí.

Por decirlo con un ejemplo: quien no viva sobre la base de una imagen del mundo más o menos acertada desde el punto de vista de las ciencias naturales, pronto pierde en una sociedad moderna de corte occidental todas aquellas oportunidades que se estiman ventajosas; dicho de modo más concreto: las casas cuyos cálculos de estática son incorrectos se derrumban pronto, y quien ofrece brujería para que llueva, encontrará, en todo caso, seguidores en los márgenes de la sociedad moderna.

Otra parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse; concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones. Mientras que las normas del primer tipo forman una base de comportamiento obligada para todo aquél al que le resultan accesibles –y quien no tiene acceso a ellas es socialmente incompetente–, sobre las normas del segundo tipo cabe disponer subjetivamente, al menos en el caso concreto. Refiriéndome al último ejemplo: nadie puede querer seriamente comenzar la construcción de una casa por el

[12] Respecto del texto que sigue, Jakobs, ZStW 101, pp. 516 y ss.; *ídem*, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 8 y ss., 12 y ss., 23 y ss.; *cfr.*, también Meder, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, pp. 121 y ss., 127 y ss.

primer piso, pero desde luego que se puede desear e incluso realizar una construcción en un lugar prohibido por el Derecho urbanístico. Esto puede resumirse con la siguiente fórmula: una voluntad defectuosa basada en un conocimiento defectuoso es señal de incompetencia y lleva en mayor o menor medida una *poena naturalis*, mientras que el defecto volitivo aislado no hace temer *per se* consecuencias negativas derivadas del comportamiento.

Precisamente a causa de la evidente contingencia de estas normas, es decir, a causa de *–sit venia verbo–* la indemostrabilidad de la voluntad correcta en relación con las normas jurídicas, y también morales, su vigencia ha de garantizarse de otro modo, precisamente a través de una sanción. En el caso de las normas jurídico-penales, por tanto, a través de una pena impuesta en un procedimiento formal. Desde el final del Derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios. La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.

C. Socialidad *versus* subjetividad

1. Subjetividad mediada por lo social

Una objeción muy común es que con lo antes dicho el funcionalismo se quita la máscara, mostrando su verdadera faz: se dice que pretende estabilizar la sociedad, sin aludir para nada al sujeto libre[13]; se dice que pretende estabilizar

[13] Albrecht, StV 1994, pp. 265 y ss., 266; Stübinger, KJ 1993, pp. 33 y ss., 34 y s.: se afirma

normas, sin determinar si son normas que hacen posible la libertad o normas que aterrorizan. En lo que se refiere a la primera crítica, es correcta a medias: es cierto que desde la perspectiva funcional, de lo que se trata es del mantenimiento de un sistema que ha generado por diferenciación un sistema jurídico. Pero la segunda mitad de la objeción, la afirmación de que de este modo se pasa por alto al sujeto libre, no tiene nada que ver con la cuestión: éste estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad. Ciertamente, si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, efectivamente, carecerá de toda importancia; pero también puede suceder que se convierta en el objeto central de la comunicación, y entonces será el elemento dominante, por encima de todo lo demás. Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral.

En contra de esto cabe objetar a su vez que un sujeto libre cuasi por gracia de la sociedad es demasiado poco, que éste no debe ser fundamentado de modo derivativo, sino que debe constituir el principio y el objetivo, es decir, que debe ser necesariamente el contenido principal en la empresa "Derecho penal".

Si se quisiera entender esta objeción en sentido empírico, es evidente que estaría equivocada. Si el debate sobre el

que se trata de una "contribución al mantenimiento del sistema", que no se "justifica" a su vez; Kahlo, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, p. 206: se "degrada violentamente" al individuo "a ser una rueda en un contexto funcional superior".
Contra la utilización peyorativa del concepto de funcionalismo acertadamente Hilgendorf (nota 9), pp. 45 y ss.

comunitarismo ha aportado alguna cosa, es la convicción de que la subjetividad concreta siempre se desarrolla en una socialidad[14], y no en un Kaspar Hauser*, y se ha dicho acertadamente que esta constatación es "relativamente trivial"[15]. Por ejemplo, Mead realizó hace tiempo investigaciones precisas al respecto[16], e incluso Rousseau en el segundo *Discours*[17] se refiere ya a un estado inicial en el que sólo existe sociedad en la forma desmedrada de un uso instrumental recíproco y ocasional, describiendo Rousseau a los seres humanos que así actúan como salvajes en sus bosques, que carecen de identidad, es decir, que están muy alejados de un estado que haga posible la autorreferencia o incluso una autorreferencia libre. La subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social[18].

A pesar de toda su trivialidad, la constatación empírica nos enseña algo: es erróneo contraponer las condiciones de constitución de la subjetividad a las condiciones de constitución de la socialidad en el sentido de "aquí libertad"

14 Exhaustivamente Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1994, pp. 20 y ss.
* El autor alude al misterioso caso del niño Kaspar Hauser, quien apareció a principios del siglo pasado en el sur de Alemania con muestras evidentes de no haber tenido socialización alguna, pareciendo que había vivido durante toda su existencia encerrado (n. de los t.).
15 Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 1994, p. 190.
16 *Geist, Identität und Gesellschaft*, 3ª edición, 1978 (*Mind, Self and Society*, 1934), pp. 177 y ss.; sobre ello E. Düsing, *Intersubjektivität und Selbstbewußtsein*, 1986, pp. 41 y ss.
17 *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755, cita según Weigend (a cargo de la edición), Rousseau, Schriften zur Kulturkritik, 1971, pp. 143 y ss.
18 También Hobbes es consciente de lo que hay de heurístico en su suposición de que los seres humanos salieron del suelo como setas; *De Cive* (*Opera Philosophica quae Latine scripsit*, editado por Molesworth, T. II, reimpresión 1961), p. 249 (capítulo 8°). ¿Cómo sino podría ser la lucha intelectual -esto es, la lucha de sujetos autoconscientes- la más impetuosa (*Op. Cit.*, p. 163 [capítulo 1°])? Respecto de la importancia de la socialización previa a la formación de un Estado, *cfr.*, por ejemplo, *ídem*, *Behemoth* (*English Works*, editados por Molesworth, T. VI, reimpresión 1962), p. 227 (respecto de la ejecución de una pena de muerte en la persona del propio padre).

versus "aquí colectivismo". Sin una sociedad en funcionamiento, faltan las condiciones empíricas de la subjetividad. No se trata, desde luego, de invertir los términos; no se afirma aquí que toda sociedad en funcionamiento sea una sociedad en la que los sujetos obtienen lo que es su derecho, sino que tan sólo se afirma, aunque decididamente, que sin una sociedad en funcionamiento no hay nada más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales.

Por lo tanto, quien examina, por ejemplo, si la sociedad puede o no puede asimilar una conducta desviada sin una reacción formal, y denomina a la suma de aquellos presupuestos bajo los cuales esto no resulta posible "culpabilidad"[19], no comete de ningún modo con ello un

[19] Entre los ejemplos que he aducido para ello, probablemente ha sido el de la correlación existente entre la exculpación de autores impulsivos y las posibilidades de tratamiento médico existentes (Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 11) el que más críticas ha suscitado (en primer lugar Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 32; últimamente Papageorgiou, *Schaden und Strafe*, 1994, p. 75). En esta cuestión se producen malos entendidos porque se extrae a la persona que ha de ser enjuiciada del contexto social (¡que es el que la convierte en persona!), como si existiera una medida de culpabilidad absoluta en relación con la sociedad. Pero el delito es con certeza un conflicto *social*; sin tener en cuenta la socialidad concreta en el que tiene lugar, sólo cabe hacer afirmaciones vagas sobre el delito. Cabe obtener "conocimientos crecientes acerca de las características de la dinámica de los impulsos" (Stratenwerth, *Op. Cit.*, p. 33) respecto de cualquier hecho imaginable, sin que de ello derive nada distinto, por regla general, que la competencia de la persona que administra por sí misma su ámbito de libertad; tan sólo cuando esos conocimientos abren para la sociedad la posibilidad de solucionar el conflicto por una vía distinta a la imputación (quedando excluida la explicación como desgracia, al tratarse de un móvil muy vinculado a lo cotidiano, y no pudiéndose recurrir a la castración o a una reclusión de duración suficiente nada más que en casos extremos; respecto de esto último de modo no diferenciado Stratenwerth, *Op. Cit.*, p. 32), la sociedad modifica su concepto de culpabilidad. Por lo demás, no debería dejarse de tener presente que sólo esta funcionalización es la que permite la sustitución de la culpabilidad por equivalentes.

pecado contra el espíritu de la libertad, sino que formula algo que ciertamente puede que estabilice también sociedades sin libertad, pero a lo que tampoco las sociedades libres pueden renunciar. Quien no da al César lo que es del César destruye un presupuesto que es necesario para poder servir a Dios ya en el mundo terrenal; todo lo demás es romanticismo. Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres.

Ahora bien, con esta referencia a la fundamentación empírica del sujeto en la socialidad no se resuelve la cuestión ontológica de la relación de los sujetos con la socialidad; de hecho no es posible resolverla en este lugar. Sólo puedo intentar una actualización del arco que va desde Aristóteles a Hegel, uniendo este arco aquellas posiciones que se suelen denominar posiciones "tradicionales europeas". La dura sentencia según la cual quien no puede vivir en la comunidad o no necesita de ella o es animal o dios[20], sigue manifestando una de las partes de la verdad: en algún ámbito el sujeto debe entrar en sociedad, para poder delimitarse y comprenderse como sujeto, pues una subjetividad aislada es tan inimaginable como otras cosas aisladas: sólo ante el trasfondo de lo comparable se muestran los perfiles. Más exactamente, sólo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo. No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado, se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no sólo es un presupuesto, sino

[20] Aristóteles, *Politik*, 1253 a (cita conforme a la edición de Rolfes y Bien, 4ª edición, 1981, p. 5); Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, edición Glockner, T. I, 1958, pp. 510 y s.

también una consecuencia de la socialidad[21]. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad, y viceversa.

Sin embargo, la perspectiva acabada de esbozar sigue simplificando las cosas, al tomar como mundo objetivo vinculante una relación social cualquiera. El pensamiento pluralista habitual en sociedades parciales procede de este modo, es decir, entiende la comunidad como privacidad. De este modo, quien es socializado en estas sociedades se convierte en alguien especial; precisamente, en un sujeto privado, que trata habitualmente con otros sujetos privados: la revelación del ámbito de lo privado se convierte en un divertimento recíproco, y el objetivo de la socialización es el "soy como soy". Hablando en términos aristotélicos, habría que referirse a la formación de grupos de animales y dioses, pues la comunidad de Aristóteles es lo público, el Estado. Este ya no puede concebirse –a diferencia de lo que aun Hegel[22] intentó- como algo sagrado para el sujeto, pero esto, a su vez, tampoco significa que exista una alternativa plausible al principio de la juridicidad en el sentido de la sociedad civil. El sujeto debe alcanzar este conocimiento laboriosamente y por sí mismo; de lo contrario, la juridicidad es para él una mera coacción, convirtiéndose en animal, o es nula, y entonces actúa como dios. Quien no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el

21 Luhmann habla de la libertad como consecuencia de la moral, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, T. III, 1993 (primera edición 1989), p. 439; *cfr.*, al respecto Navas, en: Hruschka (a cargo de la edición), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, T. I, 1993, pp. 293 y ss., 296.
Pero la moral tiene como presupuesto también la suposición previa de "libertad" (en el sentido de competencia de autoadministración, no de indeterminación, Jakobs, *Schuldprinzip*, nota 12, p. 34); por lo tanto, esta afirmación es al mismo tiempo correcta y susceptible de ser invertida.

22 *Rechtsphilosophie* (nota 5), § 258.

ámbito público, y quien sólo conoce un principio fantástico, tampoco lo es fuera del ámbito de lo fantástico.

Por lo tanto, la objeción de que el Derecho penal funcional es por definición hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica ni con la relación práctica que existe entre socialidad –incluyendo la socialidad constituida jurídicamente– y subjetividad, sino que, por el contrario, al tomar al sujeto de forma "abstracta", oculta la realidad de éste[23]. Esta objeción probablemente derive –en el caso de algunos autores, ello incluso es del todo evidente– en una simple confusión entre la perspectiva social-funcional y un modelo social de orientación colectivista o incluso totalitaria[24]. Sin embargo, la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado. Hay sociedades liberales organizadas de modo funcional, mientras que las sociedades colectivistas organizadas de modo disfuncional se quiebran, como nos enseña la historia más reciente. Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta, es decir, no sabe nada sobre los contenidos de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas. Piénsese, como prueba de lo dicho, en la desconcertante multiplicidad temática ofrecida por la historia. Pero sabe una cosa, sabe que esa sociedad posee y usa de un instrumentario para tratar los conflictos que se producen de forma cotidiana, como, por ejemplo, los delitos, de tal forma que los

23 Hegel (en contra de Kant), *Rechtsphilosophie* (nota 5), § 33 anotación, y en otros lugares.

24 Incurre en la confusión con algún tipo de colectivismo, por ejemplo, Roxin, SchwZStr 104, pp. 356 y ss., 366 y s.; *ídem*, *Strafrecht* AT, 2ª edición, 1994, 19/31 y ss., 34; sobre la interpretación errónea en sentido totalitario: LK-Hirsch (11ª edición, 16ª entrega, 1994), n.m. 182 d previo al § 32 con nota 381.

contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio. Desde una perspectiva funcional, sólo esa fuerza de autoconservación es la que cuenta. Sin embargo, ningún sistema puede renunciar a esa fuerza: una "crisis del *ius puniendi* público"[25], que, por ejemplo, condujese a una amplia retirada hacia medidas jurídico-civiles, sería una crisis no sólo del *ius puniendi*, sino también de lo público.

2. *Normas jurídicas*

Con esto llego a la segunda objeción: se dice que hay protección de normas también en "un Derecho penal aterrorizador, que reduce junto a las cifras de criminalidad también los derechos personales de libertad y el respeto a la persona"[26]. Esto, ciertamente, es correcto: toda sociedad esclavista protege las normas de esclavización; de no ser así, no sería ella misma, sino otra. Pero la mera circunstancia de que se trata de la protección de una norma no implica que se trate de una norma *jurídica* en sentido enfático, ni siquiera implica que se pretenda mantener una determinada forma de *sociedad*. Un esclavo, en cuanto propiedad de un señor, es objeto de una relación jurídica, pero no por ello es también

25 Lüderssen, en: *ídem, Abschaffen des Strafrechts?*, 1995, pp. 23 y ss.
Lüderssen aún contempla la posibilidad de una legitimación de la pena por la "generalidad" en el sentido de "procesos de acuerdo" ocurridos en la sociedad, afirmando, sin embargo, que a esa legitimación se le superpone una imagen orientada hacia el pasado del dominio del Estado ("ideología") (p. 49). Y no queda claro por qué razón ante esa situación la solución ha de buscarse meramente en la "compensación y resocialización" (p. 71), es decir, en el Derecho civil y social, y no en la iluminación de esa comprensión deformada de la legitimación. En todo caso, una re-civilización significa la renuncia a la "generalidad", o más modestamente, a un carácter común que se toma como presupuesto: pues se tome como se tome, un daño económico privado no es nada público.
26 AK-Hassemer (1990), n.m. 254 previo al § 1.

persona en Derecho, es decir, alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones. Y como mero instrumento, equivalente a un animal, no puede ser miembro de la sociedad de su señor. Puede que el señor se comunique con el esclavo de modo intrumental, pero ello no implica más sociedad que el azuzar a un caballo de carga[27]. La sociedad no-instrumental tan sólo comienza con normas que vinculan a ambas partes. Por lo tanto, en una situación en la que, por ejemplo, el propio esclavo tuviera que aceptar su condición por haber perdido un juego con reglas equitativas en el que se hubiese apostado a sí mismo –suponiendo que tal cosa pudiese ser válida y no fracasar por su autocontradicción[28]–, se trataría de una relación jurídica; pues, entonces, el esclavo, en cuanto sujeto que acepta su situación, es una persona igual al señor, teniendo que aceptar éste que el esclavo lo es en su condición de antigua persona, y no como sujeto sometido por la mera fuerza.

La formulación clásica de Hegel "El mandato del Derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas"[29] es perfectamente compatible con una perspectiva funcional, aunque siga siendo posible adoptar otros puntos de vista distintos. Sin embargo, queda una cuestión que no ha sido contestada: ¿Está todo ser humano incluido en ese mandato? Por regla general, un esclavo no queda incluido.

27 Cuando Luhmann afirma que no existe "exclusión de personas de la sociedad" (*Gesellschaftsstruktur*, nota 21, p. 367), ello es correcto, pero no implica que todos los seres humanos sean personas; en este sentido, acertadamente, *ídem, Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, p. 34. *Cfr.* sobre esto también *infra* IV B, C.
28 Sobre esta cuestión Kant, legado manuscrito, Akademie-Ausgabe, T. XIX (T. VI del legado manuscrito), 1934, p. 474 (Reflexionen zur Rechtsphilosophie nº 7633); Mill, *Über Freiheit (On Liberty)*, 1969 (1859), pp. 123 y s.
29 *Rechtsphilosophie* (nota 5), § 36.

El hecho de que un sistema social que hoy en día parezca mínimamente aceptable no permite tal exclusión, no es razón para asignar artificialmente una prohibición de exclusión a todas las sociedades. No describe correctamente el Derecho romano clásico o el Derecho de ambas Américas en la época colonial quien declara nulos los contratos de compraventa de un esclavo, y no describe correctamente el Derecho de la RDA que afirma que los disparos contra fugitivos eran punibles dentro del sistema[30]. Se mire como se mire, estos ordenamientos, de hecho, conocían exclusiones. Pero incluso prescindiendo de las exclusiones, queda el problema de cuáles son las condiciones mínimas que deben cumplirse para que alguien pueda ser persona. Quien –sin que ello le sea imputable– no tiene posibilidad alguna de adquirir suficientes medios de subsistencia, difícilmente podrá respetar como persona a aquél que defiende su opulencia, sino que comenzará una lucha por el reconocimiento. Es evidente que esta cuestión, y otras muchas más que se imponen como una avalancha, no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal, y que por ello tampoco puede alinearse al Derecho penal conforme a un modelo social que el intérprete estima ideal: no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico, y toda anticipación y retardación sólo tiene sentido en aquellos casos en los que se trata de dibujar coherentemente y hasta el final aquellas líneas que realmente ya están trazadas; en esos ámbitos, eso sí, tiene tanto sentido como carecen de fuerza normativa la chapuza y la desidia.

[30] Sobre esto, *cfr.*, Jakobs, GA 1994, pp. 1 y ss., con referencias al estado de la discusión en las notas 25 y 29.

Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad[31], esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *ultima ratio*. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores[32].

III. Cuestiones particulares

A. Delitos de peligro abstracto

Probablemente sea la expresión "protección de normas" la que sugiere que siempre se trata de funcionalismo cuando el Estado, para mantener, al menos a corto plazo, determinado *statu quo* (y en este sentido, por motivos intervencionistas), dota de pena a unas normas cualesquiera, por muy mal que estén fundamentadas. La evolución en este ámbito que es especialmente criticada discurre de un

[31] Como en nota 26.

[32] Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3ª edición, 1968, pp. 146 y ss., 150.

ALEJANDRO NIETO

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CUARTA EDICIÓN TOTALMENTE REFORMADA

tecnos

CAPÍTULO III

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO: I. *La potestad punitiva única del Estado y sus dos manifestaciones.* 1. La potestad sancionadora de la Administración: existencia, justificación y límites. 2. Las potestades represivas de la Administración, de los Tribunales y del Estado. 3. Una explicación alternativa desde una perspectiva indebidamente abandonada.— II. *La potestad punitiva de la Comunidad Europea y su incidencia sobre los Estados nacionales.* t. La potestad sancionadora comunitaria: variedades y fuentes normativas. 2. Derecho comunitario penal y Derecho comunitario sancionador. 3. Hacia un Derecho Administrativo Sancionador de la Unión Europea. 4. El segundo círculo del ejercicio de la potestad. 5. Límites comunitarios al ejercicio de la potestad sancionadora nacional.—III. *Fraccionamiento de la potestad estatal.* 1. Comunidades Autónomas. 2. Entes locales. 3. Entes institucionales y corporativos. 4. Órganos no administrativos. 5. El artículo 127.1 de la LAP.—IV. *El ejercicio de la potestad.* 1. Facultades básicas. 2. Ejercicio facultativo. 3. Condiciones formales de ejercicio. V. *Control judicial y titularidad de la potestad sancionadora.* 1. Jurisdicciones intervinientes. 2. Legitimación. 3. Búsqueda judicial de una cobertura legal adecuada. 4. Anulación sin absolución. 5. Alteración de la sanción. 6. El control judicial y la titularidad de la potestad sancionadora.

La alusión a las potestades administrativas proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador puesto que así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscaban su justificación dogmática en la sanción, en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho Público están una potestad y un Ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho *Administrativo* Sancionador.

Si la existencia de una potestad sancionadora de la Administración sólo ha sido puesta en duda, entre nosotros, de forma ocasional, su legitimidad, en cambio, siempre ha sido muy controvertida. Tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: *la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico «ius puniendi» del Estado*, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones. En la elaboración teórica del dogma de la potestad punitiva única del Estado han participado conjuntamente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, con una notoria prioridad cronológica del primero, a quien luego el segundo ha seguido en este punto fielmente. Pero tampoco conviene olvidar que la rotundidad del Tribunal Supremo se ha reafirmado aún más después de haber comprobado que su postura cra aceptada por el Tribunal Constitucional.

La tesis de la potestad punitiva única del Estado y de sus dos manifestaciones es sumamente ingeniosa, resuelve con suavidad los rechazos ideológicos que inevitablemente provoca la mera potestad sancionadora de la Administración y, sobre todo, resulta de gran utilidad en cuanto que sirve para proporcionar al Derecho Administrativo Sancionador un aparato conceptual y práctico del que hasta ahora carecía. Méritos y

ventajas que no autorizan, sin embargo, a desconocer sus aspectos negativos: desde el punto de vista teórico la tesis es muy frágil (a cuyo efecto basta pensar en la existencia de potestades sancionadoras residenciadas en estructuras supraestatales y en otras no territoriales e incluso no administrativas); mientras que desde el punto de vista operativo se viene utilizando de forma incongruente en cuanto que se subordina el ejercicio de la potestad administrativa a las autoridades judiciales) y se le nutre jurídicamente de los principios del Derecho Penal y no de los del Derecho público estatal como sería lo lógico si se fuera coherente con el presupuesto de partida.

Parece necesario, por tanto, introducir en la postura dominante no pocas correcciones: unas de carácter sistemático-operativo (como la vinculación directa del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho público estatal) y otras de carácter conceptual, centradas en la recuperación de la fibra administrativa del Derecho Administrativo Sancionador que, como su mismo nombre indica, es en primer término Derecho Administrativo, enfatizando particularmente el hecho de que la potestad sancionadora es un anejo de la potestad o competencia material que aetúa de matriz. Lo cual significa que no es necesario remontarse siquiera al Derecho público estatal ni existe una subordinación por naturaleza al Derecho Penal sino que ésta es meramente coyuntural y téenica: el Derecho Administrativo Sancionador toma en préstamo los instrumentos que le proporciona el Derecho Penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superioridad teóriea.

I. LA POTESTAD PUNITIVA ÚNICA DEL ESTADO Y SUS DOS MANIFESTACIONES

1. La potestad sancionadora de la Administración: existencia, justificación y límites

En España siempre se ha considerado obvia la existencia de una potestad sancionadora de la Administración compatible con otra similar propia de los Tribunales de Justicia. Esta es una situación totalmente generalizada que se arrastra desde el Estado absolutista, aunque en algunos países de Europa se alteró profundamente durante el eonstitucionalismo decimonónico provocando un eclipse de las facultades administrativas sancionadoras al otorgar al Juez el monopolio de su ejercicio. A partir de la Primera Guerra Mundial volvió a oscilar, sin embargo, el péndulo de la Historia restableciéndose las potestades administrativas tradicionales, que hoy se encuentran en una cota de intensidad más alta incluso que la quc alcanzaron en los momentos más exaeerbados del Estado de Policía. Entre nosotros algunos autores —y muy singularmente Parada— han manifestado su disconformidad con esta evolución y atacado duramente tales potestades administrativas, que a su juicio únicamente deben corresponder a los Tribunales, de acuerdo con un sistema judicialista histórico y de Derecho eomparado, que indudablemente idealizan en extremo.

Pero el proceso es irreversible y la Constitución de 1978 ha legitimado de forma expresa su existencia, provocando un amargo comentario de Parada (1982, 20): «ninguna Constitución española, desde 1812 hasta aquí, se había atrevido a reconocer y santificar el poder punitivo de la Administraeión como lo ha hecho el artículo 25 de la de 1978 [...]. Este reconocimiento, insólito en el Derecho Constitucional comparado, ha originado que las sanciones administrativas [...] hayan salido del régimen de tolerancia constitucional [...] se trataba antes de un poder administrativo en precario, aceptado eomo una neeesidad transitoria, pero que permitía mantener la esperanza de

reconducirlo al Poder Judicial común. Ahora, la Constitución lo ha sacralizado y aquella ilusión se ha desvanecido». Comentario que Del Rey (1990, 45) acota con la observación de que «probablemente no sea posible en una sociedad avanzada, eon un interveneionismo estatal creciente y necesitado de unas mayores posibilidades de inmediatez y eficacia, defender un sistema judicialista puro por lo que se refiere a la potestad para sancionar. Si ello se admite, parece más conveniente la posición que estima que la constitucionalización de dieha potestad en los términos realizados por el artículo 25, puede ser una vía inmejorable para configurar claramente sus límites».

A partir de la Constitución es ya absolutamente habitual en la doctrina y jurisprudencia el reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración, a la que no vacilan tampoco en aludir algunas leyes, empezando por la de Bases de Régimen Local y otras sectoriales como la de 26 de diciembre de 1987, cuyo artículo 1.1 declara que su objeto «es la regulación de la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de envite, suerte o azar».

Sea como fuere, el hecho es que ya nadie puede seguir rompiendo lanzas en defensa de un Poder Judicial cuyas ventajas y bellezas únicamente existen en la imaginación de sus caballeros andantes. La realidad es que los Jueces, desbordados por el trabajo, se baten en retirada y hoy se está generalizando el proceso de despenalización en España como en el resto del mundo. Otra cosa no puede ser. El Legislador español, como el del resto de Europa, sabe perfectamente que si se hiciesen realidad los sueños iniciales de Parada y García de Enterría, se colapsaría de inmediato la Administración judicial (Soria Fernández y Mayorales, 1988, 256) o habría que multiplicar por diez mil *(sic)* la plantilla judicial (Rodríguez Devesa, *Derecho Penal. Parte General*, 1985).

En la actualidad el artículo 127.1 de la LPA se ha preocupado de establecer unos límites muy concretos al ejercieio de la potestad sancionadora referidos a la posibilidad de su ejercicio («cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley»), al Derecho material («de acuerdo con lo establecido en este título») y al procedimiento («con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio»).

Independientemente de todo esto, lo que parece claro en cualquier caso es que, después de la Constitución, las cuestiones de la existencia y límites de la potestad sancionadora ya no pueden seguir manteniéndose desde la vieja perspectiva del Código Penal, sino que han de remontarse a un plano más elevado presidido por los nuevos principios constitucionales que, aun no siendo radicalmente novedosos, obligan a un reexamen total de la materia.

Desde la perspeetiva jurisprudencial, la STS de 8 de octubre de 1988 (Ar. 7453; Reyes) reconoce de forma expresa la potestad sancionadora de la Administración, que convive con la que ejereen los Tribunales:

> La Administración, que resignó en los Tribunales muchas de sus potestades represivas, conservó en sus manos —como señala la doctrina— un evidente poder penal residual, al margen de teorías sobre división o separación de poderes y funciones. Nuestra Norma Básica ha constitucionalizado esta potestad.

Los términos de esta sentencia no son, sin embargo, demasiado felices puesto que la Administración ni resigna ni conserva potestad alguna, al ser esto competeneia de la Ley y aun de la Constitución; pero la cita es significativa. Mucho más afinada resulta, con todo, a este respecto la sentencia anterior del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre:

> No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y

> no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, [...]. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25.3, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

Curiosa resulta también la erudita advertencia que aparece en la STS de 21 de junio de 1985 (Ar. 4909; Martín del Burgo), conforme a la eual «la independencia de la potestad administrativa sancionadora respecto del proeeso penal, cuyo origen, como es sabido, arranca del Dereeho francés, modelo para el nuestro en éste como en otros tantos aspectos». Es muy probable que el «como es sabido» se refiera a una afirmación anterior de GONZÁLEZ PÈREZ (1965, 128): «eomo tantos otros principios jurisprudenciales, el de la independeneia de la potestad administrativa sancionadora y el proceso penal tiene sus orígenes en el Derecho francés. De allí lo toma nuestra doctrina y de ésta pasa a la jurisprudencia».

Recuérdese, sin embargo, que la propia existencia de la potestad sancionadora de la Administración no es obvia, ni mucho menos y que hay ineluso un autorizado sector de la doetrina que tiende a negarla (PARADA) o a reducirla al estricto límite de lo doméstico (GARCÍA DE ENTERRÍA). Desde el punto de vista del Derecho positivo, LAVILLA ALSINA (1977, 483) observaba correetamente antes de la Constitueión que «no hay en nuestro Ordenamiento Jurídico una norma general que habilite a la Administración para compeler coactivamente al eumplimiento de deberes administrativos y saneionar las infracciones que produzca. Hay, sí, múltiples supuestos de habilitaeión espeeial que invisten a la Administraeión de potestad coactiva y sancionadora». La Constitución no se pronuncia explícitamente sobre el particular, pero a partir de ella ya no parece razonable seguir negando la existencia de tal potestad.

En los manuales de Derecho Administrativo aparece ordinariamente la sancionadora dentro de los repertorios de potestades administrativas eomo también figura de forma expresa en el artículo 4 de la Ley de Bases de Régimen Local. Su justificaeión suele encontrarse en la insatisfactoriedad actual de la Justicia penal (de lo que nos ocuparemos inmediatamente). La citada STC 77/1983, de 3 de octubre, aeumula a tal propósito tres razones:

> la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.

Comentando esta sentencia, GARBERI (1989, 55) considera que las dos razones que el Tribunal Constitucional ha añadido a la de siempre «no parecen de reeibo porque la primera [eficacia del aparato represivo estatal] resultaría técnicamente inadecuada, y la segunda [la mayor inmediaeión...] nos parece incomprensible [...]. [En definitiva] dada la exelusividad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en su sentido positivo, sólo a la Jurisdieción corresponde la saneión de las conductas antijurídicas; y el que ésta sea ineficaz es conseeueneia de las míseras partidas presupuestarias reeibidas por la Administración de Justicia en medio siglo [...] y de una obsoleta legislación procesal».

La cita anterior debe ser considerada eomo un simple botón de muestra de la copiosa bibliografía que entre nosotros ha surgido en torno a la existencia, justificación, ventajas, desventajas y eausas del moderno auge de la potestad sancionadora de la Administraeión. A todo ello me remito en bloque, puesto que, desde la perspectiva de este libro, no vale la pena reiterar de nuevo lo que ya se ha escrito mil veees ni reabrir polémicas ideológicas ni, mucho menos, faltar el respeto a la nostalgia que produce un pasado que se supone mucho mejor.

El problema actual no es el de la existencia de la potestad administrativa sancionadora, y ni siquiera el de su justificación, sino mucho más sencillamente el de su Juridificación. No se trata ya (en otras palabras) de devolver a los Jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los Jueces y procesos penales. Y así, la «despenalización» de las materias se corresponde con una «jurisdiccionalización» de los procedimientos y garantías. O dicho de otra manera (igualmente común en la doctrina y en la jurisprudencia): admitida e indiscutida la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los *límites de su ejercicio*. En los términos de la STC 77/1983, de 3 de octubre, el artículo 25.1 de la Constitución no se ha limitado a reconocer simplemente tal potestad, sino que se ha preocupado de establecer sus límites, que son:

> *a*) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; *b*) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; *c*) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones, y *d*) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.

Límites que —sigue dieiendo la sentencia— «de manera directa se encuentran contemplados por el artículo 25 de la Constitución y que dimanan del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones».

Esta enumeración no es, desde luego, afortunada —como ya puso de relieve SANZ GANDASEGUI (1985, 67-70)—, aunque no hay que olvidar lo temprano de su fecha, que impedía al Tribunal lograr la necesaria perspectiva. Lo esencial es, con todo, que se reconoee la existencia de límites, cualesquiera que sean, como eontrapeso al ejercicio de la potestad sancionatoria, y euya eficacia real puede ser muy grande desde el momento en que —según se puntualiza— «estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas».

Pese a todas estas dificultades interpretativas, la situación actual es, sin duda, mucho más clara que la anterior a 1978. En el Derecho preconstitucional los límites de la potestad sancionadora de la Administración no se estableeían obviamente desde la Constitución sino desde una perspectiva muy distinta, a saber, desde el artículo 603 del Código Penal, que, como sabemos, presuponía la existeneia de una potestad administrativa tanto municipal como general. A cuyo propósito, CARRETERO y CARRETERO (1992, 121) pusieron en duda, muy aeertadamente, la constitucionalidad de este precepto en cuanto que admitía, sin más, una potestad saneionadora real y formalmente independiente.

La Ley Orgániea 3/1989, de 21 de junio, de reforma del Código Penal tiene, sin embargo, una opinión muy diferente —y desde luego mucho más favorable— de la validez del Código y de sus límites, al indicar en su Exposición de Motivos que

> en general, el conjunto de conductas que se despenalizan no tiene otro carácter que el técnicamente conocido como infracciones de policía. La posibilidad de que tales comportamientos, u otros de análoga entidad, sean sancionados mediante ordenamientos o bandos es *perfectamente ajustable a las garantías constitucionales*, en cuanto a los derechos personales, y a las

competencias de las autoridades administrativas, desde la Administración central a los entes locales.

TOLIVAR (1989, 270-273) atacó luego esta posición con frases durísimas («despropósito», «frivolidad») que no parecen demasiado justas y sean quizás el resultado de una interpretación infiel al texto. Además, la cuestión es tan compleja que no puede despacharse con una invocación indiscriminada al principio de legalidad y, en cualquier caso, no vale la pena seguir insistiendo en ella, puesto que ha pasado a la historia una vez que se ha derogado el polémico artículo 603.

2. LAS POTESTADES REPRESIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN, DE LOS TRIBUNALES Y DEL ESTADO

La coexistencia paralela de dos potestades sancionadoras —la penal y la administrativa— no constituye, por lo demás, novedad alguna en el Derecho español, puesto que entre nosotros siempre ha sido así. Ahora bien, la constatación de la existencia de estas dos potestades paralelas ha admitido *dos interpretaciones muy diferentes: o bien se trata de dos potestades independientes y con igualdad de rango o bien la judicial es originaria y de ella se deriva la administrativa con rango complementario y hasta auxiliar. La primera postura es la tradicional*, mientras que la segunda aparece mucho más recientemente, al calor de un sector de la doctrina (encabezado por GARCÍA DE ENTERRÍA), y ha sido acogida por el Tribunal Constitucional como antes por el Supremo: «de modo originario el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad estatal de castigar corresponde a los Tribunales de Justicia según al respecto preceptúa el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde no se contrapone Jurisdicción a Administración en punto a posibles facultades de represión punitiva sino Jurisdicción ordinaria a Jurisdicciones especiales y sólo en un ámbito limitado y complementario, en función de hacer viables los principios de autoridad y ejecutividad, la ley penal admite compatibilidades con fuentes administrativas de sanción [...]; con lo cual la potestad reglamentaria de la Administración [...] no implica potestad originaria de castigar» (STS 2 de noviembre de 1981; Ar. 4720; Botella).

La dependencia de la potestad administrativa sancionadora respecto de la potestad punitiva de los Tribunales es, sin perjuicio de lo que inmediatamente se precisará, una constante en nuestro Derecho y trasciende del órgano que la desarrolla a los cuerpos jurídicos que las regulan, es decir, que salta de la dialéctica política Administración y Jueces a la dialéctica científica Derecho Administrativo y Derecho Penal. Por decirlo con las palabras de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (1991, 134), «el estudio de las sanciones administrativas ha de hacerse siempre buscando el contraste con la legislación penal. Ningún sentido tiene estudiar aquella figura en solitario. Cualquier intento de solución y, por supuesto, su ponderación y estudio, no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta las fórmulas penales». De aquí, por otra parte, las repercusiones directas que en el Derecho Administrativo Sancionador han de tener las modernas corrientes despenalizadoras. Porque cuando un ilícito se despenaliza no es, de ordinario, que deja de ser ilícito sino que deja de ser ilícito penal para convertirse en ilícito administrativo. Por ello, el principio de mínima intervención penal, inspirador de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, ha supuesto —en la misma proporción— una revitalización de las infracciones administrativas y así es como hay que entender las elocuentes palabras de su Exposición de motivos:

> Entre los principios en que descansa el Derecho Penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para justificar aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena.

Con esta reconocida dependencia se hacía, además, tolerable la existencia de una potestad administrativa que repugnaba a tantos y, además, se facilitaba la aplicación a ella de los principios del Derecho Penal. Dogmáticamente podía considerarse incluso como una solución plausible y ponderada. Pero este equilibrio se ha roto con una última construcción dogmática, rigurosamente actual, conforme a la cual y superando la fase teórica anterior, *ambas potestades se configuran como ramas o «manifestaciones» de una unidad superior: el «ius puniendi» del Estado o, como también se dice, el ordenamiento punitivo del Estado.* Esta es una declaración trascendental del Tribunal Constitucional en su sentencia 18/1981 —infinitas veces reiterado luego— de 8 de junio:

> los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son *manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SS de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.

El alcance de este *ius puniendi* genérico aparece descrito en la STS de 4 de junio de 1986 (Ar. 4612; Bruguera) en la que se alude a «todo derecho de carácter sancionador, esto es, tanto al Derecho penal común como al especial, tanto al Derecho penal general como al Derecho Sancionador Administrativo [...] por ser natural que el Estado, en el ejercicio de su potestad punitiva, sea cual sea la jurisdicción o campo en el que se produzca, venga sujeto a unos mismos principios».

La tesis de la unidad superior del poder punitivo o del ordenamiento punitivo del Estado es, en definitiva, una *construcción genuinamente jurisprudencial*, puesto que la Constitución no la autoriza por sí sola. La ampliación que a tal efecto se hace del artículo 25 es notoria, y en cuanto al Tribunal Supremo sus declaraciones fueron inicialmente titubeantes, como no podía ser menos a la vista de la trascendencia de lo que se estaba diciendo y más si tenemos en cuenta que la tesis se va elaborando lentamente y en determinados aspectos desde *antes de la Constitución*.

La sentencia de 14 de junio de 1989 (Ar. 4625; Sánchez Andrade) insiste en el origen jurisprudencial de la tesis, así como en su fecha temprana, aunque no se atreve a hablar de una potestad única superior y común sino de afinidad de potestades; lo que obviamente no es lo mismo: «La *afinidad de la potestad sancionatoria de la Administración con el* ius puniendi *del Estado* ha llegado a calar desde temprana época en la doctrina jurisprudencial». O, en los términos de la sentencia de 5 de julio de 1985 (Ar. 3604; Sánchez-Andrade), «no debe olvidarse que [...] entre las sanciones administrativas y las contempladas por el Derecho penal existe un notable paralelismo, aunque no identidad».

«Afinidad» y «paralelismo» dicen las sentencias que acaban de ser transcritas; un concepto que subraya, por sí mismo, la falta de identidad, tal como ha explicado REBOLLO (1989, 443-444): «la potestad sancionadora, por el hecho de estar atribuida a la Administración, no puede ya considerarse como un medio de realización abstracta de la justicia ni pueden predicarse de las sanciones las justificaciones de la pena, como la retribución del daño o la reeducación o reinserción social». Y más concretamente todavía: «El bien jurídico protegido cumple en Derecho Penal una función de criterio hermenéutico para la comprensión de la norma. Desde el punto de vista del Juez constituye no el valor que ha de proteger sino un elemento del tipo delictivo contenido en una norma que ha de aplicar. Por el contrario, en las normas que establecen infracciones administrativas el bien

jurídico protegido coincide con el mismo interés público que persigue toda la actuación de la Administración en la materia [...]. De aquí se deduce *la necesidad de contemplar la potestad sancionatoria, no aisladamente sino en el marco de la concreta actuación administrativa en que se desenvuelve afectada por los principios de ésta, como una potestad que tiene la misma finalidad y los mismos límites que toda la acción en la materia y que impregna los principios penales que han de presidirla, como poder represivo que es, con los caracteres del sector de intervención pública en el que se integra*».

Estas observaciones denuncian inequívocamente la presencia de un elemento caracterizador genuino de la potestad administrativa sancionadora que le distingue sustancialmente de la correlativa potestad penal, ya que en aquélla —a diferencia de lo que sucede en ésta— se trata de un anejo o complemento de las facultades materiales de gestión, a cuyo servicio están para reforzar su cumplimiento eficaz con medidas represoras en caso de desobediencia.

Independientemente de lo anterior, el hecho es que las relaciones entre las potestades punitivas de la Administración y de los Jueces casi nunca han sido pacíficas. El Poder del Estado ha mostrado siempre su predilección por el aparato sancionador de la Administración (en razón de su pretendida eficacia), mientras que el Estado de Derecho se ha inclinado por la acción de los Tribunales (en razón de las mayores garantías que ofrece a los ciudadanos). Vistas así las cosas, es claro que las tensiones han de ser inevitables y en el siglo XIX en algunos países, como Francia, se planteó la cuestión de forma alternativa, de tal manera que, considerando ambas potestades incompatibles, se optó por la solución judicial con exclusión de la administrativa.

El caso español fue distinto como se ha expuesto ya en el capítulo segundo y recordado hace un momento. Entre nosotros convivieron ambas potestades en términos de ecuación de suma constante, es decir, que cuando aumentaba la competencia de la potestad administrativa, había de reducirse la judicial en proporción equivalente, y viceversa.

Los detractores de la potestad administrativa sancionadora le reprochan su parcialidad, lo rudimentario de su régimen jurídico y la ausencia de garantías jurídicas. Lo primero es indiscutible; lo segundo es cierto, aunque sin llegar a la caricaturesca imputación de «prebeccarianismo» y, en cuanto a lo tercero, el procedimiento administrativo sancionador ofreee unas garantías *formales* más que suficientes y, además, la posibilidad de una instancia revisora judicial. La polémica sobre las ventajas y desventajas de los dos sistemas es un puro maniqueísmo ideológieo y únicamente puede abordarse con seriedad desde una perspectiva histórica coyuntural eoncreta. En la actualidad la cuestión no se plantea como una alternativa sino como acciones paralelas con un decidido predominio de la administrativa, aunque no tanto por razones de confianza política como de eficacia y rapidez. El Estado no dispone de jueces suficientes, pero sí de bastantes funcionarios administrativos.

Sea como fuere, la convivencia es hoy más pacífica que nunca. Si los Jueces se han visto obligados a desalojar en beneficio de la Administración parcelas que hasta ahora venían ocupando, el Derecho Penal se ha visto compensado con un aumento espectacular de su influencia sobre el Derecho Administrativo Sancionador. La solución integradora que hoy priva —o sea, la integración de ambas potestades en la punitiva del Estado y de ambos Derechos en uno público punitivo estatal— apunta hacia una superación definitiva de contradicciones centenarias; aunque bien es verdad que esta fórmula apenas si es, de momento, algo más que un puro formalismo, dado que no se realiza en pie de igualdad sino —como ha declarado el Tribunal Constitucional según tendremos ocasión de comprobar con detalle en otro momento— mediante la «subordinación» de las decisiones administrativas a las Autoridades penales. Jerarquía que, si se interpretase en sentido estricto, pondría en peligro el equilibrio del sistema y haría dudosa su viabilidad.

A la vista de cuanto queda dicho, fácil es percatarse ya de la complejidad de las relaciones entre las potestades punitivas de la Administración y de los Tribunales, que ha provocado un cierto confusionismo conceptual, cuyo esclarecimiento exige una mayor precisión de planteamientos, como va a intentarse a continuación:

A) El primer elemento es el de la existencia de una potestad administrativa sancionadora propia: pendularmente admitida o negada según la ideología de cada momento. En la actualidad, y como ya sabemos, la postura dominante consiste en su reconocimiento a la par que la que corresponde a los Tribunales, como manifestaciones ambas de un metanormativo, y un tanto mítico, *ius puniendi* del Estado.

B) El indicado reconocimiento —que sólo muy a regañadientes algunos autores han terminado aceptando— viene, no obstante, condicionado por una salvedad trascendental, a saber, la de la subordinación del ejercicio de esta potestad a la autoridad judicial. Afirmación tan enfática como ambigua, que importa examinar con cuidado.

a) Porque, si con ella se está diciendo que los aetos administradores saneionatorios están sujetos al control de los Tribunales eontencioso-administrativos, es una obviedad simplista, dado que éste es el régimen general de todos los actos (y disposiciones) administrativos, que a nadie se le ha ocurrido nunca excepcionar para el ámbito sancionador. Cuando la Jurisprudencia insiste en este punto, está, de hecho, destrozando un «estúpido maniqueo» (en sentido orteguiano) que ella misma se ha creado.

b) *La cuestión no está, pues, en las relaciones entre Administración sancionadora y Tribunales contencioso-administrativos (cuya articulación «subordinada» es evidente) sino en las relaciones entre aquélla y los Tribunales penales.* Una precisión que no siempre se hace y de cuya auseneia tanta confusión se produce. Porque, si bien es cierto que tanto unos como otros son «Autoridad judicial», es claro que sus naturalezas son completamente diferentes. Entonces, ¿a cuál de estos órdenes se estaba refiriendo el Tribunal Constitucional al imponer la «subordinación a la Autoridad judicial»? ¿Qué es lo que puede justificar la intromisión del Juez en una actividad administrativa típica?

No se puede descartar, desde luego, una referencia exclusiva a los Tribunales contencioso-administrativos (como entiende la sentencia que acaba de ser transcrita); pero ya he dicho que eso sería una simpleza obvia. Ahora bien, la inclusión de su subordinación a los Tribunales penales —si se admite tal extensión— ha de tener un alcance completamente diferente, dado que la eventual subordinación no operaría ya en el ámbito del control *a posteriori* sino, de manera mucho más tenue, en el del *non bis in idem*. Dicho con otras palabras: la potestad administrativa sancionadora no está en niodo alguno subordinada materialmente a la potestad punitiva penal aunque, desde una perspectiva procesal —*y no siempre*, como veremos en su momento—, su ejercicio aparezca condicionado por el ejercicio previo de la potestad punitiva jurisdiccional.

Al hacer estas afirmaciones no desconozco, desde luego, que en nuestro Derecho positivo, al menos en algunos aspectos, tal subordinación es una realidad que, por otra parte, no resulta fácil explicar. Porque en el sistema español, asentado sobre una separación rigurosa de poderes de corte francés, los Tribunales ordinarios (penales) en modo alguno deberían incidir sobre la esfera administrativa, cuyo control está reservado a los Tribunales contencioso-administrativos, de acuerdo con un compromiso sellado el siglo XIX y que parecía intangible. Vistas así las cosas, la subordinación de la actividad administrativa sancionadora a una Jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa implica una ruptura de tal compromiso, que ha de provocar, además, un enfrentamiento entre el Juez contencioso, que es el señor natural de la

Administración, y el Juez penal, que es un intruso al que sólo con dificultades se le puede asignar un lugar dentro del sistema.

Es muy probable que esta situación, heredada del siglo pasado, sea consecuencia de la trasposición parcial que se ha hecho en España del sistema francés. En Francia, como a partir de la Revolución las potestades sancionadoras pasaron íntegramente a los Jueces, la actuación del Juez penal era obvia. En España, en cambio, fueron retenidas en manos de la Administración; pero a la hora de establecer una «subordinación» se acudió por mimetismo al modelo francés del Juez penal sin percatarse de la incongruencia que esto suponía para nosotros.

Hechas estas aclaraciones finales, podemos pasar ya a la exposición de un nuevo análisis del llamado *ius puniendi* del Estado.

3. Una explicación alternativa desde una perspectiva indebidamente abandonada

La rotundidad con que actualmente se ha impuesto la tesis de la unidad punitiva del Estado —y la integración dentro de ella de la potestad sancionadora de la Administración como afín de la potestad penal y subordinada a ella— no autoriza, sin embargo, a olvidarse por completo de otras explicaciones alternativas, aunque sólo sea por lo venerable de su antigüedad y por la tenacidad con que sobreviven a pesar de las tendencias opuestas dominantes.

A) Tal es el caso, concretamente, de la *tesis policial*, conforme a la cual la potestad sancionadora es un corolario imprescindible de la potestad de policía de que dispone la Administración. Independientemente de lo que se dirá en el capítulo siguiente a propósito del Derecho Penal de Policía, en el eapítulo segundo, al estudiar la historia española, ya vimos, en efecto, cómo las sanciones administrativas han constituido siempre un simple capítulo del Derecho de Policía, de tal manera que donde hay Policía aparecen las sanciones y hasta puede afirmarse que las sanciones son el pilar sobre el que se asienta la Policía, puesto que sin ellas no podría ser efectiva.

La consecuencia de estos orígenes es que en España —como fuera de ella— durante todo el siglo XIX y buena parte del XX siempre se ha considerado el Dereeho Administrativo Sancionador como un capítulo del Derecho de Policía. Y tan enraizada se encuentra esta postura que todavía se repite inercialmente por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia. Como testimonio de la primera es de recordar a De la Morena (1989b) —a quien veremos luego defendiendo también la segunda variante de esta misma tesis— cuando observa que «a la actividad administrativa de policía, que es inherente a cualquier Administración por liberal que ésta sea o se proclame, le son inherentes a su vez las notas de coactividad y de generalidad (art. 8.1 del Código Civil) y mal podría hacerse efectiva esta coactividad si se le privara a la Administración de su potestad sancionadora». Y para la Jurisprudencia, valga de ejemplo la sentencia de 14 de junio de 1989 (Ar. 4625; Llorente):

> como ya ha declarado esta Sala en ocasiones anteriores, corresponde a la Administración la potestad sancionadora, no como privilegio sino como instrumento normal para el cumplimiento de sus fines, en orden a la satisfacción de los intereses generales, *dentro de la función de policía* [...].

Para el Tribunal Supremo es ciertamente muy cómodo el refugiarse en la Policía —y, mejor todavía, en el Orden Público— cuando no tiene mejores argumentos para

«1. El campo de aplicación del Derecho Administrativo Penal está siendo ampliado por causa de dos fenómenos: de una parte, la intervención del Estado Providencia en campos cada vez más numerosos ha provocado la proliferación de Reglamentos administrativos frecuentemente acompañados de normas auxiliares de Derecho Administrativo Penal que prevén sanciones de carácter represivo a las violaciones de estas reglamentaciones; por otro lado, una corriente internacional que tiende a enviar las infracciones de importancia social menor del campo del Derecho Penal tradicional al del Derecho Administrativo Penal, ha impulsado a los legisladores a redefinir este tipo de infracciones como infracciones administrativas penales.

»2. Esta evolución es deseable en la medida en que descongestiona el Derecho Penal de infracciones menores, y está así en armonía con el principio de subsidiariedad de la ley penal. Pero tampoco es deseable una inflación del Derecho Administrativo Penal. Las sanciones administrativas penales deberían ser utilizadas solamente para proteger los intereses jurídicos claramente definidos y no para facilitar la realización de intereses puramente burocráticos. En suma, los legisladores y la ciencia jurídica deberían esforzarse en definir los límites exactos del Derecho Administrativo Penal y en determinar los principios jurídicos que le son aplicables.

»3. La cuestión de saber si un comportamiento debe ser castigado según la ley penal no debería ser resuelto de una manera categórica. Corresponde al legislador determinar lo que debe ser castigado por el Derecho Penal o por el Derecho Administrativo Penal. Para fundar esta decisión, el legislador debería tomar en consideración varios criterios y, fundamentalmente, el valor social en juego, la gravedad de daños o su amenaza y la naturaleza y grado de la culpa.

»4. El Derecho Administrativo Penal se acerca al Derecho Penal en cuanto que prevé sanciones represivas. Esta similitud impone la aplicación en el Derecho Administrativo Penal de los principios de base del Derecho Penal sustancial y de un proceso equitativo.

»5. El Derecho Administrativo Penal difiere, no obstante, del Derecho Penal. Esta diferencia implica la limitación de la naturaleza y de la severidad de las sanciones aplicables, así como la limitación de las restricciones de los derechos fundamentales en el curso del procedimiento».

III. EL DERECHO PENAL COMO ELEMENTO INTEGRADOR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La vieja cuestión de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador —que reaparece inevitablemente en todos los ámbitos teóricos del sistema punitivo— presenta una vertiente, la funcional, que puede contribuir eficazmente a la determinación de la sustantividad de este último, que es lo que en este lugar nos preocupa. Porque, además del valor que las normas y principios penales tienen en la formación y aplicación analógica y complementaria del ordenamiento administrativo sancionador, su función más importante es la «integradora», es decir, la de contribuir a la constitución de una disciplina jurídica y académica propia.

1. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN

La función integradora que en la actualidad realiza el Derecho Penal sobre el Ordenamiento jurídico administrativo sancionador es, como sabemos, relativamente reciente puesto que en un tiempo se trataba de sectores rigurosamente separados. Por

otra parte desde el momento cn que se establecieron canales de comunicación entre ellos, la intensidad integradora ha ido variando hasta el punto de que es fácil constatar un proceso evolutivo en tres etapas. Por así decirlo, para llegar a la situación presente la jurisprudencia y la doctrina han dado tres pasos de aproximación.

El primer paso, según puede imaginarse, fue la aplicación del Derecho Penal a las infracciones administrativas *con carácter supletorio y para el llenado de lagunas.* Ésta es todavía la postura de la Sentencia de 29 de septiembre de 1980 (Ar. 3.464; Martín del Burgo): «La jurisprudencia tiene sentada la doctrina de que la ausencia en el ordenamiento penal administrativo de una parte general no debe interpretarse como un apoderamiento a la Administración para una aplicación libre y arbitraria de sus facultades sancionadoras por tratarse de una laguna que ha de cubrirse con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario, lo que obliga a seguir unos mismos principios en una y otra esfera, como apunta la Sentencia de 25 de marzo de 1972». La presencia del Derecho Penal cumple, en suma, una función de garantía, un freno impuesto por el Derecho a la libre y tendencialmente autoritaria intervención de la Administración pública tradicional: un dato que los autores suelen pasar por alto. Tal es en cualquier caso la inequívoca intención de la STS 13 de enero de 1981 (Ar. 4137; Martín del Burgo) para la que *«los principios básicos del Derecho Penal» constituyen un límite* «que no podrá infringirse» en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Actitud que en el fondo se limita a prolongar la línea sentada por la Sentencia preconstitucional de 30 de enero de 1978 (Ar. 3.411; Pérez Frade): «La potestad sancionadora [administrativa] no puede ejercerse en condiciones más rigurosas [...] que en materia de faltas penales».

De aquí se saltó luego sin dificultad aparente a la tesis —sostenida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Supremo e incluso por éste antes de la Constitución— de que no sólo con carácter supletorio sino de forma directa son aplicables los principios del Derecho Penal. Este salto de la aplicación *supletoria de preceptos del Código Penal a la aplicación directa de principios del Derecho Penal* estaba ya absolutamente generalizado en la jurisprudencia preconstitucional de los años setenta.

Por explicar queda, sin embargo, el tercer paso, es decir, la eventual constitucionalización de esta integración. Porque para quienes entienden que lo está en virtud de los artículos 24 y 25 de la Constitución —como es el caso de SUAY (1989, 202)— es inconcuso que las normas de Derecho Administrativo Sancionador, incluso aunque estén fijadas en norma con rango de ley, deben ceder ante los principios del Derecho Penal. La cuestión se complica, no obstante, de forma extraordinaria cuando se incorpora al análisis (como se hará en un epígrafe posterior) el dato de que la aplicación al Derecho Administrativo Sancionador de los principios del Derecho Penal debe hacerse de una forma matizada, lo que significa que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, a los ilícitos administrativos.

Sea como fuere, el resultado final de esta evolución es la tesis de la aplicación al Derecho Administrativo Sancionador de los principios del Derecho Penal. Una postura cuya trascendencia práctica exige su análisis pormenorizado, tal como va a realizarse en el epígrafe siguiente.

Como consecuencia de todo lo anterior, hemos llegado en España a una fase en la que ya *no se discute «si» los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador,* puesto que así se acepta con práctica unanimidad. Huelga citar de momento, por tanto, a la jurisprudencia y, en cuanto a la doctrina, baste recordar por lo temprano de su fecha a MANZANEDO (1968, 216): «La actividad administrativa sancionadora se caracteriza por su aproximación al Derecho Penal, pues la

Administración Pública, cuando ejerce esta actividad, necesita ajustarse al esquema penal —tipificación de la infracción y de la sanción— y a los principios generales inspiradores del Ordenamiento penal, que además funciona como derecho supletorio.»

Ahora bien, *la principal dificultad se encuentra en la determinación de «qué» principios van a ser aplicados y, sobre todo, de «hasta qué punto» van a serlo.* Cuestiones sobre las que ya se ha escrito mucho, pero que aún distan de estar claras.

La unanimidad que sobre el «si» reina en nuestro Derecho no debe dar la impresión de que se trata de un fenómeno universal y nada polémico en otros países, antes al contrario. En Francia —según podrá comprobarse más adelante— la Jurisprudencia y la doctrina han afirmado unánimemente lo contrario hasta hace muy poco. Y en Italia, y a juzgar por el testimonio de PALIERO-TRAVI (1988, 288 ss.), la Corte Constitucional se niega terminantemente a aplicar a los ilícitos administrativos los principios constitucionales del Derecho Penal, cuidándose, además, de advertir expresamente que esta diferencia de regímenes no rompe el principio de la igualdad.

Lo que entre nosotros, de todas maneras, resulta claro es que se trata de la *aplicación de principios no de normas y mucho menos de textos.* Circunstancia que nos obliga a establecer de antemano determinadas precisiones: hay que partir, por tanto, de la distinción entre principios y normas, tal como se ha expuesto cautelarmente en otro lugar de este libro. Esto quiere decir que *no se trata de aplicar al Derecho Administrativo Sancionador los artículos del Código Penal y de las leyes penales especiales* —y al decir esto no ignoro que así se está haciendo en algunos supuestos, como podrá comprobarse, entre otros, en el capítulo dc la prescripción—: por analogía (*in peius*) no podrá hacerse, ya que es radicalmente ineompatible con el principio de legalidad, ni existe tampoco un precepto que autorice su aplicaeión con earácter supletorio. En conelusión, por tanto, las normas del Derecho Penal únicamente podrán aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador en los siguientes supuestos, verdaderamente excepcionales: *a*) analogía no *in melior; b*) declaración expresa de supletoriedad, y *c*) remisión expresa de la norma administrativa.

Aclarado esto, nos encontramos entonces ante dos cuestiones esenciales que van a ser desarrolladas inmediatamente: en primer lugar, cuáles van a ser concretamente los principios penales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador y, en segundo lugar, cuál va a ser el alcance de tal aplicación extensiva.

2. PRINCIPIOS Y REGLAS PENALES APLICABLES

En cuanto a cuáles son los principios aplicables, habría que empezar suscribiendo las rotundas afirmaciones de QUINTERO (1991, 262) —inspirada inequívocamente en la función garantista que aporta el Derecho Penal al integrarse en el Derecho Administrativo Sancionador— de que «cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad refereneia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, sino a aquellos a los que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales». Por lo demás, los Tribunales, en lo que yo sé, no han hecho pronunciamientos específicos minuciosos sobre el particular. Tengo, en todo caso, la impresión de que cuando se habla de principios no se está pensando únicamente en los que lo son en sentido estricto o rigurosamente técnico, sino que se comprenden también reglas de Derecho. La Jurisprudeneia del Tribunal Supremo suele hablar de «principios inspiradores». La Sentencia de 9 de junio de 1986 haee referencia a «principios valorativos o interpretativos que presiden el Derecho Penal», así como a «criterios técnieo-jurídicos comunes y unitarios». Expresiones que demuestran bien a las claras que se trata de algo muy distinto a la analogía de preceptos, aunque ésta pueda actuar acumuladamente.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1986 (Ar. 7160) y 20 de enero de 1987 (Ar. 203), debidas ambas a la pluma magistral de Mendizábal, enumeran —aunque naturalmente sin ánimo de exclusividad— una serie de principios penales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador como son: el de presunción de inocencia, el de legalidad y el de interdicción de arbitrariedad.

En cualquier caso, partiendo del supuesto de que se trata de la aplicación de principios (no de normas y reglas) y no de todos los principios del Derecho Penal, sino solamente de algunos, a la hora de determinar cuáles son concretamente los que a estos efectos entran en juego, en lugar de intentar hacer una lista de ellos —que nunca podría ser segura ni exhaustiva—, cabe preguntarse antes con carácter general si la referencia habría de limitarse únicamente a los eonstitucionalizados.

Tal como ya se ha apuntado más arriba, la diferencia entre una y otra de las soluciones posibles es trascendental. *Si únicamente son aplicables los principios de Derecho Penal ya constitucionalizados, su repertorio se reduce notoriamente y, sobre todo, está fuera de duda que prevalecerán sobre las disposiciones sancionadoras aunque tengan rango de ley,* como ha observado SUAY (*RAP,* 109, p. 213): «al legislador le está constitucionalmente vedado incorporar a la regulación de las sanciones administrativas principios completamente opuestos o absolutamente incompatibles con el orden penal». Pero *otra cosa ha de ser con los «principios» no constitucionalizados, que se aplicarán únicamente ante el silencio de la ley administrativa.* Porque si no interviene la Constitución, no hay razón alguna para dar preferencia (dentro de las normas del mismo rango) a la penal (y mucho menos a los principios de ella deducidos, cuya subordinación jerárquica viene impuesta por el artículo 1.4 del Código Civil), antes al contrario, parece lógico que prevalezca la administrativa sancionadora ya que es más espeeífica. Sin ánimo de agotar el repertorio posible, en el presente libro se examinan cabalmente los «principios» —en el sentido amplio entendidos— que afectan más direetamente al Derecho Administrativo Sancionador.

Desde esta perspeetiva pueden hacerse dos proposiciones recíprocamente complementarias: *1.ª En todo caso son aplicables los principios punitivos constitucionalizados, que se entenderán comunes a todo el ordenamiento punitivo del Estado, aunque originariamente procedan del Derecho Penal y que, naturalmente, han de prevalecer sobre cualquier disposición del legislador. 2.ª Pero también son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador los principios propios del Derecho Penal no constitucionalizados; si bien en tal caso no han de prevalecer sobre los específicos del otro ámbito que tengan rango de ley.*

La primera frase de proposición segunda viene fundamentada por la elemental e indiscutible consideración de que, habiendo sentado el Tribunal Supremo esta regla de extensión de principios *antes de la Constitución, con toda evidencia tenía que estar pensando en principios penales no constitucionalizados,* a los que luego, obviamente, se han añadido los constitucionales.

Bien es verdad que a este propósito surge una duda inquietante: si la base de este mecanismo de comunieación o extensión normativa es la idea de que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Saneionador son manifestaciones iguales y paralelas de un Derecho punitivo común, ¿por qué se da prevalencia a los principios del Derecho Penal, que se extienden a los del Derecho Administrativo Saneionador, y no a la inversa? A mi modo de ver, la transposición normativa habría de diseurrir en las dos direcciones, como en un mecanismo de vasos comunicantes. Y ereo que esta tesis

es teórica y constitucionalmente defendible, si bien no se haya aplicado nunca en la práctica por una razón muy sencilla: hasta ahora, en el Ordenamiento jurídico español, el Derecho Administrativo Sancionador carecía de principios que pudiesen transpolarse al Derecho Penal. De aquí que la cuestión nunca haya llegado a plantearse ni en la doctrina ni en la práctica jurisprudencial; pero es inevitable que tarde o temprano haya de surgir, sobre todo cuando el Derecho Administrativo Sancionador logre desprenderse de su antiguo «complejo de inferioridad», al que de ordinario se acumula también, y con no menos fuerza, otro de «culpabilidad».

Dejando aparte, entonces, la tesis que apuntada queda de la comunicación normativa de doble dirección, la prevalencia actual del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador (que supone la colonización de éste por aquél, sin movimiento inverso) se explica, más precisamente todavía, por las siguientes razones:

a) *Cronológica.* El Derecho Penal tiene ya consolidados sus principios fundamentales, lo que no sucede con el Derecho Administrativo Sancionador. De aquí que sea lógico que el segundo se aproveche de las experiencias del primero, siendo además imposible, al menos de momento, la operación inversa. A todo ello hace referencia la STS de 19 de enero de 1991 (Ar. 964; Delgado): «dado que el Derecho Penal había obtenido un importante desarrollo doctrinal y legal antes de que se hubiera formado una doctrina relativa a la potestad sancionadora de la Administración, se fueron aplicando a ésta unos principios esencialmente construidos con fundamentos en los criterios jurídico penales».

b) *Constitucional.* Los principios inspiradores del Derecho Penal son progresistas en cuanto que suponen una garantía de los derechos de los individuos. De aquí que sea más conforme con el espíritu democrático de la Constitución —y con el Estado de Derecho— la igualación «por arriba» de ambos ordenamientos.

c) *Dogmática.* El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal convencional forman parte de una unidad superior —el Derecho punitivo del Estado—, que hasta ahora venía identificándose con el Derecho Penal en sentido estricto. En rigor, por tanto, cuando se imponen al Derecho Administrativo Sancionador los principios del Derecho Penal no es porque se considere a éste de naturaleza superior, sino porque tales principios son los únicos que se conocen —hasta ahora— como expresión del Derecho punitivo del Estado.

Veamos seguidamente hasta qué punto las normas reglamentarias —que son las más abundantes— del Derecho Administrativo Sancionador han de ceder ante el Código Penal y demás leyes penales especiales. Una cuestión que no puede ser resuelta mediante la cómoda remisión a las reglas de la jerarquía formal y de la cronología de la aparición. Nuestro caso es mucho más complejo, y creo que el mejor modo de abordarlo es con la ayuda de la teoría de los conjuntos y grupos normativos, magníficamente representada en España por los profesores VILLAR PALASÍ y GONZÁLEZ NAVARRO, y que, a través de éste, ha accedido con normalidad a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La primera cuestión que hay que aclarar es la de si el Ordenamiento Penal y el Ordenamiento Administrativo Sancionador constituyen un conjunto normativo. Lo que a mi juicio merece una respuesta afirmativa, ya que la tesis del Poder punitivo único del Estado y del correlativo Ordenamiento punitivo único del Estado está presuponiendo implícitamente la existencia de una conjunto normativo que comprende ambas «manifestaciones». Ahora bien, este conjunto normativo punitivo se fracciona inequívocamente en dos «subgrupos normativos» (las «manifestaciones»): el penal y el administrativo sancionador. La mejor prueba de este fraccionamiento es la exigencia de «matices» en la aplicación de las normas de un grupo a supuestos fácticos del otro.

Esto sentado y tal como ha señalado la doctrina, las normas de grupos y subgrupos diferentes no se articulan con las reglas indicadas de la jerarquía formal y de la cronología, sino que cada grupo es inmune frente al otro, aunque sólo sea relativamente. La Jurisprudencia ha autorizado ciertamente la intromisión de las normas de Derecho Penal en la esfera del Derecho Administrativo Sancionador, pero respetando siempre la autonomía relativa de éste. Se trata, en suma, de una tarea de integración, no de desplazamiento.

La situación resultante —tal como ha sido dibujada por la Jurisprudencia— es, con todo, muy singular y pretende el acceso a la Justicia del caso conereto al precio de renunciar a la seguridad jurídica. Pero lo único cierto —y ésta es la tercera proposición— es que *las normas reglamentarias del Derecho Administrativo Sancionador no tienen que ceder «necesariamente» ante las normas de rango legal del Derecho Penal, pero «pueden» ser desplazadas atendiendo a las circunstancias del caso apreciadas primero por la Administración y luego por los Tribunales de control.* Y aquí está cabalmente la espina de la proposición, porque es imposible ponderar de antemano las circunstancias del caso, ya que ésta es una cuestión concreta que no puede ser abordada en términos genéricos. Lo único que conocemos es el repertorio de soluciones posibles —no aplicación de la norma penal, aplicación íntegra y aplicación con matizaciones—, pero con ello no hemos adelantado mucho, y nos adentramos en el mundo de la jurisprudencia casuística que sólo los años, una perfilada elaboración doctrinal o la intervención del legislador podrán remediar.

3. ALCANCE DE LA APLICACIÓN

Una vez examinada la cuestión de los principios concretos del Derecho Penal que han de aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador, aún queda por resolver el problema fundamental, es decir, el de precisar el alcance de la función integradora con que tales principios han de aplicarse. Los Tribunales insisten una y otra vez, y siempre con gran énfasis, en la afirmación de que no es lícita una aplicación automática de un ámbito a otro, que presentaría, además, no pocas dificultades técnicas. En palabras de la STS de 21 de diciembre de 1977 (Ar. 5049; García Manzano), «la traslación automática de lo que constituyen instituciones o instrumentos dulcificadores de la responsabilidad de previsión expresa en el Código Penal al campo sancionador de la Administración presenta *dificultades inherentes a la diversa estructura de ambos ordenamientos*».

Por ello, se viene advirtiendo desde el primer momento (cfr. la STC de 18 de junio de 1981), y de manera reiterada, que la aplicación ha de hacerse «*con matices*». Y esto tanto por parte del Tribunal Constitucional como del Supremo, de lo que ya hemos visto algunos testimonios, a los que se podría añadir otro significativo por ser preconstitucional, el de la sentencia de 25 de marzo de 1972 (Ar. 1472; Suárez Manteola), reproducido luego en otra muy posterior de 13 de mayo de 1985 (Ar. 4582; Vivas Marzal): «debidas matizaciones que dimanan de la naturaleza de las sanciones administrativas que atienden [...] al debido cumplimiento de los fines de una actividad de la Administración».

De la misma forma que «la aplicación de los criterios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador *no es absoluta*» (STS de 13 de marzo de 1985; Ar. 1208; Ruiz Sánchez). Y es que, como dice la STS de 28 de enero de 1986 (Ar. 73; Martín del Burgo), «la existencia de unos principios comunes a todo Derecho de

carácter sancionador [...] no puede significar el desconocimiento de las singularidades concurrentes en los ilícitos tipificados en los distintos ordenamientos, porque no pueden ofrecer los mismos problemas la mayoría de los delitos comprendidos dentro del Catálogo del Código penal ordinario [...] que la mayoría de las infracciones correspondiente al llamado Derecho Penal Administrativo».

La consecuencia que ello trae es que la aplicación de «principios y criterios» ha de realizarse con *atenuado rigor y mayor flexibilidad,* según expresiones consagradas ya en la jurisprudencia. La STS de 29 de septiembre de 1980 (Ar. 3464; Martín del Burgo) recuerda, en efecto, que «la jurisprudencia se ha encargado de matizar ciertas diferencias entre el orden punitivo ordinario y el administrativo, aludiendo a una atenuación del rigor del primero en el segundo y a una mayor flexibilidad de éste». La antigüedad de esta postura se acredita en las sentencias de 22 de marzo y 2 de noviembre de 1972 (Ar. 4678; Suárez Manteola): «si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites [...]».

Dista mucho de estar clara, con todo, la causa que provoca estas diferencias de trato, este atenuado rigor; lo que no obsta, sin embargo, a que la Jurisprudencia lo haya intentado ocasionalmente. Para la sentencia de 28 de enero de 1986, que acaba de ser citada, la explicación es muy sencilla y radica en la diferencia ontológica de las dos clases de ilícitos, a la que ha de corresponder lógicamente una diferenciación de régimen. Ahora bien, los autores que niegan tal premisa se cierran ellos mismos la salida, que REBOLLO (1989, 441 ss.) termina encontrando en la única diferencia admisible, a saber, en que en unos casos castiga el Juez y en otros un órgano administrativo: circunstancia que no supone, desde luego, un «aspecto menor» porque «desde el momento en que el ordenamiento considera a un hecho como infracción administrativa y no como delito, desde el momento en que atribuye la imposición del castigo a la Administración y no al Poder Judicial, aunque lo haya hecho por razones meramente pragmáticas, se hacen necesarias importantes matizaciones por la fundamental y obvia razón de que Administración y Poder Judicial tienen diferente carácter institucional y constitucional, no se encuentran en la misma posición ante el Derecho y tienen, por esencia, una función muy distinta».

En definitiva, aquí nos encontramos con una muestra típica de la actividad jurisprudencial: *primero hace una declaración rotunda (la traslación del régimen penal) que revoluciona la situación anterior y luego se ve obligada a introducir reservas y cautelas (la traslación con «matices»),* un poco asustada —por así decirlo— de las últimas consecuencias a las que el giro realizado puede conducir. En nuestro caso: después de haber afirmado la aplicación de principios penales a un Derecho ajeno (por causa de su pretendida identidad), se ven forzados los tribunales a recomendar prudencia en esta operación, una vez que han constatado que no es tan cierta la pretendida identidad ni es técnicamente posible la transposición automática o total de regímenes. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril, sigue insistiendo en ello: «La recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho Administrativo Sancionador no pueden hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico».

Probablemente la más extremada al respecto sea la STS de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 9988; González Navarro):

> El Derecho Administrativo Sancionador es una de las materias más necesitadas de una regulación clara en nuestro Derecho. Y si bien a partir de la entrada en vigor de la Constitución se ha avanzado bastante en orden a perfilar la auténtica esencia de las infracciones y sanciones administrativas, no diferente, salvo en lo orgánico, de las infracciones y sanciones penales, lo cual supone que los mismos principios imbricados se aplican a todo el Derecho punitivo del Estado, son muchas las cuestiones todavía dudosas, cuya resolución definitiva sólo puede venir por la vía de una ley reguladora de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Entre tanto, los Tribunales tienen que ir buscando la justicia que se esconde bajo la letra de los textos en vigor mediante una penosa labor en que han de conjugar —hasta donde es posible con un ordenamiento tan imperfecto en este punto— las dos ideas contrapuestas de la garantía del ciudadano y la eficacia del actuar administrativo.

El resultado de tales puntualizaciones es una intensa relativización de la regla de la transposición de principios y criterios, hasta tal punto que *no se sabe si lo esencial es la aplicación o, más bien, las matizaciones con que hay que realizarla.* La revolución no ha sido, pues, tan intensa como podría suponerse, aun sin negar naturalmente su importancia. Pero, en último extremo, volvemos a caer en el decisionismo judicial que es el único que puede despejar las dudas a la hora de ponderar los intereses en juego de cada caso concreto. Este escepticismo luce en el acertado comentario de REBOLLO (1989, 885): «No basta proclamar la vigencia de unos principios generales comunes al Derecho Penal. Esto podrá suplir gran parte de los defectos de la legislación; pero mientras no vaya acompañado de una verdadera tipificación, la aplicación de aquellos principios ha de realizarse sobre bases forzadas y con absoluta inseguridad [...]. Además [los principios penales], nacieron para un Derecho que partía del principio de mínima intervención penal con relativamente pocas conductas punibles, no para un Derecho en el que toda la intervención pública de un Estado profundamente intervencionista está respaldada represivamente. Con nada de ello pretendemos negar la conveniencia de la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. Al contrario, esa conveniencia no es sólo tal sino una exigencia para la verdadera efectividad de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho».

Otro ejemplo de singular prudencia —en cuanto que reduce la integración a una simple información— nos lo ofrece la STS de 18 de julio de 1984 (Ar. 4025; Moreno), que se basa en tres afirmaciones fundamentales: *a*) la independencia de la potestad sancionadora de la Administración respecto de la Jurisdicción criminal; *b*) un fondo intrínseco penal que existe, pese a todo, en la potestad administrativa, y *c*) como consecuencia de lo anterior, los principios del orden penal «han de *informar* sustancialmente la manera de actuar de la Administración» en el ejercicio de tal potestad.

De cualquier manera que sea, lo que en todo caso está fuera de duda es que los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador no van a serlo de forma mecánica, sino «con matices», es decir, debidamente adaptados al campo que los importa. Conste, por lo demás, que esta afirmación no es un mero desiderátum teórico ni una simple declaración jurisprudencial, sino que así es lo que realmente sucede, como se comprobará cumplidamente a lo largo de todos y cada uno de los capítulos de este libro: ni la legalidad, ni la reserva de ley, ni la tipificación, ni la culpabilidad, ni el *non bis in idem,* ni la prescripción tienen el mismo alcance en el Derecho Penal que en el Derecho Administrativo. Lo difícil, con todo, es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general.

En la STC 66/1984, que acaba de ser citada, se habla al efecto de la «medida de las afinidades» que median entre los dos campos. Y páginas más atrás se ha recordado que para QUINTERO la aplicación de los principios penales dependerá también de la medida en que sea necesaria para garantizar los derechos funda-

mentales. En esta misma línea tiene, a mi juicio, singular importancia una doctrina del Tribunal Constitucional que se resume en la sentencia 181/1990, de 15 de noviembre:

> es doctrina de este Tribunal que las garantías del artículo 24 de la Constitución resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionador *en la medida necesaria para preservar los valores esenciales* que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución (STC 18/1981). Ahora bien, este Tribunal ha tenido también la oportunidad de precisar que tal aplicación no ha de entenderse de forma literal e inmediata, sino *en la medida en que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento* (STC 2/1987); lo que impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador.

Tal como se desarrolla prolijamente en la Exposición de Motivos de la LPSPV, es manifiesta «la necesidad de encontrar y definir los matices que los principios y reglas penales deben experimentar para adaptarse a la peculiaridad de lo sancionador administrativo, lo que provoca contradicciones y perplejidades que, en definitiva, redundan o en la ineficacia [...] o en una inadecuada protección de los derechos cívicos implicados en el ejercicio de tal potestad, o en ambas cosas a la vez (y por ello insiste) en la necesidad de adaptación de los principios y reglas penales a las peculiaridades de la potestad administrativa sancionadora o, mejor dicho, la búsqueda de aquello que es esencial a lo punitivo y su expresión concreta en lo punitivo administrativo».

Todos estos criterios no son ciertamente decisivos, pero proporcionan, al menos, una mínima pauta interpretativa suficientemente útil a la hora de examinar cada uno de los principios que el Derecho Administrativo Sancionador está importando desde hace algún tiempo del Derecho Penal.

IV. DEL DERECHO PENAL DE POLICÍA AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Las consideraciones que anteceden desembocan en la afirmación de la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador —correlativo para las infraeciones administrativas al Derecho Penal en lo que atañe a los delitos— en el que se corona una evolución muy larga, cifrándose, además, en su nombre un contenido muy preciso.

La denominación de este Derecho no es, en efecto, una cuestión de mera terminología sino que revela unas dificultades más profundas o, si se quiere, el resultado a que se llegue depende de unas posiciones materiales previas de gran calado.

Durante mucho tiempo ha venido considerándosele como una simple manifestación o aspecto del Derecho de Policía. Más adelante, cuando llegaron a España las ideas de James GOLDSCHMIDT —particularmente vulgarizadas a través de la obra castellana de Roberto GOLDSCHMIDT—, estuvo en auge la expresión de «Derecho Penal Administrativo», que todavía se mantiene en algunas sentencias aisladas y en las monografías de autores penalistas. En la actualidad, sin embargo, se ha impuesto el término de «Derecho Administrativo Sancionador», que es el habitual en la Jurisprudencia y que la doctrina ha aceptado sin dificultades.

La utilización de esta denominación implica, pues, una ruptura deliberada con concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policía y del Derecho Penal para asentarse en el Derecho Administrativo. *La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal.*

La primera parte del volumen primero de la citada obra de MATTES, al exponer la evolución histórica de este Derecho *en Alemania*, distingue tres fases perfectamente diferenciadas: la del Derecho Penal de Policía característico del Estado absoluto y que penetra cumplidamente en el siglo XIX, la del Dereeho Penal Administrativo, característico del Estado liberal y que, bajo la autoridad de James GOLDSCHMIDT, se mantiene hasta la Ley de contravenciones de 1968 y, en fin, el Derecho de contravenciones de orden, que es el predominante en la actualidad. Esta evolución, tal como se ha subrayado, es típicamente alemana; pero en España, y no por azar, puede detectarse una evolución paralela a la que ya se ha aludido en las primeras páginas de este capítulo y que seguidamente va a exponerse con más detalle.

1. EL DERECHO REPRESIVO DE POLICÍA

Durante varios siglos se ha venido considerando sin vacilaciones que las sanciones impuestas por los órganos de la Administración lo eran en el ejercicio de la potestad de Policía. Una actitud perfectamente lógica si se tiene en cuenta que *la Policía se identificaba con la Administración* interior y operaba como «la» alternativa a la Jurisdicción.

Esta concepción perdió, sin embargo, su razón de ser cuando evolucionó la idea universal de la Policía para convertirse en «una» variedad de entre las múltiples actividades administrativas, rompiéndose así la vieja identidad entre Policía y Administración interior, tal como he descrito con detalle en otro momento (NIETO, 1976). La consecuencia fue que hubo de buscar un nuevo lugar para residenciar a las contravenciones de policía y esto sucedió, en efecto, en Alemania e Italia.

En España, sin embargo, la concepción policial se mantuvo durante más tiempo debido en gran parte a la influencia de Sudamérica (no demasiado avanzada, en verdad, al respecto) y al espíritu apostólico de CASTEJÓN.

Don Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Magistrado del Tribunal Supremo, catedrático de Derecho Penal y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, vivió en los años más bajos de la Ciencia Jurídica Penal Española (décadas de los cuarenta y cincuenta) y se dedicó, casi en solitario, al estudio de las faltas penales, gubernativas y administrativas, publicando un libro con este título en 1950, al que siguió un segundo volumen (o «apéndice primero») en 1955. A lo largo de su vida predicó incansable la idea de que «los hechos punibles mínimos deben constituir la materia de un Código de policía, aplicado en forma sumaria por Tribunales de policía» a la manera de algunos ejemplos europeos y sudamericanos. Tesis compartida entonces por la generalidad de los penalistas (cfr. DEL ROSAL, *Principios de Derecho Penal español*, II, 1.°, 1948, 534 ss.).

La idea no llegó a prosperar legislativamente pero fue tomada por entonces muy en serio y cristalizó en un *Anteproyecto de Código de Policía* discutido en 1951 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (CASTEJÓN, 1955, 7-30), de la misma manera que fue objeto de estudio en el I Congreso penal y penitenciario hispano-luso-americano y filipino de Madrid, 1952, con estudios de Roberto GOLDSCHMIDT (Venezuela), LEVENE (Argentina) y FERRER SAMA (España), titulado el de este último *Delimitación de falta municipal y falta penal y función de la policía municipal en materia penal* (cfr. CASTEJÓN, 1955, 65 ss.). En la actualidad, sin embargo, esta concepción, aunque late todavía en algunas sentencias ocasionales del Tribunal Supremo, puede considerarse completamente abandonada, puesto que la policía tradicional ha caído víctima de la animosidad de los movimientos democráticos de la primera época de la transición y de la crítica teórica implacable de varios autores encabezados por la autoridad de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO.

Desde una perspectiva rigurosamente técnica se ha preocupado REBOLLO (1989, en varios lugares y especialmente en 445 ss.) de eliminar las conexiones entre Policía y sanciones que todavía siguen manteniéndose por inercia. Para este autor es indiscutible, desde luego, que las sanciones administrativas y la Policía tienen, en último extremo, el mismo objetivo: la protección de los intereses públicos y generales. Comunidad teleológica escasamente relevante, sin embargo, a efectos jurídicos, puesto que los medios empleados y la forma de la actividad son muy distintos en uno y otro caso. La Policía pretende evitar que se rompa el orden y, en su caso, lo restablece; mientras que las sanciones castigan una conducta individual ya realizada. Las circunstancias de que, por una parte, la Policía pueda servirse ocasionalmente de sanciones para conseguir sus fines y, por otra, el que la amenaza y la imposición de sanciones contribuyan al mantenimiento del orden, no autorizan a confundir las dos figuras ni a integrar una en otra, sino sólo a afirmar que «se trata de dos medios complementarios y distintos dirigidos a idéntico fin». Postura que ya había sido expuesta con extrema lucidez y en una fecha muy temprana por MANZANEDO (*El comercio exterior en el ordenamiento positivo español*, I, 1968, 215-216): «La actividad sancionadora durante largo tiempo ha estado incluida dentro de lo que tradicionalmente se denominaba actividad de policía; pero esta inclusión se encuentra en la actualidad superada al observar que la actividad sancionadora es plenamente individualizable respecto a la actividad de limitación de derechos y actividades de los particulares. Efectivamente, cuando la Administración Pública impone sanciones, no está limitando en forma alguna posiciones jurídicas de los administrados; tal limitación no deriva de la sanción en sí sino de la norma infringida que, en virtud del principio de legalidad, constituye presupuesto inexcusable para la aplicación de sanciones».

El esfuerzo clarificador de MANZANEDO y REBOLLO debe ser tenido muy presente porque la «herencia de la policía» es todavía fuerte y explica la supervivencia de las inercias. La verdad es que la obra de CASTEJÓN ha desaparecido sin dejar más que unas huellas levísimas sólo perceptibles por los eruditos. Pero, en cambio, resulta muy difícil borrar el recuerdo de una práctica que subsumía cualquier clase de conductas reprochables en la Ley de Orden Público vigente hasta hace muy poco, que era la Ley de Policía por antonomasia. En España siempre se ha operado de la siguiente forma: cuando había una norma especial tipificante, se sancionaba de acuerdo con ella; y si faltaba, acudían las autoridades gubernativas a la Ley de Orden Público, cuyos tipos, desmesuradamente abiertos, permitían tipificar y sancionar cualquier clase de conductas. La depuración conceptual ha de servir, entonces, para evitar esta corruptela. Porque si queda claro que las infracciones administrativas caen fuera del ámbito de la Policía (salvo, naturalmente, las de Orden Público en sentido propio y estricto) ya no hay posibilidad alguna de sancionar al amparo de esta Ley conductas que no sean específicas infracciones de Orden Público.

La dogmática no es aquí, como se ve, un mero entretenimiento profesoral sino que persigue unos objetivos prácticos muy concretos. Y eso, no sólo en lo que acaba de exponerse sino en una segunda vertiente del mismo problema, no menos interesante. Porque sucede también que la Administración acostumbraba a justificar su potestad sancionadora apoyándose en la llamada «cláusula general de policía». Es decir, que la Policía (y la Ley de Orden Público) no sólo prestaban cobertura suficiente para toda clase de tipos de ilícitos sino también habilitaban a la Administración con un poder sancionador genérico. Pues bien, la doctrina dominante, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA (1975), niega enérgicamente esta abusiva extensión de la Policía, afirmando dos proposiciones: 1.ª Es inadmisible extender la potestad de policía a supuestos ajenos, y ajeno es lo que corresponde a la potestad sancionadora. 2.ª No existe una habilitación genérica para el ejercicio de la potestad de policía: la atribución de potestad ha

de ser siempre expresa y concreta. La primera proposición debe ser aceptada sin reservas; pero no así la segunda, que es absolutamente irreal y de aquí que la Jurisprudencia la haya rechazado de forma expresa. En cualquier caso, y para evitar reiteraciones, me remito a lo expuesto en el capítulo precedente a propósito de la potestad sancionadora de la Administración. Sería injusto, con todo, silenciar aquí que el Derecho Penal de Policía, aunque sea debidamente modernizado, sobrevive en la obra tenaz de Luis DE LA MORENA, quien, además de haberse ocupado muy pormenorizadamente de las sanciones de la Ley de Orden Público que no se refieren estrictamente al Orden Público, sigue sosteniendo (1989b) que «la actividad de policía queda dividida en dos: una actividad inicial o de policía preventiva, por lo común de naturaleza normativa o gestora [...] y otra actividad posterior o de policía represiva, de neta naturaleza sancionadora y exclusivamente orientada a hacer cesar los focos de desorden o perturbación detectados, establecer la normativa y castigar a los culpables de tal alteración».

La Policía es una cuestión recurrente que para desesperación de los juristas liberales más radicales reaparece tercamente en el Derecho Administrativo Sancionador después de haber sido expulsado de él una y cien veces. Buena prueba de ello es lo que está sucediendo en los años noventa a propósito de las sanciones impuestas por incumplimiento de horarios de cierre de discotecas, que el Tribunal Supremo, no sin muchas vacilaciones y en medio de una apasionada discusión doctrinal, ha terminado por declarar legales, como se comprueba, entre otras muchas, en la sentencia de 24 de junio de 1992 (Ar. 4718; Sánchez-Andrade):

> Puede sostenerse la cobertura que a tal Reglamento (de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de 1982) sigue prestando la Ley de Orden Público en las situaciones de normalidad, pues no debe olvidarse que en ellas —y siempre ceñido al campo de los derechos no fundamentales— el orden público es un concepto jurídico que puede integrar en su contenido expansivo al de «tranquilidad pública», y desde él justificar sobradamente la intervención administrativa con la finalidad de protección de los derechos de los ciudadanos en relación con el descanso.

He aquí, entonces, que, para sorpresa de muchos, el sospechoso concepto del Orden Público —emblema del autoritarismo y cobertura de todos los abusos imaginables del Poder— se convierte en instrumento garantizador del pacífico descanso nocturno:

> En la medida en que la continuidad de la apertura de un establecimiento público potencialmente molesto (ruido, etc.) pasada la hora de su cierre obligado puede incidir sobre el valor «tranquilidad pública», determinando a veces situaciones de protesta u oposición del vecindario afectado, susceptibles de desembocar en alteraciones de una normal convivencia ciudadana. En esa medida, el hecho o actividad imputada podrá encajarse o subsumirse en los supuestos previstos en el artículo dos de la Ley de Orden Público.

2. EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

Suele atribuirse a James GOLDSCHMIDT la paternidad del Derecho Penal Administrativo y, efectivamente, a él se debe una formulación completa del mismo, basada, por cierto, en un análisis histórico minuciosísimo (*Verwaltungsstrafrecht*, 1902). Es claro, sin embargo, que esta teoría no pudo salir de la nada y que el autor se limitó, en un esfuerzo admirable, a racionalizar y expresar en términos técnicos algo que flotaba en el ambiente desde hacía bastantes años pero que hasta entonces sólo había logrado manifestarse en intenciones y balbuceos.

La aparición del Derecho Penal Administrativo fue el resultado de la concurrencia de diversos factores y, fundamentalmente, del abandono de la filiación de la Policía, hecha imposible por la transformación del concepto de ésta; a lo que hay que añadir el aumento del intervencionismo administrativo. Así las cosas, la Administración —una institución mucho más amplia que la Policía— pasaba a primer plano. La Administración tiene fines propios que alcanzar y para poder lograrlos cuenta con una potestad sancionadora propia, gracias a la cual se autoayuda y puede imponer coactivamente el cumplimiento de las normas. Sin necesidad, pues, de insistir en la exposición de esta postura (puesto que la literatura primaria y secundaria sobre el particular es conocida y más que suficiente) baste subrayar que la meta del Derecho Penal Administrativo es «la completa despenalización del injusto administrativo». Expresado en términos psicoanalíticos, el Derecho Penal Administrativo conoce —y no se atreve a negar— la paternidad del Derecho Penal, pero busca su identidad en la ruptura con el padre y en el énfasis sobre lo administrativo.

La influencia teórica de James GOLDSCHMIDT fue arrasadora durante varios decenios, llegando a hacerse muy popular tanto en Europa como en América, aquí llevada de la mano de su hijo Roberto y desarrollada por sus discípulos. Más aún, cuando la moda empezaba a ceder, fue revitalizada por Eberhard SCHMIDT, político y jurista, cuya influencia aparece en la legislación alemana de 1949-1952, donde se consagra una *potestad punitiva en manos de la Administración* como único medio de garantizar su eficacia.

Por lo que se refiere a España, el Derecho Penal Administrativo logró romper por primera vez las barreras conceptuales impuestas por el Derecho Penal tradicional y que estaban condenando a la esterilidad teórica y a la ineficacia práctica cuantos esfuerzos venía haciendo la Administración en tal sentido. Cuando se repasa la literatura jurídica, asombra constatar hasta qué punto los penalistas se dejaban encerrar en los planteamientos del Código Penal, miopes ante la realidad que se desarrollaba pujante extramuros (y nada digamos de los administrativistas, que permanecían absolutamente insensibles). Desde PACHECO a DEL ROSAL y salvo excepciones muy contadas, durante cien años han estado dando vueltas los penalistas a la clasificación bimembre o trimembre de los ilícitos e incluyendo siempre las contravenciones de policía como una figura exclusivamente penal (y penal lo era ciertamente, pero no sólo penal) sin parar mientes que junto al arbusto raquítico de las *faltas penales* había crecido no ya el árbol robusto sino el bosque entero de las infracciones administrativas, tipificadas en normas administrativas y sancionadas por órganos de esta naturaleza y con un procedimiento propio, siempre a espaldas del Derecho Penal y a sus faltas (y delitos) tradicionales. El Derecho Penal de Policía también había visto ya este problema, pero quiso darle una solución falsa al propugnar un Código (penal) de policía y unos Tribunales (penales) de policía, es decir la fórmula francesa, que es totalmente ajena a la realidad española. En cambio, el Derecho Penal Administrativo, al focalizar la cuestión en la Administración y en las leyes administrativas puso las cosas en su sitio y adaptó, al fin, la dogmática jurídica a la realidad. Intento fallido de momento, por lo demás, dada la fugacidad del ensayo, pero que fue heredado luego y ha dado sus mejores frutos en la fase final del Derecho Administrativo Sancionador.

El gran logro del Derecho Penal Administrativo —del que hoy tan pocos autores se acuerdan— fue el de arrancar las infracciones administrativas del gran bloque de la Policía y de acercarlas al ámbito del Derecho Penal, de tal manera que, aun sin integrarse en él, se acogieron a su influencia dogmática y se aprovecharon sus técnicas jurídicas. Situado en una zona fronteriza, el ilícito penal administrativo no podía renegar de su procedencia administrativa pero abrió sus puertas del Derecho Penal, colocándose —por así decirlo— bajo su tutela técnico-jurídica. Ahora bien, la cuestión que, no obstante, seguía abierta era la del aparato público al que había que encargar su ejercicio. En esta tierra de nadie podía valer cualquier de las opciones en juego, tanto la administrativa como la penal, e incluso parecía más lógica la penal habida cuenta de las las influencias —casi servidumbres— a que estaba sometido. Pero es el caso que fracasaron todos los intentos que se hicieron en tal sentido; y la cosa tiene su explicación porque era más que dudoso que los jueces penales, sin experiencia alguna al respecto, hubieran sido capaces de asimilar la recepción de un tipo nuevo de ilícitos que se equiparaba, aunque en unos términos bastante confusos, a los tradicionales.

3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La Ley alemana de 1968 dio un nuevo giro a los acontecimientos y, distanciándose deliberadamente del Derecho Penal Administrativo de corte goldschmidtiano, ha consagrado la etapa que MATTES denomina del Derecho Penal del Orden, en cuya descripción no voy a entrar, no sólo por la constante referencia a las fuentes conocidas sino también porque esto no interesa al lector español, ya que nuestra evolución ha sido en este punto diferente. Porque si puede afirmarse que la primera etapa histórica (la del Derecho Penal de Policía) ha sido sensiblemente igual en ambos países y si en España también ha habido una fase de Derecho Penal Administrativo (siquiera breve y simplemente doctrinal), entre nosotros se ha llegado, casi por salto, a un Derecho Administrativo Sancionador de caracteres originales y en nada tributario del Derecho extranjero. *El gran objetivo, sustancialmente logrado, de este nuevo Derecho consiste en explicar la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, distinta de la penal aunque muy próxima a ella, y además en dotar a su ejercicio de medios técnico-jurídicos suficientes, potenciando, al efecto, las garantías del particular.*

El Derecho Administrativo Sancionador, creado, hautizado y desarrollado por la Jurisprudencia contencioso-administrativa —luego complementada por la penal—, es una habilísima fórmula de compromiso entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, que ha acertado a engarzar ambos en términos muy satisfactorios. Tal como se ha indicado más arriba, en España no había problemas de *lege ferenda* ya que por encima de las preferencias personales de cada uno, el hecho es que la Ley y la Constitución han reconocido la potestad sancionadora de la Administración como algo distinto de la potestad punitiva de los Tribunales penales. Lo cual significa —y esto no se ha subrayado nunca suficientemente— que tal actividad es *administrativa*: quien sanciona es un órgano administrativo, que actúa conforme a un procedimiento administrativo, aplica unas normas administrativas y es controlado por los Tribunales contencioso-administrativos. Su encuadramiento en el Derecho Administrativo está, pues, por encima de cualquier duda.

El *Derecho Administrativo* Sancionador —como su nombre indica y a diferencia del viejo *Derecho Penal* Administrativo— es en primer término Derecho Administrativo, sobre el que lo de «Sancionador» impone una mera modalización adicional o adjetiva. El plus que añade lo de «sancionador» significa que este Derecho está invadido, coloreado, por el Derecho Penal sin dejar de ser Administrativo. Lo cual no era necesario, incluso, puesto que un Derecho Administrativo Sancionador puede funcionar perfectamente de manera autónoma y rigurosamente independiente de lo Penal. Pero si la fórmula no es necesaria, parece, desde luego, *coyuntural-*

Los tipos penales —e incluso los sancionadores administrativos— en blanco ofrecen una problemática más singular desde el momento en que, por el juego de la remisión, están unidos inseparablemente. Por eso ha podido escribir CALVO CACHO (1999, p. 97) que «el delito ecológico, en cuanto norma penal en blanco, lleva implícito el principio *non bis in idem*, pues habiendo indefectible concurrencia de infracción administrativa y penal, aquélla, que permite la existencia de ésta, resulta inmediatamente "desplazada", no existiendo, pues, posibilidad de aplicar simultáneamente ambas sanciones».

V. DINÁMICA DE LA REGLA

La regla que estamos examinando —una vez descartada de su ámbito la prohibición de una doble tipificación de infracciones— tiene dos vertientes: por un lado implica la prohibición de una doble sanción y, por otro, la de un doble enjuiciamiento simultáneo, siempre en referencia, claro es, a unos mismos hechos.

Pues bien, si de lo que se trata, en definitiva, es de que *no se apliquen* dos sanciones, el mejor modo de evitarlo es que *no se produzcan*, a cuyo fin lo más eficaz es que *no se tramiten simultáneamente* dos procedimientos, impidiéndose la iniciación (o suspendiéndole si ya está iniciado) de uno hasta que se termine el otro; y si por cualquier causa falla esta medida preventiva y se pronuncian los dos actos sancionadores, se establece cuál de los dos es el que debe aplicarse. El mecanismo, como se ve, no es sencillo ni mucho menos y así se comprueba en la práctica judicial.

1. PREFERENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

Para resolver las cuestiones que acaban de enunciarse (y algunas otras conexas que luego irán apareciendo) se parte del axioma de la preferencia o prevalencia del orden jurisdiccional penal, que es lo que va a inspirar todas las soluciones concretas.

Axioma que se explica formalmente por la circunstancia de que los tribunales tienen en todo caso una posición prevalente institucional sobre los órganos de la Administración. Esta justificación carece, sin embargo, de razón de ser cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo, que en la actualidad forma parte, como se sabe, de la Jurisdicción ordinaria o Poder Judicial en sentido propio, de tal manera que la sanción —sobre todo en el supuesto de que la sentencia revisora haya alterado su contenido administrativo inicial— no es impuesta por un órgano de la Administración sino por uno del Poder Judicial.

Con tal afirmación no se ignora ciertamente que desde el punto de vista formal (y posiblemente también desde el constitucional) las resoluciones sancionadoras administrativas no cambian de naturaleza al pasar a conocimiento de los tribunales, ya que éstos se limitan a controlar su corrección legal. Ahora bien, si recordamos el alcance de las facultades judiciales de control (examinadas en el n.º 4 del epígrafe V del capítulo tercero) y, sobre todo, si pasamos revista a la jurisprudencia podemos comprobar que los jueces no tienen empacho en sustituir la sanción administrativa por la suya propia y hasta la discrecionalidad administrativa por el arbitrio judicial. En definitiva, las sentencias o bien «hacen suya» la sanción administrativa o bien la sustituyen por otra y, en cualquier caso, mediando recurso jurisdiccional, no habrá más remedio que considerar tales sanciones como actos jurisdiccionales.

La prevalencia de la resolución penal es aquí, por tanto, bastante dudosa y responde más bien a un doble juego de ficciones tradicionales inerciales: por un lado, la

de que la sanción procede siempre de la Administración, sin que tenga efectos jurídicos relevantes la intervención del Tribunal revisor; y, por otro lado, la de que el procedimiento judicial penal es el que mejor asegura los derechos individuales frente a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo. Un prejuicio que carece por completo en la actualidad de razón de ser, dado que los tribunales contencioso-administrativos ofrecen las mismas garantías de independencia institucional y de defensa de los ciudadanos.

En palabras de STC 2/2003,

> por lo que se refiere a la vertiente formal o procesal de este principio que, de conformidad con la STC 77/1983, de 3 de octubre, se concreta en *la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal* sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal. En efecto, en tal sentencia declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, sino que la admitido en el artículo 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiéndole a "las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos". Entre los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución, en lo que aquí interesa, se declaró la necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial. *De esta subordinación deriva una triple exigencia:* a) *el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso;* b) *la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos;* c) *la necesidad de respetar la cosa juzgada.*

De hecho, el legislador español siempre ha considerado —y sigue considerando todavía— a los Tribunales contencioso-administrativos como subordinados a los «ordinarios» (civiles y penales) como se comprueba con el tratamiento de las «cuestiones previas» que hace la Ley Reguladora de aquella Jurisdicción. Y de la misma manera se considera natural que las leyes penales (art. 603 del viejo Código Penal) regulen el alcance de las normas administrativas sin que a nadie se le haya pasado por la cabeza la posibilidad de que suceda lo inverso. La verdad es que ya va siendo hora de replantearse estas actitudes y extraer las últimas consecuencias de la naturaleza rigurosamente jurisdiccional de los Tribunales contencioso-administrativos y de la no jerarquización de normas que tienen el mismo rango. El que en la actualidad hayan de revestir las normas penales la forma de ley orgánica podría entenderse, no obstante, como un argumento más en apoyo de la no subordinación a ellas de las normas administrativas en cuanto que cada uno de estos grupos normativos tiene su ámbito propio de actuación.

2. PRIORIDAD DEL PROCESO PENAL

La prevalencia del orden jurisdiccional penal se traduce, por lo pronto, en el nivel procesal dando prioridad al proceso penal sobre las actuaciones administrativas, que han de quedar bloqueadas hasta que aquél finalice.

El *legislador* moderno se ha cuidado de regular repetidas veces este punto; pero siempre lo ha hecho desde la perspectiva de la Administración, o sea, ordenando a ésta que en el momento en que aprecie la posible existencia de responsabilidad penal, lo comunique al Juzgado correspondiente y paralice sus propias actuaciones en espera de la resolución judicial. Como los ejemplos son innumerables, no vale la pena insistir en ellos.

No obstante la vigencia actual de esta fórmula conviene advertir que se encuentra inspirada por la viejísima Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo artículo 114.1 se disponía que «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndose, si lo hubiera, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal».

A decir verdad, el anterior precepto se refería inequívocamente a los tribunales («pleito»), estableciéndose la prioridad del penal; pero de ahí se extendió —no se sabe exactamente cuándo ni por qué razones— a la Administración, observándose así una práctica, que fue ratificada de forma expresa por el Tribunal Supremo, como en la sentencia (tomada de GONZÁLEZ PÉREZ, *RAP*, 47, 1965) de 5 de junio de 1909: «si el esclarecimiento y calificación de los hechos atribuidos a un funcionario corresponde a la jurisdicción ordinaria, hasta que ésta haga la declaración procedente debe la Administración abstenerse».

La *jurisprudencia*, por su parte, ha recogido y formulado la regla general de que «la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los tribunales penales» o más precisamente todavía: «la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos» (STC 77/1983, de 3 de octubre, reproducida literalmente en la STS 20 de enero de 1987; Ar. 256; Ventura).

Esta regla, sin embargo, no es aplicable en el supuesto de expedientes sancionadores en materia laboral, ya que así lo ha determinado expresamente el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Laboral, que la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1984 ha declarado que, a pesar de contravenir los efectos procesales del principio, no es inconstitucional «en atención, entre otros bienes jurídicos, a la rapidez con que conviene resolver el proceso laboral y a que la búsqueda de la verdad material es, como afirma la doctrina, el objetivo central del proceso de trabajo». (Pero —añado yo por mi cuenta— ¿es que los otros procesos no buscan también la verdad material o no deben tramitarse con rapidez?).

Aun prescindiendo de este caso excepcional, no se crea, con todo, que la situación es tan sencilla, como nos demuestra la Sentencia de 18 de diciembre de 1989 (Ar. 4964; Agúndez):

> Aun siendo aplicables en el Derecho Administrativo Sancionador los principios generales informantes del Derecho Penal [...] *no es tan aceptable ni asumido el principio de prejudicialidad penal contenido en al artículo 114 LECr. para determinar la suspensión del procedimiento administrativo* [...]. Pero cuando se da identidad de hechos del procedimiento administrativo sancionador y del proceso penal, se hace necesario el mejor esclarecimiento de los hechos [...] que se obtendrá de las declaraciones de hechos probados y de las consideraciones procedentes que haya de contener la resolución del proceso criminal instruido. De aquí que lo más acorde con el Ordenamiento jurídico sea el declarar en suspenso el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución firme en el proceso penal.

La casuística jurisprudencial es tan contradictoria que el estudioso pierde pronto la esperanza de saber cuál es la regla verdaderamente aplicable e incluso si existe alguna regla por muchas excepciones que pueda tener. La citada STS de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 10169; Martín del Burgo) desestima la alegación del recurrente de que la Administración de Tráfico, al adoptar una de las «actuaciones complementarias» del artículo 291 del Código de Circulación sin aguardar a los resultados del proceso penal en curso, había quebrantado «el principio de subordinación del procedimiento administrativo al judicial ya iniciado», y ello mediante el simple arbitrio de negar la afirmación que sirve de base a todo el razonamiento, es decir, la pregonada dependencia de la potestad sancionadora de la Administración respecto de la Jurisdicción Penal, como tuvimos ocasión de comprobar atrás.

Con la advertencia, en fin, de que tal como indica la STS de 31 de octubre de 2001 (3.ª, 4.ª, Ar. 9911) el bloqueo procedimental administrativo es tan intenso que imposibilita incluso a la Administración la adopción de medidas cautelares cuando la actuación judicial ya se haya producido.

Volviendo a los textos normativos, el artículo 7.1 del REPEPOS ordena que

> en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos del ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.
>
> En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

La redacción de estos dos apartados no es demasiado feliz puesto que, en castellano, no se expiden testimonios «sobre» actuaciones, ni éstas serán «respecto de la comunicación», sino respecto de los hechos o del objeto de la comunicación, de la misma manera que no se «adoptan actuaciones», sino que o bien se adoptan resoluciones o bien se trata de actuaciones realizadas. Ahora bien, prescindiendo de estas irrelevantes deficiencias gramaticales (imputables a erratas o a la precipitación con que fue redactado el Reglamento), su intención no puede ser más acertada: con ello se pretende que la Administración tenga elementos de juicio suficientes para poder ponderar si se están tramitando procedimientos superpuestos o paralelos sobre los mismos hechos y, en su caso, sujetos y fundamentos, que han de dar lugar a lo dispuesto en el número 2:

> Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará la suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

Algunos órganos administrativos llegan a dictar resolución aunque suspendan la ejecución de la sanción en espera de la sentencia penal. El Tribunal Supremo ha respetado en ocasiones tal práctica invocando el principio de la conservación de los actos; pero en su Sentencia de 28 de noviembre de 2000 (3ª, 4ª, Ar. 10079) lo ha rechazado en términos tajantes:

> Ante un hecho que pueda motivar, al menos en principio, la actuación del orden penal y de la Administración, ésta puede y debe realizar todas las actuaciones precisas para acreditar el hecho, las circunstancias y datos que estime precise, pues de otro modo el paso del tiempo y la alteración de las circunstancias podría hacer imposible su posterior constatación, e incluso está obligada también a dar el oportuno traslado al interesado a fin de que éste pueda defenderse y cuestionar la realidad fáctica apreciada por la Administración; sin embargo, lo que en ningún caso puede hacer la Administración mientras esté pendiente el proceso penal, es dictar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, pues ésta depende y está condicionada por la resolución que recaiga en el proceso penal.

Aquí es donde luce, pues, con toda su fuerza la regla de la prioridad del procedimiento penal. La Administración espera a la resolución judicial (se supone que firme; a la primera alude el artículo 130.2 LPAC), y al dictarse ésta se abre un trilema:

a) Si es condenatoria, el expediente administrativo sancionador, si bien no se archiva, concluye con una declaración de no exigibilidad, tal como determina el artículo 51.1:

> El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que queda acreditado que ha recaído sanción penal (o administrativa) sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento.

b) Si la sentencia penal es absolutoria, se levanta la suspensión y continúa la tramitación del expediente administrativo sancionador con las peculiaridades que se examinarán más adelante.

c) Y, en fin, también puede suceder que, a la vista de la sentencia penal (sea condenatoria o absolutoria), se compruebe que, en contra de lo previsto en el momento de la suspensión, el proceso penal no ha versado sobre los mismos hechos, sujeto y fundamento, que el procedimiento administrativo, en cuyo caso se reanudará éste.

Con lo dicho parece evidente que en nuestro Derecho no existe duda alguna sobre la prioridad del proceso penal, máxime cuando los textos legales son tan inequívocos al respecto. Pero las cosas no son tan claras si se piensa en lo sencillo y lógico que sería utilizar el criterio de la prioridad cronológica, de tal manera que la primera resolución, cualquiera que fuera el orden jurisdiccional de su procedencia, cerrase el paso a la segunda.

Ésta es, como sabemos, la situación en el Derecho italiano y la adoptada también en el artículo 688.3 del último Proyecto de Reforma del Código Penal español (desgraciadamente frustrado en este punto) que decía así:

> No podrá ser sancionado gubernativamente quien hubiere sido ya castigado como responsable de una falta por el mismo hecho, ni penado por falta quien hubiere sido ya sancionado por la autoridad gubernativa por el hecho constitutivo de aquélla.

Una solución tan plausible como la inspirada en criterios materiales y, desde luego, más lógica. Aunque en la práctica se llegaría con frecuencia a resultados iguales (prevalencia de la sentencia penal) dado que la vía contenciosa sólo se abre después de haberse apurado la administrativa, lo que exige más tiempo.

Lo curioso del caso es que si para los Tribunales contencioso-administrativos es obvia la prevalencia de la Sentencia penal, han sido los Tribunales penales quienes se han percatado de que el verdadero criterio es el cronológico, o sea, que la primera resolución cierra el paso a la segunda, cualquiera que sea su procedencia, hasta tal punto que una simple resolución administrativa impide por sí misma las actuaciones penales posteriores:

> el principio de Derecho *non bis in idem* no permite, por unos mismos hechos, duplicar o multiplicar la sanción *sea cual sea la autoridad que primeramente la haya impuesto*, caso que es el de autos puesto que la Hacienda Pública ya impuso al presunto infractor una sanción [STS de 12 de mayo de 1986, Sala 2.ª, Ar. 2449; Vivas Marzal].

Efectivamente, el Tribunal Constitucional, al declarar que la Constitución había recogido implícitamente el principio, no había hecho inicialmente aclaración alguna de prevalencia, y en otra sentencia posterior, la 77/1983, de 3 de octubre, lo justifica mediante la teoría de la cosa juzgada (en contra de la doctrina preconstitucional del Tribunal Supremo más arriba transcrita):

> La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autonomía judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera [...]: la resolución administrativa debe ceder ante la sentencia por «la necesidad de respetar la cosa juzgada; la cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema». Y, en consecuencia, «la Administración no puede actuar *mientras* no lo hayan hecho los tribunales».

Pero nótese que esta explicación —en opinión de SANZ GANDASEGUI muy poco convincente por referirse a una figura exclusivamente procesal— puede operar también para las sentencias contencioso-administrativas (en las que ya no está en juego la subordinación de los «actos» de la Administración) y, además, en cualquier caso, concede inevitablemente una prioridad cronológica y no material.

Lo que sucede es que algunas leyes sectoriales, deseosas de evitar el conflicto, han acudido a un mecanismo procesal para evitar que se produzca una sanción administrativa antes de la penal. En otras palabras: si el efecto material del principio no implica asignación de prevalencias, el efecto procesal aludido provoca una prioridad cronológica de la sentencia penal.

De hecho, la única posibilidad de imponer la prevalencia de la sentencia penal es asegurar su prioridad cronológica, ya que, una vez producida la resolución administrativa sancionadora, sería muy difícil hacer viable «hacia atrás» la influencia de una sentencia penal posterior. Tal ha sido la solución de la LPAC (y de su Reglamento), de cuya atenta lectura se desprende un dato que puede aparecer sorprendente desde la inercia del dogma, a saber: no se establece prevalencia alguna de la sentencia penal, salvo en el limitado aspecto de la declaración de los hechos probados. Lo que bloquea la resolución sancionadora es tanto una sentencia penal como una sanción administrativa *anterior*, dando la sensación de que la prevalencia es de orden cronológico, no de naturaleza. Pero lo que, en cambio, queda muy claro es la prioridad del proceso penal como medio de evitar la superposición de castigos.

3. CONTRADICCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En las páginas anteriores se ha puesto de relieve que no es clara, ni mucho menos, la regla de la prevalencia a ultranza de la sentencia penal y que incluso puede considerarse inútil porque si se ha respetado el principio de la prioridad del proceso penal, la sentencia de este orden no puede entrar en conflicto con una sanción administrativa dado que ésta no puede llegar a producirse (en el supuesto de concurrencia de las tres identidades). Y por otro lado, si por cualquier circunstancia la sanción administrativa se adelanta a la condena penal, no es seguro que ésta haya de prevalecer sobre aquélla, pues ya se han visto algunas sentencias que, ateniéndose rigurosamente a la prioridad de aparición, han respetado la sanción administrativa anterior.

Esta cuestión sería irrelevante si la Administración, ateniéndose escrupulosamente a la regla de prioridad del proceso penal, se abstuviera siempre de seguir tramitando una vez iniciado aquél. Pero como es el caso que con relativa frecuencia la Administración no se detiene y llega hasta el final, no se sabe cuál ha de ser el valor de la sentencia penal extemporánea. Un punto que, estando todavía en el aire, ha dado lugar a una acalorada polémica en el seno mismo del Tribunal Constitucional al hilo de una curiosísima historia que se relata a continuación.

PERSPECTIVAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN CHILE

Héctor Hernández Basualto*

I. EL DEBATE POLÍTICO-CRIMINAL COMPARADO: DEL LAMENTO POR DEFECTO AL LAMENTO POR EXCESO

Si este trabajo se hubiese escrito en los años 80 del siglo pasado -, entre nosotros, parcialmente, hasta en los 90- la caracterización del debate político-criminal sobre la delincuencia económica podría haber exhibido una imagen bastante unitaria, con un fuerte consenso en torno a la necesidad de aumentar la efectividad de la persecución y represión de los delitos económicos. En la actualidad, sin embargo, dicho consenso dista de ser tal en los ámbitos académicos del mundo desarrollado, al menos en aquellos países que más influencia ejercen en nuestra tradición jurídico-penal.

Para comprender la situación actual del debate político-criminal en el mundo desarrollado parece conveniente considerar siquiera sintéticamente la evolución del mismo. Sobre esa base se esbozará una toma de posición que sirva de introducción y contexto para las ulteriores reflexiones sobre la situación en Chile.

1. Nuevos delitos y nuevos delincuentes

El interés por la delincuencia económica es de data relativamente reciente -se trata en general de un producto del siglo XX- y reconoce en lo fundamental dos fuentes. Por una parte, el nacimiento y desarrollo de una importante legislación penal económica que coincide con la irrupción del intervencionismo estatal en materia económica[1]. Al menos en los países europeos, este fenómeno intervencionista tiene, como se sabe, sus primeras manifestaciones durante la Gran Guerra, contexto en el cual los gobiernos de las potencias beligerantes se ven forzados a tomar el control de la economía para enderezarla hacia el

* Abogado, *legum magister* y Doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia). Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado. E-mail: hhernand@uahurtado.cl

[1] No puede desconocerse que con anterioridad ya existían en muchos países leyes penales referidas al comercio y no circunscritas a la protección clásica del patrimonio (en materia de quiebras, marcas, patentes, competencia desleal, etc.), pero la explosión normativa se produce, sin duda, sólo en este nuevo contexto.

esfuerzo bélico, pero es definitivamente con la gran depresión mundial iniciada a fines de los años 20 que se instala, con matices más o menos, como una constante característica de los ordenamientos económicos contemporáneos[2].

La segunda fuente es, sin duda, el descubrimiento que hace la criminología a mediados del siglo XX del delito y, especialmente, del delincuente "de cuello blanco", término que, como se sabe, fue acuñado en los Estados Unidos por Edwin Sutherland, primero en una legendaria conferencia del año 1939 y luego, definitivamente, en su libro *El delito de cuello blanco*, del año 1949. En lo esencial, Sutherland constata, de la mano del estudio de las infracciones legales atribuidas a grandes corporaciones, que también existe una delincuencia de la clase alta, sólo que con características diferentes a las que ostentan las conductas que tradicionalmente habían sido -y siguen siendo principalmente- objeto de la investigación criminológica, características especiales que estarían condicionadas por el distinto entorno social y, especialmente, profesional de los sujetos[3]. Como es sabido, a partir de esta constatación Sutherland aporta a la teoría criminológica una explicación general del delito que logra emanciparse del factor pobreza (teoría de las asociaciones diferenciales)[4], pero indudablemente su aporte más permanente fue la propia constatación inicial, con la cual llamó la atención para siempre sobre la existencia de esta forma de delincuencia y sobre los factores sociales que explican, ya no sólo sus diferencias con la delincuencia común, sino que también, lo que es más relevante para este trabajo, el diferente trato que ambas formas reciben de parte del sistema penal.

A partir de estos elementos, enriquecidos gracias a estudios que desde entonces son parte normal de la investigación criminológica, se puede desarrollar una primera aproximación político-criminal al tema: existe una delincuencia consistente en la infracción de las regulaciones de la vida económica, tanto más relevantes en un contexto de mayor intervencionismo estatal, pero que en virtud de una serie de factores sociales no es apreciada como tal y, en consecuencia, no es reprimida efectivamente. El delito económico no genera la misma alarma pública, los responsables son vistos como ciudadanos respetables, la reacción penal parece injustificada y desproporcionada para los propios operadores del sistema penal, sin contar con que se trata de imputados que disponen en abundancia de medios de todo tipo para contar con defensas de primer nivel e, incluso, eludir de modo más o menos informal el hecho mismo de la persecución penal. Frente a este cuadro, no es difícil entender que aquéllos que llegaran a preocuparse del asunto concordaran en erigir como meta de política criminal en la materia un

[2] Al respecto, panorámicamente, RIGHI, ESTEBAN *Derecho penal económico comparado*, EDERSA, Madrid 1991, p. 7 y ss., 17 y ss. (para el caso estadounidense [libre competencia]), 33 y ss. (para el caso alemán) También para el caso alemán TIEDEMANN, KLAUS: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Bowohlt, Reinbek bei Hamburg 1976, AT., p. 42 y ss. (citado: *Wirtschaftsstrafrecht*), y ahora El mismo: *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*. Heymanns, Köln – Berlin – München 2004, p. 25 y ss., así como, en castellano, LOZIA, JÜRGEN / WASSMER, MARTIN. "Tratamiento de los delitos socio-económicos – Alemania" (trad. Hernández). *Revista Penal N° 9 (2002)*, 165 y ss.

[3] SUTHERLAND, EDWIN: *El delito de cuello blanco* (trad. Del Olmo), La Piqueta, Madrid 2000, p. 64 y ss., 87 y ss. y *passim*.

[4] SUTHERLAND, op. cit., p. 277 y ss.

aumento relevante de los niveles de efectividad de la persecución y represión penal de los delitos económicos[5].

La situación descrita permite fundar por sí sola una severa reacción frente a la delincuencia económica, aunque no sea más que por un elemental imperativo ético en orden a dotar de vigencia al principio de *igualdad ante la ley* frente a lo que representa una manifestación flagrante y escandalosa de una verdadera "justicia de clase"[6]. Ciertamente no es tarea del sistema penal la promoción de la justicia social, pero sí al menos cabe exigirle que no se constituya en fuente de desigualdad, que es precisamente lo que hace si persiste en ensañarse con conductas desviadas, características de las posibilidades de relación social de los sectores menos favorecidos y simplemente ignora aquéllas equivalentes en el contexto de relación de los sectores más acomodados[7].

Con todo, la demanda por reacción frente a la delincuencia económica no se funda -o al menos no se funda sólo- en aspiraciones igualitarias, sino que principalmente en la constatación de los enormes perjuicios sociales que este tipo de conducta desviada acarrea, lo que ha permitido sortear con éxito cualquier intento de minimización basado en la sospecha o abierta imputación de parcialidad ideológica. En efecto, la principal herramienta de legitimación para una severa reacción frente al delito económico son las estimaciones sobre las pérdidas económicas globales que -más allá de la importante "cifra negra"- acarrean conductas indebidas en el ámbito de la actividad empresarial. En general, se tiende a coincidir en que la magnitud económica de la delincuencia económica supera con creces la del conjunto de la delincuencia convencional contra la propiedad y el patrimonio[8].

A esto debe agregarse que los efectos perjudiciales de la delincuencia económica no se circunscriben a las pérdidas económicas sino que, adicionalmente, se expresan en un deterioro creciente de las prácticas de la vida económica y comercial, en la medida en que la actividad delictiva de determinadas empresas genera una importante presión en las empresas de la competencia para emular las mismas conductas, en lo que se da en llamar el *efecto de arrastre o contagio*[9]. Si no llega a ser ése el caso, de todos modos el delito genera una grave situación de desventaja para los competidores honrados que cumplen

[5] Sin perjuicio de lo que se dirá en seguida en el texto, probablemente el consenso se explicaba ya porque la instalación misma del tema "delincuencia económica" como objeto de estudio y de debate político-criminal había debido recorrer un difícil camino y sortear muchos obstáculos, lo que tal vez no hubiese sido posible sin la convicción previa de estar en presencia de un tema relevante que, sin embargo, exhibía un estado insatisfactorio.

[6] En esta línea, recientemente, SCHÜNEMANN, BERND: "Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como imperativo moral?" (trad. *Rosal*), en: El mismo: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid 2002, p. 49 (especialmente p. 53 y ss.).

[7] Convincentemente Schünemann, en: El mismo, *Temas actuales*, op. cit., p. 53 y ss.

[8] TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., AT, p. 20 y ss.; más recientemente, para Alemania, DANNECKER, GERHARD en: WABNITZ, Heinz Bernd / JANOVSKY, THOMAS: *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Beck, München 2000, p. 11 y ss., para el ámbito anglosajón, una breve referencia en NELKEN, DAVID: "White-collar crime", en: *Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2002, capítulo 23, p. 844 (846), y STRADER, J. KELLY: *Understanding white collar crime*, Lexis-Nexis, Newark et al. 2002, p. 3 y s., una intuición para el caso español en Terradillos Basoco, Juan: *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid 1995, p. 25.

[9] TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., AT, p. 25 y ss., también Wabnitz / Janovsky / Dannecker, op. cit., p. 13.

con la ley, situación injusta e intolerable que no puede ser amparada por el sistema de justicia criminal[10]. En definitiva, lo que está en juego es la vigencia de un mínimo ético en el desempeño de la actividad económica y comercial, entendiendo que dicha vigencia es presupuesto de desarrollo y progreso económico.

Con estas consideraciones y en este contexto se desarrolla una política criminal tendiente a obtener, no obstante las aludidas dificultades estructurales, grados mínimamente aceptables de efectividad en la represión de la delincuencia económica. En este contexto debe destacarse, desde la perspectiva de la tradición jurídico-penal continental, la ingente labor desarrollada por más de treinta años por Klaus Tiedemann, quien desde el que fuera su Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo ha ejercido una notable influencia en la renovación de la legislación penal económica de su país y de otros países dentro y fuera de Europa, así como en la incipiente configuración de un derecho penal económico de la Unión Europea[11].

Los principales cauces por los que discurre el desarrollo de esta política son, esquemáticamente, los siguientes:

a) Una importante *renovación de la legislación penal sustantiva*, en parte encaminada a la tipificación de conductas graves que, sin embargo, no estaban recogidas legislativamente; en parte también concentrada en una mejor tipificación de las mismas, en orden a superar las deficiencias y vacíos detectados en su aplicación práctica. Los ritmos en esta materia han sido diferentes en los distintos países. Así, por ejemplo, mientras en Alemania los pasos decisivos en esta dirección comienzan a darse en la década de los 70, en España, en cambio, se trata de un camino que comienza en los 80 y concluye, por ahora, en el Código de 1995.

b) La *renovación en materia procesal penal*, en términos de remover obstáculos injustificados a la efectiva persecución y juzgamiento de los delitos económicos, sea por vía legislativa, sea mediante la adopción de medidas de tipo organizativo o de gestión[12].

[10] La idea de "ventaja mediante infracción" (*Vorsprung durch Rechtsbruch*) ha sido desarrollada por la dogmática alemana sobre competencia desleal, como un caso específico de contravención de la prohibición genérica del § 1 UWG (Ley contra la competencia desleal); al respecto, por todos, Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang: *Wettbewerbsrecht*, 20. Aufl., Beck, München 1998, § 1 UWG Rdn. 608.

[11] Ha sido significativa la participación de Tiedemann, junto con otros destacados profesores europeos, tanto en el proyecto *Corpus Juris*, de normas sobre protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, encargado por el Parlamento Europeo (ver DELMAS-MARTY, MIREILLE [editora]: *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union* [trad. alemana Kleinke / Tully, contiene original en francés], Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 1998), como en el proyecto privado de Eurodelitos, sobre armonización del derecho penal económico de los Estados miembros de la Unión Europea (véase TIEDEMANN, KLAUS [editor]: *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Harmonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderen Teil. Freiburg - Symposium*, Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 2002; existe versión resumida en castellano: TIEDEMANN, KLAUS [director] / NIETO, ADÁN [coordinador]: *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003).

[12] Al respecto, con información de derecho comparado, HERNÁNDEZ, HÉCTOR: *Proceso penal y delincuencia económica*, *Colección de Investigaciones Jurídicas Nº 10*, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2005 (en preparación).

c) Por último, el aspecto más novedoso, en cuanto se ha producido en forma muy gradual, el *desarrollo de una dogmática* que progresivamente se va extendiendo y adaptando a las cuestiones que plantea la delincuencia no convencional, ámbito en el cual las categorías tradicionales, construidas fundamentalmente a partir de los problemas interpretativos planteados por los delitos violentos, empiezan a sufrir profundas matizaciones, cuando no abiertas alteraciones. Ejemplos significativos en esta línea son los desarrollos en el ámbito de la responsabilidad penal de los directivos o representantes de la empresa o en el de la responsabilidad penal por el producto.

Se podría decir que, al menos hasta fines de los años 80, existía un grado importante de consenso en torno a lo medular de esta política y de sus líneas de desarrollo, sin perjuicio de matices técnicos y diferencias de acento más o menos relevantes[13], consenso que, sin embargo, se perdería en los años 90.

2. La sociedad del riesgo, la expansión del derecho penal y la Escuela de Frankfurt

Este desarrollo del derecho penal económico en los países desarrollados ha coincidido en los últimos quince años con una tendencia mucho más amplia de *expansión del derecho penal*[14] y de lo que se ha dado en llamar *modernización* del mismo[15], esto es, aumento de la legislación punitiva y aumento de su potencial de aplicación en virtud de la interpretación más flexible de los presupuestos de la responsabilidad penal, esto sin contar con una práctica de persecución y juzgamiento penal que también ve relajados sus principios. Las causas del fenómeno serían múltiples. Silva Sánchez las ha listado de la siguiente manera: aparición de nuevos intereses merecedores de protección, aparición de nuevos riesgos (de procedencia humana), la institucionalización de la inseguridad (creciente complejidad e interdependencia, crisis del Estado de bienestar), aumento de la inseguridad subjetiva, la configuración de una sociedad de "sujetos pasivos", la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, las pretensiones penales bajo nuevas banderas de lucha y la transversalidad del discurso antidelincuencia[16], así como una actitud "gerencialista" (desprecio por las formas) frente al delito[17]. Todas ellas parecen vincularse con las dificultades de adaptación

13 Ejemplos de esas diferencias en la discusión española, pero todavía desde el consenso, se encuentran en MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en: AA.VV.: *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid 1995, 265 y ss.

14 Conforme a la expresión de SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid 2001 (primera edición de 1999).

15 El término *modernización* o la referencia al *derecho penal moderno* están tomados de HASSEMER, WINFRIED: "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP 1992*, 378 (hay traducción castellana con diversos títulos, de Francisco Muñoz Conde, en *Actualidad Penal 1993*, y de Elena Larrauri, en *ADPCP 1993*, así como, en versión adaptada, en HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, y posteriormente en HASSEMER, WINFRIED: *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999).

16 En rigor, Silva Sánchez se refiere en este punto a la aparición de "gestores atípicos de la moral" y a la "política criminal socialdemócrata en Europa".

17 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 25 y ss.

frente a las profundas transformaciones que están viviendo las sociedades postindustriales y que, desde una perspectiva más específica, se expresan en la caracterización de tales sociedades como una *sociedad del riesgo*[18], esto es, como un contexto social caracterizado por un *cambio en el potencial de los peligros* actuales en comparación con los de otras épocas, por la *complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad* y, a consecuencia de lo anterior, por una *creciente inseguridad subjetiva*[19].

Esta verdadera *crisis del derecho penal* no ha dejado indiferente a nadie en el mundo académico. Por una parte, se han desatado ácidas críticas contra el fenómeno expansivo, críticas que se extienden por cierto también al derecho penal económico, siendo probablemente las más importantes las provenientes de la llamada *Escuela de Frankfurt*, esto es, del grupo de profesores vinculado actualmente o en el pasado al Instituto de Estudios Criminales de la Universidad de Frankfurt, entre cuyos miembros más significativos sobresalen Hassemer, Lüderssen, Naucke y, más recientemente, Albrecht, Herzog y Prittwitz, entre otros. Aun a riesgo de simplificaciones excesivas, los postulados de la Escuela de Frankfurt pueden resumirse en la identificación entre los presupuestos de legitimidad del derecho penal y las características del derecho penal tal como éste fue concebido durante la Ilustración. Junto con un irrestricto apego a los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad, la Escuela de Frankfurt tiende a entender el principio de lesividad y el postulado de un derecho penal como *ultima ratio* del control social estatal en términos de exclusiva protección de los clásicos bienes jurídicos individuales (vida, salud e integridad, libertad ambulatoria, propiedad, y poco más), lo que, en otras palabras, importa mantenerlo dentro de los límites de lo que hoy llamaríamos derecho penal nuclear o derecho penal convencional, que no son más que los límites históricos del derecho penal que se impone durante el siglo XIX. Desde esta perspectiva, no puede sorprender que los actuales procesos de expansión y modernización del derecho penal sean vistos como una traición a los principios liberales del derecho penal ilustrado[20].

Por otra parte, en buena medida como reacción al discurso de Frankfurt, se ha producido una importante rearticulación y la renovación -mucho más consciente- de las voces proclives a la expansión y a la modernización del derecho penal, particularmente

18 La expresión, como se sabe, proviene del libro de BECK, ULRICH: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1986 (hay traducción castellana: *La sociedad del riesgo. hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona 1998).

19 Se sigue la caracterización de MENDOZA BUERGO, BLANCA: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid 2001, p. 25 y ss.

20 En justicia debe decirse que la crítica de Frankfurt no se limita a ese aspecto estructural o de principio, sino que a una serie de aspectos problemáticos y perjudiciales concretos de la política criminal expansiva. El discurso de Frankfurt puede reconstruirse a partir de los trabajos de HASSEMER, WINFRIED: "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ 1989*, 553; El mismo, *ZRP 1992*, 378; HERZOG, FELIX: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, y DEITER, HEIDELBERG 1991; PRITTWITZ, Cornelius: *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1993; Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (editor): *La insostenible situación del derecho penal* (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Comares, Granada 1999; ARROYO ZAPATERO, LUIS / NEUMANN, ULFRID / NIETO, ADÁN (coordinadores): *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca 2003, entre otros.

del derecho penal económico. Junto con destacarse la emergencia de nuevos intereses dignos de protección penal y, en general, la necesidad y legitimidad de un cierto curso expansionista[21], a los críticos se les imputa falta de realismo y se les atribuyen efectos -y hasta propósitos- discriminatorios, en cuanto tienden a privilegiar la delincuencia de los poderosos[22]. Desde el punto de vista específico del derecho penal económico, se llama la atención respecto de que su crítica comienza precisamente cuando empiezan a verse los primeros resultados prácticos de la política criminal precedentemente esbozada[23].

En este contexto han surgido también influyentes posiciones intermedias que, por una parte, asumen -sea por convicción, por resignación o por estrategia- la imposibilidad de mantener a ultranza la extensión y los principios del derecho penal clásico, en tanto que, por la otra, intentan hacer distinciones dentro del ámbito de lo punible que permitan preservar lo más posible tales principios, al menos para el sector del derecho penal convencional, caracterizado por el uso más o menos intensivo de la pena privativa de libertad. Así, Hassemer ha propuesto un llamado *derecho de intervención* (*Interventionsrecht*), a medio camino entre el derecho penal propiamente tal y el derecho sancionatorio administrativo, y en el cual podrían asilarse las manifestaciones de "derecho penal moderno" y admitirse las denunciadas flexibilizaciones que lo caracterizan, con lo cual se lograría mantener a salvo un núcleo duro, de derecho penal mínimo, en el cual los principios regirían en toda su extensión[24]. Por su parte, en términos equivalentes, Silva Sánchez ha preferido hablar de un *derecho penal de dos velocidades*: en la primera velocidad se concentraría el núcleo duro del derecho penal clásico, único en el cual cabría la imposición de penas privativas de libertad y para el cual las garantías regirían sin matices de ningún tipo, en tanto que la segunda velocidad estaría reservada para las nuevas manifestaciones punitivas, con garantías más flexibles, pero a las cuales, al mismo tiempo, en compensación, no serían aplicables las penas privativas de libertad[25].

21 O bien ponerse en duda la existencia misma de la expansión, al menos respecto del derecho penal económico, como hace Terradillos Basoco, Juan: "Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico", en Terradillos Basoco, Juan / Acale Sánchez, María (coordinadores) *Temas de derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de derecho penal económico*, Trotta, Madrid 2004, p. 219 y ss.

22 Así, polémicamente, Marinucci, Giorgio / Dolcini, Emilio: "Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad" (trad. Carnevali), *Revista de Derecho (UCN), N° 8 (2001)*, 231 (242 y ss.), con críticas a Hassemer, Baratta y Ferrajoli, se lee "Los más 'rigurosos' dicen 'no a la cárcel' y 'sí a las penas interdictivas'. Una propuesta de este género provocaría, probablemente, un vibrante aplauso en una asamblea de dirigentes industriales de todos los países, felices de evitar los riesgos de la cárcel y conscientes de que (sic) la empresa para cuyos intereses han cometido los delitos no les faltará -en el caso de que fuesen condenados a penas interdictivas- para pagar lo obrado con lucrativos contratos de asesoría. No parece que la pena privativa que amenaza a los 'cuello blanco' esté privada de eficacia disuasiva, todo lo contrario. La experiencia italiana de estos años, caracterizada por un número importante de procedimientos penales en contra de altos dirigentes de las más grandes empresas, habla en el sentido totalmente opuesto" (244).

23 Así Schünemann, Bernd: "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA 1995*, 201; también Marinucci / Dolcini, *Revista de Derecho (UCN) N° 8 (2001)*, 231 (244): "Y no es quizás casual que se haya iniciado una campaña de opinión que de por sí merece consideración- en contra de la pena privativa de libertad, en el momento en que se ha perfilado el riesgo de que las puertas de la cárcel podrían abrirse no sólo para las clases más débiles, sino que, inesperadamente, también para los exponentes del mundo de la economía y de las finanzas".

24 Hassemer, *ZRP 1992*, 378.

25 Silva Sánchez, *La expansión*, op. cit., p. 159 y ss.

Como era fácil de suponer, estas propuestas de relativo compromiso no han conseguido aplacar el debate. Ellas mismas han sido objeto de importante crítica[26], de suerte que forman parte del escenario de un debate que no termina y frente al cual parece ineludible tomar una posición antes de avanzar en un diagnóstico propositivo para el derecho chileno. A continuación se ensayan, preliminarmente, las líneas de una toma de posición.

3. Toma de posición

3.1. Expansiones legítimas y expansiones ilegítimas

Un punto de partida razonable para una toma de posición en esta materia parece ser el reconocimiento, históricamente fundado, de que no toda expansión del derecho penal *es per se* un desarrollo objetable[27]. Desde luego no es objetable dicha expansión si simplemente expresa la medida en la que el ordenamiento punitivo se adapta a las nuevas condiciones sociales para *asegurar la vigencia de decisiones valorativas fundamentales previas*. Esto debería ser evidente en un primer grupo de casos, probablemente el más sencillo de todos, caracterizado por el propósito de captar en las tipificaciones vigentes objetos, instrumentos o formas de ejecución del todo equivalentes a las tradicionales, pero que hasta ahora eran inexistentes[28]. Por mencionar un solo ejemplo, no se aprecia cómo podría objetarse la necesidad de tipificar como delito las intromisiones indebidas en la esfera de intimidad a través de medios tecnológicos antes desconocidos y que, consecuentemente, no pudieron ser tenidos en cuenta por el legislador histórico.

La cuestión es, sin embargo, más discutible cuando, más allá de estas adecuaciones, que bien podrían calificarse de meros retoques técnicos, se trata de la protección penal de *nuevos intereses*, hasta ahora inexistentes o no considerados en la misma medida, o, desde otra perspectiva, de hacer frente con el derecho penal a nuevas amenazas para intereses relevantes que antes no requerían tal protección. Se puede poner en duda que en este caso la expansión punitiva se funde realmente en decisiones valorativas previas. En principio puede admitirse que se trata de decisiones valorativas inéditas, que a lo más pueden calificarse de congruentes o equivalentes a las tradicionales, conforme a un criterio de legitimación externo. Sobre esto se discutirá en seguida. Cabe preguntarse, sin embargo, si esta aparente novedad de fondo es realmente tal, lo que implica revisar los términos en que se define el contenido de las decisiones valorativas previas del ordenamiento punitivo.

26 Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 236 y ss.; Mendoza Buergo, op. cit., p. 183 y ss.; Gómez Núñez, Elena, "Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades", en Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 439 y ss.; Marinucci / Dolcini, *Revista de Derecho (UCN) N° 8 (2001)*, 231

27 Silva Sánchez, *La expansión*, op. cit., p. 26; Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 225

28 Si bien se mira, esta necesidad no debería surgir si se emplea una técnica legislativa genérica, no vinculada a objetos o medios determinados, lo que, sin embargo, podría resentir principios tan importantes como el de tipicidad. En algunos casos, el empleo de una técnica de esas características no ofrece dificultades, como ocurre, por ejemplo, con el homicidio, delito respecto del cual es altamente improbable que el cambio tecnológico imponga la necesidad de modificar la tipificación; en cambio, no parece que pudiera regir lo mismo en el ámbito de la protección de la intimidad, por mucho que se intente la mayor "neutralidad tecnológica" posible

Una manera -ciertamente razonable- de definir tal contenido es a partir de las tipificaciones mismas del derecho vigente, identificando los propósitos del legislador con los alcances concretos de los tipos penales, con lo cual, salvo en el ámbito ya mencionado de la simple adecuación técnica, todo tipo penal nuevo, aunque vinculado con el mismo ámbito de relación social, importa un cambio valorativo. Sin embargo, el asunto puede verse de otra manera si el análisis se sitúa en un nivel algo más abstracto, desde el cual las tipificaciones particulares se ven más bien como expresiones concretas e históricamente condicionadas de una valoración más general, que es la realmente decisiva.

Es probable que el mejor ejemplo de lo que se intenta decir sea precisamente el del derecho penal referido a la actividad económica. La cuestión es si las valoraciones del ordenamiento penal en esta materia se limitan a expresar lo intolerable que resultan determinados atentados contra determinadas configuraciones históricas de los intereses económicos como son la propiedad o el patrimonio, o si, por el contrario, tales tipificaciones, precisamente por su historicidad, no son más que expresiones concretas, *entre otras posibles*, de la verdadera valoración determinante, que podría formularse, por ejemplo, como la censura de cualquier atentado contra los intereses económicos -individuales o colectivos- indispensables para el desarrollo de las personas, cualquiera que sea su configuración histórica. Un buen ejemplo de esto y con larga tradición -y, por tanto, poco sospechoso a la luz del debate actual- es el de la protección penal del *derecho de autor o propiedad intelectual*, cuya vertiente económica, en rigor, no es reconducible ni a la propiedad ni al patrimonio.

La objeción espontánea será que no cualquier afección de un interés económico justifica la imposición de una pena, lo que es ciertamente correcto pero no pertinente, porque no se trata de poner en duda el principio de *ultima ratio*, sino de abogar porque el examen respectivo se haga sin privilegios ni discriminación, esto es, con la misma vara tanto para los delitos tradicionales como para los de última generación. En este punto se puede ver una línea directa con la crítica criminológica que denuncia la práctica discriminatoria no ya sólo del aparato de justicia criminal, sino de la propia legislación, la que en la selección de las conductas punibles tiende a excluir las conductas propias -exclusivas- de los sectores más acomodados, lo que exige una justificación muy fuerte. En concreto, para decirlo con un ejemplo inequívoco: la pregunta a la hora de tipificar delitos económicos debe ser si se justifica que una determinada vulneración de las regulaciones económicas sea punible *tal como lo es el hurto*.

El primer criterio en este examen debería ser el del *merecimiento de pena*, orientado fundamentalmente por la *gravedad* de la conducta en cuestión. En seguida debería verificarse que no existan otros mecanismos idóneos y menos gravosos que la reacción penal para el control social de la misma. En este punto, sin embargo, merece recalcarse la exigencia de utilizar el mismo criterio valorativo a la hora de responder -con fundamento legítimo- por qué esos mecanismos extrapenales han de aceptarse como suficientes *si no se aceptan como tales respecto del hurto*.

Es sabido que para contestar esta pregunta de modo aparentemente no discriminatorio existe un arsenal de argumentos técnicos que en este contexto, sin embargo, requieren un mínimo examen crítico. Lo que a primera vista distingue al hurto, por ejemplo, del uso de información privilegiada en el mercado de valores, es que en el primero se aprecia directa y concretamente una afección de la propiedad de una persona determinada, en tanto que en la segunda conducta no se ve ningún efecto, menos aún un efecto negativo o perjudicial. El uso de información privilegiada es, entonces, un *delito de peligro abstracto*, que es casi lo mismo que decir un delito de mera desobediencia y, como tal, susceptible de las más fieras críticas. Sin embargo, existen pocas dudas en cuanto a que resulta intolerable para el adecuado funcionamiento del mercado de valores el que operadores en posición de privilegio puedan aprovecharse del mismo en desmedro del resto de los inversionistas, tan intolerable que, para muchos, se justifica la imposición de sanciones penales, como por lo demás lo demuestra su amplia criminalización en el derecho comparado[29]. Y ciertamente no ha parecido menos intolerable por el hecho de que ningún inversionista determinado haya perdido dinero -al menos no en forma demostrable- como consecuencia de la conducta.

Desde luego puede discutirse intensamente si el uso de información privilegiada ostenta una gravedad equivalente a la del hurto, pero lo que no parece demasiado razonable es que en esa discusión deba desempeñar un papel decisivo la circunstancia de haberse comprobado un efecto concreto y directo de la conducta, efecto concreto que, con todo, puede ser mucho menor que el que se le atribuye, si bien de modo no verificable en el caso concreto, a otras conductas. Si bien se mira, ese proceder no implica más que erigir en criterio de legitimación del derecho penal, lo que no es más que la expresión de una tipología de atentado históricamente condicionada, pues, en efecto, el resultado material es precisamente un elemento central de la tipología de atentado propia de una determinada época histórica, en la cual, por las comparativamente limitadas posibilidades de relación existentes, el atentado contra el orden social se canaliza fundamentalmente a través del atentado físico contra personas y cosas. En otro contexto social, sin embargo, con otro potencial de relación y daño, en el cual esas formas de atentado ciertamente se mantienen pero tienden a perder su sitial, no parece sensato mantener que sólo las conductas que respondan a esa tipología merecen ser objeto del derecho penal[30].

Si el derecho penal es más que un monumento histórico -y todo indica que nos acompañará por mucho tiempo-, necesariamente el criterio que define la legitimidad de su intervención debe ser independiente de la peculiar tipología de atentado que define cada momento del desarrollo social. Debe tratarse de un criterio capaz de superar la contingencia histórica, que sea igualmente válido para analizar la legitimidad de la represión penal tanto del hurto como de la más sofisticada vulneración de las regulaciones

[29] Para el derecho europeo, por todos, FOFFANI, LUIGI: "Delitos bancarios y bursátiles", en TIEDEMANN / NIETO, op. cit., p. 109 (113 y ss.); para el derecho estadounidense Strader, op. cit., p. 93 y ss.

[30] Ni aun es sostenible históricamente, pues desde siempre han existido disposiciones penales que protegen instituciones sociales con independencia de la producción de perjuicios a las personas o reprimen actividades sociales que sólo potencialv. en todo caso, mediatamente, conducen a resultados materiales. Tal suele ser el caso, por ejemplo, de muchas falsedades documentales o de los delitos contra la salud pública.

económicas. En mi opinión, ese criterio debe estar dado por la *gravedad* de la conducta, medida, naturalmente, no -o no sólo- en términos de perjuicio económico para personas determinadas, sino que en términos de alteración del buen funcionamiento de un sistema económico enderezado por las regulaciones económicas hacia el bienestar común.

Si esto es así, es decir, si efectivamente hay conductas que, por su gravedad para el funcionamiento del sistema económico, merecen ser sancionadas penalmente aunque en ellas no sea posible las más de las veces verificar la producción de un resultado material con significado utilizable, evidentemente no queda sino prescindir de la exigencia de resultado material en la tipificación penal, por una sencilla imposibilidad estructural. Si con esto se trata de un *adelantamiento de la barrera de protección* de bienes jurídicos individuales (delitos de peligro abstracto) u del reconocimiento de *bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o institucionales* o, en fin, de cualquier otra figura conceptual[11], es una cuestión que aquí puede quedar pendiente y que, en todo caso, parece de menor importancia una vez que se acepta que no es más que la consecuencia ineludible de la necesaria adaptación del sistema penal a un nuevo entorno social.

Esto no puede significar, sin embargo, el abandono de la labor crítica en el análisis de la legislación penal económica. Como debe ocurrir con cualquier tipo penal, la legitimidad de los tipos penales económicos debe ser analizada con rigor y sana desconfianza. Aquí simplemente se ha recalcado que este análisis debe hacerse sin cambiar de vara en cada ocasión, sin atribuirle a accidentes históricos más valor que el que merecen y sin legitimar conceptualmente, de paso, lo que no es más que una administración socialmente discriminatoria del castigo. Las tipificaciones deben ser rigurosamente necesarias y su técnica debe satisfacer las exigencias de los principios de legalidad (ripicidad), culpabilidad y proporcionalidad. En este contexto, deberían preferirse redacciones que no representen un adelantamiento *injustificado* del momento consumativo, y en ese sentido, tratándose de conductas que tienden a un resultado material, preferir en principio una tipificación que se construya a partir del mismo, pero aceptando que esto no debe -y no puede- ser necesariamente así.

Con esta precaución, se puede tomar partido en la controversia político-criminal. Naturalmente no es tarea del derecho penal gestionar riesgos ni pretender voluntaristamente restablecer cuotas de seguridad objetiva o subjetiva irremediablemente perdidas por el cambio social. Desde esta perspectiva, una expansión del poder punitivo impulsada exclusivamente por propósitos de ese tipo es indudablemente ilegítima y merece la crítica más acerba. Por el contrario, nada puede objetarse cuando se trata de adaptar el derecho punitivo al nuevo contexto social con criterios de gravedad e igualdad, y con escrupuloso respeto, en el nuevo contexto, de los principios básicos de la disciplina. Específicamente en lo que dice relación con la denunciada *flexibilización o manipulación de las categorías dogmáticas*, sin perjuicio de lo que más abajo se dice respecto de la

[11] Al respecto, entre muchos otros, Corcoy Bidasolo, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, con referencias.

normativización de la dogmática de los delitos económicos, se puede ser categórico en cuanto a que la construcción de un derecho penal económico no puede dar pie a maniobras que atenten contra el marco conceptual que da legitimidad al trabajo dogmático, y que está dado fundamentalmente por los principios de garantía del derecho penal, racionalmente entendidos en la permanente tensión de fines que lo caracteriza.

Ante la posible objeción en cuanto a que en este esquema se ha despachado de un plumazo un principio tan relevante como es el de *lesividad*, simplemente cabe poner en duda que el principio agote sus alcances en una determinada forma de tipificación, como es la de los llamados delitos de daño o lesión. Más bien parece plausible sostener que la dañosidad social de las conductas puede referirse a la perturbación -incalculable- de instituciones y sistemas, como por lo demás ha sido tradicional en el derecho penal desde sus orígenes, como atestiguan, por ejemplo, los viejos delitos funcionarios o aquéllos contra la administración de justicia, entre muchos otros.

En este contexto no parece superfluo mencionar que una mirada cuidadosa, que se adentre por debajo de las caracterizaciones generales del asunto, permite ver que el material que principalmente sirve para ilustrar los problemas de legitimación del derecho penal moderno no está dado tanto por la legislación penal económica -ámbito en el cual es bastante plausible la imagen de un simple *aggiornamento* del marco punitivo que refuerza las reglas del juego en materia económica-[12] sino que mucho más por las tipificaciones que pretenden hacerse cargo de nuevos riesgos tecnológicos, ámbito en el cual los *delitos ambientales* son el ícono indiscutido, sin contar con otras expresiones que presentan problemas mucho más agudos de legitimación, en cuanto pretenden resolver problemas sociales complejos directa e indiferenciadamente con el derecho penal, como es el caso de las demandas de criminalización surgidas al amparo de viejas o nuevas banderas de lucha social, como son la protección de los animales, la emancipación de las mujeres, la protección de los niños, la promoción de los derechos humanos, etc.[13], sin contar con el notorio endurecimiento de la respuesta represiva frente a la delincuencia común en los últimos años, cuestión que se aborda con más detalle más abajo.

Vista así la situación del derecho penal económico, problemática pero no inmanejable, no parece necesario acoger las propuestas intermedias de un derecho de intervención o un derecho penal de dos velocidades. Además, no parece conveniente hacerlo, por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque al renunciar al carácter de derecho penal o, al menos, al carácter de derecho penal "propiamente tal" o "en serio", renuncian a límites de garantía que, aunque sometidos a mucha presión en la actualidad, mantienen un importante nivel de rendimiento, mientras que nadie puede asegurar que las flexibilizaciones admitidas desde ya en el seno de estas nuevas manifestaciones del control social estatal no darán lugar a muchas otras, sin mayores límites. Nada asegura, por lo demás, que no obstante este aislamiento del derecho penal nuclear no se llegue a la

[12] Así lo pone de relieve Terradillos Basoco, en Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 225 y ss.
[13] Al respecto Silva Sánchez, *La expansión*, op. cit., p. 67 y ss.

modernización también en ese ámbito, incluso más rápido y con mayor intensidad por el camino abonado por este derecho penal de segunda clase[34]. Desde otro punto de vista, no hay que ser demasiado agudo para interpretar la renuncia anticipada a la principal expresión del poder punitivo estatal, esto es, la pena privativa de libertad -que, en cambio, campea con excelente salud en el contexto de la delincuencia convencional-, como perpetuación de la odiosa doble vía criminológica de "tipos de autor": los destinados a la cárcel y los destinados a estar fuera de ella[35]. Naturalmente no puede atribuirse a ninguna de estas aproximaciones un propósito discriminatorio, pero no puede dejar de advertirse que, en sus efectos, tienden a ir en esa dirección. Sobre este punto se volverá en el apartado siguiente.

3.2. Los riesgos para el derecho penal convencional

Ya se mencionó que el fenómeno de expansión y modernización del derecho penal ha coincidido con un significativo endurecimiento del tratamiento de la delincuencia común, aspecto cuya valoración desde la óptica de este trabajo no resulta fácil. Por un lado un contexto más represivo para los sectores sociales menos favorecidos debería vigorizar la demanda igualitaria por una equivalente represión de los sectores acomodados, pues ciertamente resulta escandaloso que convivan procesos de verdadera fiebre represiva contra la delincuencia callejera, con amplios programas de descriminalización en el sector financiero[36]. Sin embargo, también se puede intuir un aporte involuntario al empeoramiento de la situación de la delincuencia común por la vía de una legitimación de los excesos represivos. Es imposible no recordar la advertencia dirigida desde el abolicionismo por Hulsman en cuanto a que, en último término, la pretensión de castigar al delincuente de cuello blanco no es más que una forma de "cebar la máquina" represiva que se cierne sobre los pobres diablos[37]. Por sectorial que sea el origen de la expansión, ésta debería terminar incidiendo en el conjunto del derecho penal, el que, por lo demás, seguirá sin dudas afectando mayoritariamente a la delincuencia común[38]. Ahora bien, si esto se discute en Europa, puede imaginarse lo que puede representar en contextos de extrema mayor segregación social como el nuestro. Como ha planteado Miguel Soto, mientras en el mundo desarrollado el ideario de la expansión puede insertarse en un discurso racional y equilibrado, en los países "emergentes" probablemente devenga irracional y sólo acentúe la desigualdad de la persecución penal[39].

[34] Así también, Mendoza Buergo, op. cit., p. 183 y ss.; Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 236 y ss.

[35] La expresión es de Donini. Massimo "¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico" (trad. Méndez Rodríguez), en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 197 (213 y s.).

[36] Es el fenómeno que, para Italia, denuncia Bernardi, Alessandro. "La evolución de la política criminal italiana entre opciones represivas y soluciones minimalistas". *Cahiers de défense sociale 2003*, 71 (74 y ss.)

[37] Hulsman, Louk / Bernat de Celis, Jacqueline: *Sistema penal y seguridad ciudadana. hacia una alternativa* (trad. Politoff). Ariel. Barcelona 1984. p. 111.

[38] En ese sentido Silva Sánchez, *La expansión*, op. cit., p. 57 y s., con nota 122. Desde una perspectiva más general, véase ahora Díez Ripollés, José Luis "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado". RECPC 07-01 (2005)

[39] Citado por Lascano, Carlos Julio: "La intolerable 'modernización' del derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes'". *Cahiers de défense sociale 2003*, 157 (165)

Los temores, como se ve, apuntan a dos riesgos complementarios, como son el de mayor represión y menores garantías para la delincuencia común a consecuencia de una supuesta mayor severidad y rebaja de garantías para con la delincuencia económica, la que, sin embargo -y éste es el segundo riesgo-, no pasa de ser un mero símbolo legitimante de cualquier exceso.

El primer temor es, en principio, fundado. Sin embargo, no es evidente que exista entre nosotros una ligazón entre el discurso peligrosista respecto de la delincuencia común, especialmente en el ámbito de los delitos contra la propiedad, y una eventual política de efectiva persecución de los delitos económicos. Desde luego, la ausencia de una tal política no ha representado nunca una contribución a la moderación del sistema penal tradicional, de suerte que no hay nada que, al menos directamente, pueda perderse por esa vía, en tanto que las razones para la exacerbación de la represión de los robos y hurtos parecen provenir de otras consideraciones y no de una comparación entre ambos sectores. Por lo demás, como se ha dicho, aquí sólo se trata de justificar la relevancia jurídico-penal de la conducta desviada en materia económica y de abogar por su efectiva persecución, pero en ningún caso de abandonar los principios básicos del derecho penal.

En cuanto al riesgo de un derecho penal económico exclusivamente "simbólico", en la connotación más negativa del término[40], esto es, como una legislación penal destinada de antemano a no recibir aplicación y a servir de mero testimonio de la "preocupación" del legislador, quien, una vez promulgada la ley, ya no necesita hacerse cargo realmente del problema social que motivó el acto legislativo, también es real. Ciertamente la observación de los magros resultados prácticos de la introducción de muchos tipos penales económicos siembra la duda sobre si responden a las reconocidas dificultades que enfrenta la persecución penal en este ámbito o si, más bien, son la consecuencia de un ejercicio de *gatopardismo* legislativo, posibilidad esta última que viene sugerida muchas veces por las propias redacciones legales. Para este problema no existen, empero, soluciones ideales. El riesgo sólo se puede eludir renunciando absolutamente al control jurídico-penal de ciertas infracciones graves en la vida económica, lo que, sin embargo, no parece admisible. Sólo queda tenerlo presente y procurar fórmulas legislativas técnicamente adecuadas y medios que hagan practicable un razonable grado de eficacia en la persecución penal de estas infracciones. La denuncia de la mala legislación y la preocupación concreta por los problemas de la administración de justicia en este ámbito y por las posibles vías de superación son tareas indispensables en ese sentido. No es mucho más lo que se puede hacer.

3.3. Excurso: Globalización y derecho penal económico

En la discusión sobre la expansión y la modernización del derecho penal, se suelen poner en relación estos procesos con el fenómeno de la *globalización*. Si bien los contornos de este concepto de moda -que se quiere ver en el trasfondo de cuanto cambio social sea

[40] Sobre las diversas acepciones de la llamada función simbólica del derecho penal, por todos, Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 219 (234 y s.)

inimaginable- distan de ser precisos, puede asumirse convencionalmente como elemento característico del mismo la existencia de un inédito y muy intenso intercambio de bienes, servicios e información a escala mundial, favorecido por la revolución tecnológica de las telecomunicaciones y la apertura de los mercados, con una dinámica propia que trasciende las estructuras estatales nacionales y, consecuentemente, sus posibilidades de dirección y control[41].

La pregunta en este contexto es si, en efecto, es posible atribuirle a la globalización efectos expansivos en el derecho penal, cuestión que, más allá de ciertos lugares comunes, no muestra una imagen unívoca. Pues una de las características de la globalización como fenómeno es precisamente la elusión de las regulaciones del legislador estatal-nacional, entre ellas las penales, para dar paso al dominio de "soberanos privados supraestatales difusos" (cuyo paradigma es la empresa transnacional)[42], dotados de un poder de hecho que no emana del acuerdo entre Estados[43], tanto en cuestiones de fondo como en materia de procedimientos de resolución de conflictos. Más aun en un contexto de desigual distribución internacional del poder de negociación económico, la globalización tiende más bien a la *inhibición* de reacciones penales en las economías de menor desarrollo relativo y no a la expansión del derecho penal[44]. Así visto, las regulaciones económicas a escala internacional con dimensiones penales representan más bien una reacción contra la globalización, un intento por someterla a reglas, más que un efecto perseguido por la misma[45]. Sólo en ese sentido se puede hablar de un efecto expansivo de la globalización.

Este efecto reactivo tiene diversas manifestaciones que responden a la globalización como contexto. Por una parte, se intenta hacer frente a las formas *extraterritoriales* de delincuencia a que ha dado lugar la globalización, impulsando a los legisladores nacionales a ampliar las pretensiones de extraterritorialidad de sus respectivos sistemas penales, si bien, muchas veces, no se trata más que de reglas interpretativas para determinar el lugar de comisión del delito[46]. Por otra parte, se intenta hacer frente a la enorme *movilidad* de la delincuencia en la globalización, impidiendo la aparición de paraísos de impunidad, a través del desarrollo de una legislación internacional con alcances penales en diferentes materias, con el objeto tanto de asegurar el castigo, como -no menos importante- de evitar factores distorsionadores en la competencia entre distintas economías. Tal es el caso, desde luego, de los delitos internacionales tradicionales (piratería, tráfico de drogas

41 Elementos para la definición en Donini. en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op cit., p 198; Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op cit., p. 222 y ss.; Silva Sánchez, *La expansión*, op. cit., p. 85 y ss.

42 Sobre las dificultades de abordar la actividad criminal de empresas transnacionales por los medios tradicionales del derecho penal, ya a fines de los 70, Tiedemann, Klaus: *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 1980

43 Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op cit., p. 222 y ss.

44 Como certeramente ha apuntado Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op cit., p. 224.

45 Decididamente en ese sentido, refiriéndose a la armonización del derecho europeo como una respuesta "democrática" frente a la globalización. Donini, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op cit., p 199.

46 Es lo que ocurre, por ejemplo, con la difusión de material prohibido mediante internet y respuestas a la misma, como las del art. 374 ter CP, introducido mediante Ley Nº 19.927, de 14 de enero de 2004.

y de armas, trata de personas, etc.) y del moderno derecho penal internacional de los Derechos Humanos, pero también, crecientemente, del derecho penal económico[47]. Ejemplo paradigmático de esto último a nivel multilateral es la tipificación prácticamente universal del lavado de dinero[48].

Cuál ha de ser la valoración de esta forma de expansión, dependerá del punto de partida que se asuma. Desde una perspectiva general, los detractores de la globalización deberían en principio aplaudir estos mecanismos de contención de la misma. Si esto, sin embargo, no ocurre u no ocurre siempre, se debe presumiblemente a que la única respuesta en verdad satisfactoria para ese grupo sería la supresión de las condiciones que han hecho posible la globalización, esto es, la ampliación y apertura de la economía de mercado. Desde una perspectiva estrictamente penal, la situación es similar, en términos de que la valoración de la legislación internacional dependerá de la valoración previa sobre el propio modelo económico y, consecuentemente, del tipo de regulaciones penales que parecen indispensables para el aseguramiento de la convivencia y el desarrollo de las personas en ese modelo económico. Si existe adhesión al modelo de economía de mercado y, consecuentemente, al menos a un núcleo de regulaciones penales a su respecto, la internacionalización de esa adhesión debería ser *en principio* inobjetable. Más aun, debería ser valorada como un intento de obtener reglas del juego parejas.

Las objeciones posibles, entonces, deben versar sobre los alcances específicos de las regulaciones internacionales, lo que, sin embargo, conecta directamente con las condiciones bajo las cuales éstas se acuerdan. Nadie puede abrigar dudas respecto de cuál de las partes ostenta el mayor poder de negociación en la celebración de estos acuerdos, especialmente cuando se trata de acuerdos bilaterales, lo que implica que unos países pueden imponer a otros la adopción de determinadas decisiones legislativas en materia penal, especialmente -o incluso en exclusiva- las que son de su propio interés. Así, por ejemplo, es conocida la influencia que tuvieron las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos en las modificaciones sufridas -también en materia penal- por la Ley Nº 17.336 de Propiedad Intelectual[49]. Los riesgos de la situación son evidentes, y tienen que ver fundamentalmente con la introducción en bloque de decisiones o técnicas legislativas que quiebran los principios o el sistema del derecho penal nacional.

Sin embargo, no parece haber muchas alternativas viables ante este estado de cosas, en la medida en que la globalización parece haber llegado para quedarse, que ciertamente

47 Terradillos Basoco, en Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 224 y s., agrega, con tono crítico y como único efecto expansivo atribuible directamente a la globalización, el fomento de la represión de "desviaciones" de los sectores más deprivados en cuanto ponen en riesgo el normal funcionamiento del modelo económico

48 Debe recordarse el origen internacional que para la mayoría de los países tiene el tipo penal de lavado de dinero, específicamente en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 (promulgada en Chile mediante Decreto Supremo [Relaciones Exteriores] Nº 543, de 31 de mayo de 1990, publicado el 20 de agosto de 1990)

49 Mediante Ley Nº 19.914, de 19 de noviembre de 2003, la referencia no implica una opinión crítica acerca de las modificaciones de la ley, sino simplemente la constatación de un fenómeno en sí discutible

resulta preferible una globalización con reglas que una sin ellas y que el menor poder negociador de las economías pequeñas es un hecho probado de la causa. Con todo, el habitual grado de generalidad de los instrumentos internacionales, al menos en lo que a cuestiones penales concierne, debería permitir un campo de maniobra en defensa de lo que se considere valioso del propio ordenamiento punitivo. Para poder utilizarlo fructíferamente, sin embargo, se hace indispensable contar con una dogmática desarrollada sobre el propio derecho penal económico, en los términos esbozados *infra* III 2.

3.4. Desarrollo dogmático del derecho penal económico

Ahora bien, en lo que dice relación con el *desarrollo dogmático* de los delitos económicos, siempre en el contexto de la controversia entre partidarios y detractores de la expansión del derecho penal, se produce un fenómeno curioso. Una de las características más acusadas de la modernización del derecho penal sería, como se ha dicho, la flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales y con ello, se dice, de las garantías que llevan envueltas, todo lo cual se explicaría por un intento de hacerlas calzar con los nuevos propósitos represivos. Lo curioso es que este fenómeno ha tenido como principal escenario mucho más el ámbito de aplicación del derecho penal nuclear que el de los delitos no convencionales, particularmente los económicos. En efecto, probablemente la expresión más nítida del progresivo abandono de categorías de larga tradición dogmática con el inequívoco objeto de darle cance jurídico-penal a situaciones completamente inéditas, sea la aceptación de la llamada "causalidad estadística" como fundamento suficiente de la imputación de resultados lesivos contra la vida o la salud -esto es, contra los bienes jurídicos individuales por antonomasia- en el contexto de la llamada *responsabilidad penal por el producto*[50]. Como se ve, no se trata de la protección de nuevos intereses sino que del resguardo de bienes jurídicos personalísimos, respecto de los cuales, sin embargo, se debe abordar la aparición de fuentes de peligro hasta ahora desconocidas. Con todo, no puede dejar de advertirse que el desarrollo concreto en este punto se inserta coherentemente en un proceso mucho más amplio de *normativización* de la teoría del delito, específicamente de los clásicos delitos de resultado, que se hizo patente a partir de la refundación por Roxin de la teoría de la *imputación objetiva* (del resultado)[51] y que se ha ido extendiendo prácticamente a todas las categorías dogmáticas.

Por lo mismo, no es del todo claro cuál haya sido la influencia del debate político-criminal en torno a la expansión del derecho penal en este proceso, salvo, tal vez, en el ya

[50] La literatura al respecto se ha hecho inabarcable. Con todo, un muy buen panorama de la evolución jurisprudencial en Alemania y en el ámbito anglosajón puede verse en EICHINGER, HARALD: *Das strafrechtliche Produktbeobachtung im deutschen im Vergleich zum anglo-amerikanischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt et al., 1997. En español, entre muchos otros, HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Responsabilidad*, op. cit.; MIR PUIG, SANTIAGO / LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL (coordinadores) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M Bosch, Barcelona 1996; ÍÑIGO CORROZA, ELENA *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, J.M Bosch, Barcelona, 2001.

[51] Al respecto, punto de partida es ROXIN, CLAUS: "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en: *Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Gottingen 1970, p. 133 y ss.

mencionado ámbito de la responsabilidad por el producto o, especialmente, en el de la autoría y la participación, donde la organización de la empresa como contexto de actuación marcado por jerarquías y competencias múltiples, división del trabajo, compartimentalización de la información, decisiones colegiadas, etc., ha servido indudablemente de acicate para la discusión tanto teórica como práctica sobre los límites de la responsabilidad penal[52].

Lo que sí debería ser claro, en cambio, es que el tratamiento dogmático de la delincuencia no convencional no puede sino *confirmar* y potenciar dicho proceso de normativización de los conceptos dogmáticos, por la sencilla razón de que a su respecto simplemente no es posible desarrollar una dogmática "naturalista" por falta de base. Entonces, lo que en el ámbito de los delitos convencionales puede parecer una simple opción metodológica, en el ámbito del derecho penal moderno viene a ser una imposición del objeto. Como ha sostenido recientemente Silva Sánchez, "son varias las razones por las que parece posible afirmar que precisamente este ámbito [el de los fraudes patrimoniales y, en general, el de los delitos económicos] puede constituir uno de los más aptos para la normativización que propone la doctrina de la imputación objetiva. En primer lugar, el alejamiento de los 'delitos de sangre' permite obviar con mayor facilidad algunos de los obstáculos emocionales que el dogma causalista (y el complementario dogma subjetivista) oponen, en el homicidio o las lesiones, a una mayor normativización. En segundo lugar, el conflicto entre esferas patrimoniales ('libertades' económicas) característico de estos delitos constituye, por su menor anclaje naturalístico, un espacio idóneo para la reflexión normativista sobre cuáles han de ser las fronteras entre las libertades jurídico-penalmente irrelevantes de los sujetos activos y las libertades jurídico-penalmente garantizadas de los sujetos pasivos. En donde los papeles de sujeto activo y sujeto pasivo se ven, por lo demás, constantemente intercambiados en las diversas interacciones económicas. En tercer lugar, buena parte de los delitos patrimoniales fraudulentos tienen lugar en contextos ya de por sí fuertemente normativizados por la existencia de regulaciones jurídicas extrapenales que definen con cierta precisión las respectivas esferas de competencia"[53]. Lo que realmente llama la atención de todo esto es que recién en los últimos años, con bastante retraso, esté avanzando la normativización de la dogmática de los delitos económicos, comenzando con los delitos patrimoniales clásicos[54].

[52] A lo que deben agregarse, naturalmente, los nuevos bríos del debate sobre la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas

[53] SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: "Introducción", en: El mismo (director): *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona 2003, p. 12.

[54] En el caso de la estafa, destacan las aportaciones de KINDHÄUSER, URS: "Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug", *NStZ 103 (1991)*, p. 399 y ss.; El mismo: "Betrug als vermögensunmittelbare Täterschaft", en: *Festschrift für Günther Bemmann zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 1997, p. 339 y ss., PAWLIK, MICHAEL: *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 1999. En España, las de PÉREZ MANZANO, Mercedes "Acerca de la imputación objetiva en la estafa", en: AA.VV.: *Hacia un derecho penal económico europeo*, op. cit., p. 285 y ss. y recientemente PASTOR, NURIA: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona 2004. En Chile, PIÑA, JUAN IGNACIO: *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Universidad de los Andes, Santiago 2004, p. 41 y s.

Concluido este apretado panorama del debate comparado y de los términos de la discusión se puede ahora dirigir la mirada a la situación del derecho penal económico en Chile.

II. La situación en Chile: ¿expansión?

1. Escasos resultados y sólo moderado interés

Cuando hace un par de años Winfried Hassemer dictó en Santiago una importante conferencia sobre la modernización del derecho penal y su crítica, pudimos decir con ironía en nuestro comentario a la misma que el insigne profesor de Frankfurt podía estar tranquilo y contento, porque en Chile teníamos "a raya" todo atisbo de modernización y que nuestros problemas no tenían que ver tanto con preservar los caracteres del viejo derecho penal ilustrado sino que, más bien al contrario, en muchos ámbitos, con alcanzar siquiera el estadio de la Ilustración.

Más allá de la ironía, la primera parte de la afirmación, que es la que importa en el contexto de este trabajo, no parece susceptible de refutación. En efecto, en nuestro país no se aprecia ni interés ni, menos, esfuerzo por adaptar el instrumentario del derecho penal a nuevas demandas de protección, con independencia de que éstas se consideren legítimas o no. Es particularmente llamativa la inexistencia, por ejemplo, de una genuina legislación penal ambiental[55], en tanto que en el ámbito más general de los delitos de peligro común prácticamente no se encuentran innovaciones dignas de mención. En lo que respecta a la práctica jurisprudencial -avalada al menos por el silencio de la doctrina- en materia de delitos contra la vida y la salud, no existe ningún desarrollo importante en materia de tratamiento de las consecuencias perjudiciales del funcionamiento de nuevas fuentes de peligro, las que, por regla general, y no obstante la vocación comprensiva de los tipos penales clásicos, suelen considerarse *a priori* como meros ilícitos civiles. En general, todo lo que escape a las formas convencionales de lesionar, fuertemente condicionadas por la *cercanía física* entre sujeto activo y sujeto pasivo, no se logra concebir como un posible asunto penal.

Probablemente los únicos bolsones nítidos de modernización en el derecho penal chileno estén dados por la regulación penal del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que, como bien se sabe, responde a los dictados de la legislación internacional, así como por el derecho penal político, en buena medida heredado de la dictadura militar, ámbitos respecto de los cuales, más que de derecho penal moderno bien puede hablarse de *derecho penal del enemigo*[56]. Una tendencia similar se observa, curiosamente, en ámbitos del derecho penal nuclear proclives a la explotación populista, como ocurre en materia

[55] Al respecto, puede verse un diagnóstico en MATUS, JEAN PIERRE (editor): *Derecho penal ambiental*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 205 y ss.

[56] Al respecto SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 163 y ss.; JAKOBS, GÜNTHER / CANCIO MELIÁ, MANUEL: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid 2003.

de delitos sexuales o -si bien con una tradición de al menos cincuenta años- contra la propiedad[57].

En lo que respecta al derecho penal económico propiamente tal, la situación no es muy diferente. Desde el punto de vista legislativo, si bien existen muchas normas penales económicas -la mayor parte de ellas dispersa en leyes comerciales y económicas-, el panorama exhibe importantes vacíos y serios problemas técnicos que conspiran de antemano contra la efectividad de la represión de la delincuencia económica, aspectos que se abordan con algo más de detalle en el apartado siguiente. Sin embargo, probablemente el aspecto más llamativo de la situación sea la ausencia de resultados prácticos relevantes en la represión de este tipo de delitos. Las estadísticas muestran una escasa incidencia de estas conductas, que confirma una percepción relativamente generalizada en cuanto a las falencias de persecución en la materia. En efecto, la participación de los delitos económicos en los ingresos y, especialmente, en las condenas es muy menor[58], sin contar con la "cifra negra", que se estima muy considerable. Coincidentemente con este cuadro, debe destacarse que los delitos económicos no forman parte del grupo de *delitos de mayor connotación social*, concepto clave en la política de seguridad ciudadana del Ejecutivo, de suerte que en general no se les considera en las estadísticas periódicas que prepara el Ministerio del Interior ni tampoco en el Anuario de Estadísticas Criminales preparado por la Fundación Paz Ciudadana.

Por último, puede decirse que la preocupación académica por los delitos económicos en nuestro país ha sido relativamente escasa, como lo demuestra la reducida literatura disponible al respecto[59]. El interés se ha canalizado más bien a través de reuniones científicas dedicadas al tema, entre las que destacan el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Santiago el año 1941, cuyo tema décimo estaba dedicado precisamente a los delitos económicos[60], seguido dos décadas después, en octubre de 1962, por las Quintas Jornadas de Ciencias Penales organizadas por el Instituto de Ciencias

[57] Sobre esta tendencia, HERNÁNDEZ, HÉCTOR: "El derecho chileno en el cambio de siglo. Ensayo de balance y perspectivas", *Persona y Sociedad, Vol. XVIII, N° 2 (2004)*, 213 (227 y ss.).

[58] Como se desprende de las cifras por delitos que arrojan los Anuarios de Justicia preparados por el INE (2001 y 2003) y, ahora, de los Anuarios Estadísticos Interinstitucionales de la Reforma Procesal Penal.

[59] Véase, además de las Actas citadas en las notas siguientes y prescindiendo de memorias de prueba, NOVOA, EDUARDO: "La legislación penal en materia económica", en: AA. VV.: *La nueva legislación y el desarrollo económico de Chile*, Universidad Católica de Chile, Santiago 1962, p. 151 y ss.; El mismo: "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico", *ADPCP 1982*, 57 y ss.; CURY, ENRIQUE: "El decreto-ley N° 280 sobre delito económico", *RChD Vol. 1 (1974)*, 650 y ss.; LLANOS, HUGO: "El decreto-ley N° 280, sobre delito económico", *RChD Vol. 1 (1974)*, 100 y ss.; BOSSELIN, HERNÁN / BRIONES, RAMÓN: *Delito económico: dos ensayos*, ICHEH, Santiago 1987; SOTO, MIGUEL: "Presupuestos para la determinación de la objetividad jurídica de los llamados delitos económicos", *Derecho y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, N° 1 (1988)*, 56 y ss.; AVILÉS HERNÁNDEZ, VÍCTOR: *Orden público económico y derecho penal*, ConoSur, Santiago 1998; ORTIZ, LUIS: "Delincuencia económica", en: AA. VV.: *Problemas actuales de derecho penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco 2003, p. 191 y ss.; GUERRERO, JORGE: "Concepto y características del derecho penal económico", *Revista Enthem, Año 2, Vol. 1 (2004)*, 13 y ss. En perspectiva criminológica GONZÁLEZ BERENDIQUE, MARCO AURELIO: *Criminalidad económica: el delito como negocio*, Ediar-ConoSur, Santiago 1989.

[60] *Actas del Segundo Congreso Latino Americano de Criminología*, Santiago 1941, T. II, p. 7 y ss.

Penales[61] y luego, también dos décadas después, en mayo de 1981, por el Segundo Encuentro de Profesores de Derecho Penal, realizado en Concepción y dedicado a abordar los "Aspectos penales del cheque"[62]. En materia de programas académicos específicamente orientados al tema destaca el Programa de Magister en Derecho Penal Económico ofrecido por la Universidad de Chile en los años 80 y el Diplomado en Derecho Penal Económico que actualmente imparte la Universidad Alberto Hurtado.

2. El aspecto legislativo

La legislación penal económica chilena tiene sus primeras manifestaciones, aunque tímidas y muy limitadas, en el propio Código Penal de 1874. En ese contexto, y sin contar con las defraudaciones más tradicionales, destaca el tratamiento penal de la insolvencia en el § 7 del Título IX del Libro Segundo (arts. 463 y ss. CP)[63], el tipo penal de usura (art. 472 CP) y, especialmente, los delitos del § 7 del Título VI del Libro Segundo, sobre "Crímenes y simples delitos relativos a la industria, el comercio y a las subastas públicas" (arts. 284 y ss. CP). Particularmente a partir de las décadas del 20 y del 30 del siglo pasado comienza a desarrollarse una legislación económica de corte intervencionista en cuyo seno se encuentran también disposiciones penales. Cabe mencionar las primeras normas penales en materia de control de cambios internacionales[64], las primeras normas penales tributarias[65], entre otras. Si hubiese que hacer una caracterización gruesa de la legislación penal chilena hasta mediados de los años 70, se podría decir que, más allá de ser expresión de una importante presencia del Estado en las actividades económicas cotidianas, las disposiciones penales tienen un aire de respuesta ante coyunturas (crisis de abastecimiento, por ejemplo) y de mediación en conflictos sociales[66]. En esa línea destaca de modo paradigmático el célebre Decreto-Ley N° 520, de 1932, por el cual se crea el Comisariato General de Subsistencia y Precios, y que, como se sabe, tuviese luego una renovada aplicación durante el gobierno de la Unidad Popular. La misma orientación puede encontrarse, sin embargo, todavía, ya en dictadura, en el Decreto-Ley N° 280, de 1974, sobre delito económico[67]. Precisamente la suerte de

[61] Las Actas de las Quintas Jornadas de Ciencias Penales (17 a 20 de octubre de 1962) sobre "El delito económico" pueden verse en *RCP T. XXI N° 1 (1962)*.

[62] Las Actas de las Jornadas pueden verse en *RCP T. XXXVII N° 1 (1978-1981)*.

[63] Los arts. 463 a 465 CP fueron derogados por la Ley N° 4.558, de 4 de febrero de 1929, primera Ley de Quiebras.

[64] Una visión del desarrollo de la legislación a partir de 1931 puede verse en ETCHEBERRY, ALFREDO: "Las normas del Banco Central de Chile sobre operaciones de cambios internacionales: recursos, infracciones y sanciones", *Estudios Jurídicos, Vol. I (1972) N° 2*, 63 (64 y ss.).

[65] Al respecto, una visión en KOGAN, OLGA / FIGUEROA, JAIME: *El delito tributario en la legislación y en la jurisprudencia*, Imprenta Chile, Santiago s/f, p. 10 y ss.

[66] Una visión del estado de la legislación -tal como de los esfuerzos por ampliarla- a comienzos de los años 60 puede verse en NOVOA, en: AA. VV., *La nueva legislación*, op. cit., 156 y ss.

[67] El texto puede verse en DEL VILLAR, WALDO: *Decretos leyes en materia penal*, EDEVAL, Valparaíso 1975, p. 38 y ss. (sus comentarios en p. 20 y ss.). Comentamos al mismo de CURY y LLANOS en la citada *RChD Vol. I (1974)*. De la misma época es el Decreto Ley N° 211 de 1973 o Ley Antimonopolios, vigente hasta hoy, si bien sus disposiciones penales fueron derogadas por sustitución mediante la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003.

este Decreto-Ley -derogado y sustituido por una ley de protección del consumidor de corte muy diferente-[68] testimonia el cambio de orientación que, desde mediados de los 70 y definitivamente desde los 80, experimenta la política económica chilena, la legislación que la sustenta y, en particular, las disposiciones penales económicas. En la medida en que la legislación económica va configurando una economía de mercado, las normas penales que la acompañan van adoptando características similares a las que son propias del derecho penal económico en economías de mercado, destacando en ese contexto, como ejemplo, los tipos penales de la Ley de Mercado de Valores. Recuperada la democracia en el país, la legislación mantiene la misma orientación.

Resultado de esta evolución es la existencia de una gran cantidad de disposiciones penales dispersas en leyes comerciales y económicas[69], pero que en algunas áreas son insuficientes y suelen ser técnicamente muy deficientes. Abundan los tipos penales ininteligibles, reiterativos, contradictorios, excesivamente vagos o excesivamente casuísticos, así como muchas superposiciones de normas. Desde un determinado punto de vista podría verse en estas deficiencias técnicas una verdadera confirmación de los excesos imputados a la modernización del derecho penal, pero una mirada a la aplicación práctica de los preceptos en cuestión demuestra que esto no pasa de ser una apariencia y que muchas veces las normas sólo tienen existencia simbólica. Las posibles razones de este estado de cosas son variadas, muchas referidas a las dificultades especiales que enfrenta la persecución penal en materia de delitos económicos, pero también a cuestiones de técnica legislativa y, en último término, a la política criminal que aquélla expresa. A continuación se proponen algunos ejemplos al respecto.

2.1. Vacíos permanentes

En primer lugar puede ponerse el ejemplo de un vacío legal conocido, de comprobados efectos perjudiciales y que, sin embargo, no ha sido resuelto hasta hoy por la legislación chilena. Como se recordará, a comienzos de los años 80, Chile vivió una de las crisis económicas más importantes de su historia. Uno de los efectos más perjudiciales de la misma fue la virtual quiebra del sistema bancario nacional, que debió ser intervenido por el gobierno de la época, con secuelas que se extendieron por varios años[70]. Pues bien, existen muchos antecedentes que indican que en la época constituía una práctica relativamente usual la gestión de los bancos con extralimitación de poderes e infracción

[68] Ley N° 18.223, de 10 de junio de 1983, la que, a su vez, fue derogada casi íntegramente por la Ley N° 19.496, de 7 de marzo de 1997.

[69] En ese contexto pueden mencionarse las disposiciones penales del Código Tributario, de la Ordenanza de Aduanas, de la Ley de Quiebras, de la Ley de Sociedades Anónimas, de la Ley General de Bancos, de la Ley de Mercado de Valores, de las leyes de Propiedad Intelectual e Industrial, etc. No existen hasta ahora exposiciones de conjunto del derecho penal económico chileno, sin perjuicio de lo cual puede consultarse el ensayo sistemático de AVILÉS HERNÁNDEZ, op. cit.

[70] Una explicativa visión económica de la crisis, en MELLER, PATRICIO: *Un siglo de economía política chilena (1890-1990)*, Andrés Bello, Santiago 1996, p. 198 y ss., una visión periodística puede verse en CAVALLO, ASCANIO / SALAZAR, MANUEL / SEPÚLVEDA, ÓSCAR: *La historia oculta del régimen militar*, Grijalbo, Santiago 1997, capítulos 34, 36 y 37 (con un cuadro de cifras en p. 340).

de las regulaciones legales de prevención de riesgos financieros y conflictos de intereses por parte de directivos con facultades de administración sobre los mismos, forma de gestión que, se cree, habría agudizado los efectos de la crisis en las entidades financieras. Por estas conductas se incoaron sendos procesos criminales, algunos de los cuales -por increíble que parezca- duran hasta el día de hoy. Namralmente, no es éste el lugar para dilucidar la efectividad de las imputaciones ni los efectos que se les asignan, ni mucho menos para hacer un juicio histórico sobre la situación en su conjunto y su trasfondo político. Más bien lo que interesa destacar es cuál era entonces -y es actualmente- el *status* jurídico-penal de las conductas imputadas, en el evento de haber sido efectivas.

Esquemáticamente, puede decirse que la conducta imputada consistía en realizar disposiciones patrimoniales en nombre del banco, en virtud de poderes legítimos de administración, pero con extralimitación de esos poderes e infracción de regulaciones legales del giro bancario, particularmente las limitacinnes en materia de concentración de créditos y operaciones con personas relacionadas, todo esto con perjuicio del banco.

Pues bien, tales conductas no son en general subsumibles en los tipos patrimoniales clásicos del Código Penal. No son aplicables los tipos de *estafa*, porque nn se obtuvo ninguna disposición patrimonial mediante engaño, y esto por la sencilla razón de que la disposición patritnonial fue realizada por los propios imputados en el ejercicio de sus poderes de administración, quienes naturalmente no estaban engañados, y si bien es posible que hayan realizado alguna conducta engañosa para no ser descubiertos, de esa forma de autoencubrimiento no se derivó ninguna disposición patrimonial por parte de quienes la sufrieron[71]. Tampoco es aplicable -al menos no siempre- el tipo de *apropiación indebida*, figura que desde luego no tiene cabida, por ejemplo, en operaciones que versen sobre inmuebles o en casos de aumento de pasivo, sin contar con que en la mayoría de las operaciones se trataba de colocaciones inherentes al giro y debidamente registradas, en las que se reconocía en todo moniento el crédito del banco, aspecto que no parece compatible con la noción de apropiación indebida. Esto no significa, sin embargo, que las conductas de abuso o extralimitación de los poderes de administración sean aceptables, sino más bien todo lo contrario, razón por la cual, en mayor o menor medida, suelen constituir delito en el derecho comparadn[72].

Si el viejo Código Penal, conforme a la tradición española[73], no contiene un tipo penal geueral de administración fraudulenta o desleal, podría haberse esperado que la estricta regulación legal de la administración de ciertas formas societarias sí hubiese contenido remedios penales para las hipótesis más graves. Pero no era el caso. En lo que respecta a la Ley General de Bancos, el art. 84 LGB establecía -y establece- rigurosas limitaciones de crédito -referidas al máximo de concentración de créditos, al máximo de

[71] Sobre la imposibilidad de apreciar una estafa en casos con esta estructura HERNÁNDEZ, HÉCTOR: "Aproximación a la problemática de la estafa", en: AA. VV.: *Problemas actuales de derecho penal*, op. cit., p. 154 y ss.

[72] Al respecto, por todos, FOFFANI, LUIGI: "Delitos concursales y societarios", en: Tiedemann / Nieto, op. cit., p. 99 (105 y s.).

[73] Que en España fue superada, al menos para el ámbito societario, con el Código de 1995 (art. 295 CP).

operaciones con personas relacionadas, etc.-, cuya infracción, sin embargo, sólu daba lugar a la imposición de las multas administrativas que el propio precepto señalaba, sin consecuencias penales[74]. Por su parte, la Ley Nº 18.046, de Sociedades Anónimas, establecía -y establece- en su art. 42 una serie de pmhibiciones para los directores (aplicables también a los gerentes, de acuerdo con el art. 50), todas encaminadas a resguardar el interés social frente al interés personal del director o gerente[75]. Pues bien, la infracción a dichas prohibiciones sólo daba lugar a responsabilidad civil, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiera aplicar la Superintendencia de Valores y Seguros. En cuanto al caso especial y particularmente extremo de las infracciones a las normas sobre autocontratación previstas en el art. 44 de la Ley Nº 18.046[76], el mismo artículo se limita a hacer una vaga referencia a "las sanciones administrativas en su caso y penales que correspondan", pero sin establecer estas últimas, las que, sencillamente, no se ven por ningún lado. Este verdadero ejercicio de misterio se repite luego en el solemne art. 133, que reitera que todas las infracciones a la ley que producen daño obligan a indemnizar, "sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan".

Como se ve, la normativa sectorial vigente en la época de la crisis no contenía normas que realmente complementaran las disposiciones del Código Penal en esta materia, al punto que se podía hablar sin exageración de *vacío legal*. Lo realmente asombroso, sin embargo, es que, desde un punto de vista penal, la situación actual, más de veinte años después de la crisis y de sus traumáticas consecuencias, sigue siendo esencialmente la misma. En efecto, la única reacción legislariva en materia penal frente a prácticas que habrían contribuido a agravar los efectos de una de las mayures crisis económicas sufridas por el país se limitó a

[74] Sólo si en ese concierto se hubiesen hecho, además, declaraciones falsas sobre la propiedad y conformación del capital de la empresa, aprobado o presentado balances adulterados o falsos, o disimulado su situación, o bien si se hubiesen alterado o desfigurado datos o antecedentes con base documental o que se hubiesen ocultado o destruido tales documentos "con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponde ejercitar a la Superintendencia de acuerdo con la ley", los directivos podrían haber sido sancionados, por esa vía indirecta, conforme a los antiguos arts. 26 y 26 bis LGB (actuales arts. 157 y 158 LGB), pero no por el hecho mismo de la administración abusiva.

[75] "Art. 42. Los directores no podrán: 1. Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; 2. Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa; 3. Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información; 4. Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales; 5. Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley; 6. Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo, y 7. En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio. La anterior, no obsta a las sanciones que la Superintendencia pueda aplicar en el caso de sociedades sometidas a su control."

[76] Inciso primero del art. 44: "Una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los acuerdos que al respecto adopte el directorio serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación".

señalar que en estos casos -pero sólo en la medida que se trate de infracciones reiteradas- la eventual quiebra del banco dentro del año siguiente a las mismas puede considerarse fraudulenta y, como tal, punible"[77]. Esto es lo que dispone el nuevo art. 141 LGB, Nº 8 y Nº 9, en tanto que el nuevo art. 142 LGB prevé para estos casos la responsabilidad penal de los "directores, gerentes u otras personas que hayan participado a cualquier título en la dirección o administración del banco", artículos introducidos, conjuntamente con todo el nuevo Título XV sobre medidas para regularizar la situación de los bancos y sobre liquidación forzosa de los mismos, mediante Ley Nº 18.576, de 27 de noviembre de 1986.

En otras palabras, frente a un nuevo escenario de crisis, la situación del derecho penal chileno en materia de administración abusiva sería la misma de hace veinte años y no sería posible reprimirla, tal como no es posible hacerlo cotidianamente en casos menos espectaculares. Como es sabido, la mayoría de los procesos penales iniciados en esa época han terminado, después de muchos años, con absolución o sobreseimiento. No puede olvidarse, por cierto, que esto no fue obstáculo entonces -como no lo es tampoco, a veces, hoy en casos cotidianos- para encarcelar por un tiempo considerable a prominentes imputados, y que algunos incluso fueron condenados en alguna de las instancias, pero tampoco puede dejar de verse en ese hecho el simple tributo a una opinión pública que debía ser apaciguada, una manifestación más del abuso de la prisión preventiva de que hace gala hasta hoy el modelo inquisitivo y, en último término, una muestra de desprecio por el derecho. No parece ser ésa, sin embargo, la forma de "justicia" que el país merece.

2.2. Normas temibles sin aplicación

Por otra parte, nuestra legislación exhibe ejemplos de normas temibles que parecen confirmar todos los excesos denunciados por los críticos de la expansión, pero que, vistas con más detenimiento en su aplicación efectiva, se revelan más bien inofensivas. Un buen ejemplo de esto lo daba el texto original del Decreto-Ley Nº 211 de 1973, que fija normas para defensa de la libre competencia, más conocidn como "Ley Antimonopolios", cuyo art. 1º reprimía con presidio menor en cualquiera de sus grados -hasta cinco años de privación de libertad- al que "ejecute o celebre, individual o colectivamente, *cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia* dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior", aumentándose en un grado la pena "(c)uando el delito incida en artículos o servicios esenciales tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud". Para ilustración de los alcances del tipo penal, el art. 2º del mismo cuerpo normativo daba algunos ejemplos de conductas típicas, aunque algunas con un nivel de indeterminación aun mayor que el del tipo mismo, como era el caso notable de la letra b), donde se incluían como atentados "(l)os que se refieran al transporte", para terminar luego, en la letra f), haciéndose cargo, en general, de "cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia".

[77] Siendo bastante dudoso, además, que el agregado realmente sea un aporte a las tradicionales hipótesis de quiebra punible previstas por la ley del ramo (Ley Nº 18.175, arts. 219 y 220).

Naturalmente, disposiciones como éstas no resisten el menor análisis desde el punto de vista de los principios cardinales del derecho penal -clásico o moderno-, pero no cabe tampoco engañarse imaginando una represión feroz de empresarios inermes ante un tipo penal indeterminado, cuando en realidad el tipo penal no se aplicó jamás en treinta años de vigencia. Ciertamente esto guarda relación con un especial régimen procesal, conforme al cual el proceso penal estaba supeditado a la denuncia n querella del Fiscal Nacional Económico, quien, además, sólo podía ejercer la acción penal por orden de la Comisión Resolutiva (arts. 32, 17 letra a] Nº 5 y 27 letra i]), lo que, sin embargo, no sólo deja en evidencia cuál fue la actitud de las autoridades competentes hacia lar infracciones en cuestión, sino que, además, permite intuir, para el caso que hubiese tenido la posibilidad de intervenir, una actitud similar por parte de una judicatura intimidada -con toda razón- por una redacción insostenible. Pero más allá de conjeturas, bien cabe preguntarse si el legislador realmente, más allá de las declaraciones, estaba interesado en reprimir penalmente ciertos atentados relevantes contra la libre competencia, y todo parece sugerir una respuesta negativa.

En ese contexto, los tipos penales sólo podían cumplir funciones simbólicas en el peor de los sentidos, esto es, al servicio del enmascaramiento de la realidad. Por lo mismo, la reciente derogación por sustitución del tipo penal del DL Nº 211, mediante la Ley Nº 19.911, de 14 de noviembre de 2003, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resulta preferible, en cuanto viene a transparentar la valoración de fondo. Con todo, deja de paso una reflexión: ciertamente la relevancia jurídico-penal de los atentados contra la libre competencia es una cuestión opinable y muy debatida en el derecho comparado[78], de modo que la última decisión legislativa, según el punto de vista que se adopte, perfectamente podría valorarse como un acierto. Lo que llama la atención es, más bien, la ausencia de un debate propiamente *penal* al respecto, en contraste con la abundancia y pasión con que se discutió, por ejemplo, acerca de la imposición de penas ejemplarizadoras en materia de hurtos de bagatela en supermercados[79]. Al margen de la opinión que este contraste pueda merecer, es indiscutible que aquí no puede hablarse de un genuino derecho penal moderno o expansivo.

2.3. Normas temibles poco aplicables

Por otra parte, existen ámbitos en los cuales la ausencia de resultados prácticos no se explica -o, más bien, no se explica *sólo*- por una determinada actitud de los órganos de persecución penal, sino que, adicionalmente, por *tipificaciones poco adecuadas*, que, aun

[78] En los Estados Unidos, el tratamiento penal a nivel federal proveniente de la *Sherman Act* de 1890 se encuentra previsto en las secciones 1 y xx. del Título 15 del US Code (15 USC 1), si bien en la práctica prima el tratamiento civil. En Alemania, en cambio, el grueso de la represión corre por vía administrativa, aunque hace algunos años, mediante la 6ª Ley de Reforma del Derecho Penal, de 1998, se incorporó en el Código Penal el delito de celebración de acuerdos limitativos de la competencia en materia de licitaciones públicas (§ 298 StGB). Para un tratamiento penal de los atentados más graves contra la libre competencia, fundamental y ya clásico, TIEDEMANN, KLAUS: *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Heymanns, Kuln – Berlin – Bonn – München 1976.

[79] Mediante la Ley Nº 19.950, de 5 de junio de 2004; al respecto HERNÁNDEZ, *Persona y Sociedad, Vol. XVIII/Nº 2 (2004)*, 213 (229).

cuando se adoptara la determinación de perseguir implacablemente las infracciones en cuestión, conducirían a resultados más bien modestos. Es lo que ocurre, a nuestro juicio, con las disposiciones penales sobre uso indebido de *información privilegiada o reservada* contenidas en la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores.

La ley original de 22 de octubre de 1981 no contenía normas sobre la materia, siendo las primeras las que se incorporaron mediante la Ley N° 18.660, de 20 de octubre de 1987, a propósito del sistema de clasificación de riesgo que dicha ley introdujo (Título XIV). Así, se agregó una nueva letra d) al art. 60 de la ley, conminando con pena de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a cinco años de encierro) a "(l)os socios, administradores y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadoras, tenga acceso a información reservada de los emisores clasificados y revele el contenido de dicha información a terceros". Asimismo, conforme a la modificada letra e) del art. 59, se sancionaría con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (541 días a diez años de encierro) al que infringiera la prohibición contenida en el nuevo art. 85 inciso primero, según la cual a los "socios, administradores, miembros titulares y suplentes del consejo de clasificación, y en general a cualquier persona que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información reservada de las sociedades clasificadas" les está vedado "valerse de dicha información para obtener para sí o para otros, ventajas económicas de cualquier tipo". Sólo con la Ley N° 19.301, de 19 de marzo de 1994, se introduce en la ley una regulación más sistemática en materia de información privilegiada (Título XXI)[80]. En ese contexto, junto con establecerse las prohibiciones de aprovechamiento y divulgación (art. 165), se introdujo una nueva hipótesis delictiva como letra e) del art. 60, del siguiente tenor: "Las personas a que se refiere el artículo 166 [personas de quienes se presume tienen acceso a información privilegiada][81] que al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada"[82]. Además, se extendió el ámbito de aplicación de la letra e) del art. 59 a la infracción por parte de sociedades administradoras de fondos fiscalizados por la Superintendencia, entre otras, de las prohibiciones de las letras d) y e) del nuevo art. 162, esto es, las referidas a "la utilización en beneficio propio o ajeno, de información relativa a operaciones por realizar por el fondo, con anticipación a que éstas se efectúen", así como a "la comunicación de información esencial relativa a la adquisición, enajenación o mantención de activos por cuenta del fondo, a personas distintas de aquellas que estrictamente deban participar en las operaciones respectivas, en representación de la administradora o del fondo". Finalmente, mediante la Ley N° 19.705, de 20 de diciembre de 2000, se introdujeron al art. 60, entre otras, las nuevas hipótesis delictivas de las letras g) y h), referidas, respectivamente, al "que valiéndose de información privilegiada ejecute un acto, por sí o por intermedio de otras personas, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, mediante cualquier tipo de operaciones o transacciones con valores de oferta pública" y al "que revele información privilegiada, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública".

Como se ve, no puede decirse que falten en Chile disposiciones penales para hacer frente al uso indebido de información privilegiada o reservada[83]. Más bien, al contrario, se asiste a una desusada abundancia normativa. Sin embargo, no es evidente que la técnica legislativa empleada sea funcional a la efectiva represión del *insider trading*. Dicha represión es de por sí difícil, fundamentalmente por razones probatorias, lo que es bastante claro tratándose de los *tipos de revelación* de la información de los arts. 59 letra e) (en relación con el art. 162 letra e]), 60 letra d) y 60 letra h), de suerte que no se logra entender por qué el legislador quiere complicar aún más las cosas exigiendo, en el último caso, que es la figura genérica, determinados fines subjetivos, concretamente que la revelación se efectúe "con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública".

Ahora bien, en lo que a los tipos de aprovechamiento concierne, parece razonable que, al menos tratándose de los llamados *insiders primarios*, esto es, aquellos que tienen una determinada posición institucional en la sociedad emisora[84], la ley imponga

[80] El inciso primero del art. 164 LMV dispone: "Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley". En tanto que el inciso segundo agrega: "También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores".

[81] Conforme al inciso primero del art. 166 LMV "(s)e presume que tienen acceso a información privilegiada, las siguientes personas: a) Los directores, gerentes, administradores y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso, b) Las personas indicadas en la letra a) de este artículo, que se desempeñen en una sociedad que tenga la calidad de matriz, coligante, filial o coligada de la emisora de cuyos valores se trate, o del inversionista institucional en su caso, y c) Los directores, gerentes, administradores, apoderados, asesores financieros u operadores, de intermediarios de valores (sólo respecto de la información señalada en el inciso segundo del art. 164 y aquélla sobre la colocación de acciones de primera emisión que les hubiere sido encomendada)", en tanto que el inciso tercero reza: "También se presume que tienen información privilegiada, en la medida que puedan tener acceso directo al hecho objeto de la información, las siguientes personas: a) Los auditores externos e inspectores de cuenta del emisor, así como los socios y administradores de las sociedades de auditoría; b) Los socios, administradores y miembros de los consejos de clasificación de las sociedades clasificadoras de riesgo, que clasifiquen valores del emisor o a este último; c) Los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor o del inversionista institucional, d) Las personas que presten servicios de asesorías permanente o temporal al emisor; e) Los funcionarios públicos dependientes de las instituciones que fiscalicen a emisores de valores de oferta pública o a fondos autorizados por ley, y f) Los cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, de las personas señaladas en la letra a) del inciso anterior"

[82] La letra e) contenía un inciso segundo sobre penas accesorias que fue posteriormente eliminado por la Ley N° 19.705, de 20 de diciembre de 2000.

[83] Un panorama de la regulación puede verse en Ossa, Arturo: "Ilícitos contra la información en las transacciones de valores", *Revista de Derecho (CDE), N° 5 (2001)*, p. 79 y ss.

[84] En cambio, es muy discutible el hecho mismo de que existan sanciones penales para los *insider secundarios* (*tippees*), es decir, personas desvinculadas de la sociedad que han recibido la información de un *insider primario*, por la sencilla razón que es discutible en sí que de ha pesar sobre ellos algún tipo de deber al respecto. Con todo, la tendencia internacional va en esa línea, si bien con penas reducidas. Al respecto puede verse, para el derecho europeo, Foffani, Luigi: "Delitos bancarios y bursátiles", en Tiedemann / Nieto, op. cit., p. 109 (115), para el derecho norteamericano Strader, op. cit., p. 101 y ss. En el derecho chileno es posible, aunque discutible, que los *tippees* sean punibles conforme a las letras g) y h) del art. 60 LMV, pero con igual pena.

prohibiciones absolutas a cuya infracción se asocie directamente la sanción penal. Nu es ése, sin embargn, el camino seguido por la ley. El art. 60 letra e) no reprime derechamente las operaciones sobre valores de quienes poseen información privilegiada sobre los mismos, sino que más bien exige que en tales operaciones -las que, consecuentemente, son en principio atípicas- estas personas "usen deliberadamente información privilegiada". Esta redacción trae aparejado un importante problema interpretativo que puede tener perniciosas consecuencias prácticas.

Desde luego se debe tener en cuenta que la aplicación práctica del tipo debe lidiar antes que nada con significativas dificultades probatorias, toda vez que la presunción del art. 166 respecto de los llamados *insiders primarios* es simplemente legal, de modo que de todos modos debe probarse que, por ejemplo, el director, gerente, administrador o liquidador de la empresa efecuvamente contraba con información privilegiada al momento de efecruar la transacción, sin que siquiera sea posible afirmar una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la presunción de inocencia consagrada en lns tratados internacionales en matetia de Derechos Humanos vigentes con rango constitucional en Chile. El art. 166 sirve, en cuanto expresión de sentido común, a lo más como un indicio en la pesquisa del dolo.

Ahora bien, superado ese escollo y prnbado por parte del Estado tanto el hecho de la transacción como que el agente se encontraba en posesión efectiva de información privilegiada al momento de realizarla, lo razonable sería que pudiera afirmarse sin más la tipicidad de la conducta, todo esto en concordancia con el claro tenor de las prohibiciones previstas en el art. 165[9]. Sin embargo, al exigir adicionalmente un "uso deliberado" de la información, la ley introduce ambigüedades interpretativas, pnes quien realiza una operación respecto de valores sobre los cuales tiene una información no puede sinn decirse que ha "usado" esa información, a menos que por "uso" se entienda algo más, que probablemente se encuentra en el plano subjetivo, plano en el cual, además, debe dilucidarse el sentido del adverbio "deliberadamente". Desde luego puede tratarse de una torpe -por superflua- reiteración de la exigencia general de dolo, pero es altamente posible que se vea en ello una injustificada restricción al dolo directo o, peor aún, la exigencia de un determinado ánimo especial del agente, de contenido ciertamente misterioso. En ambos casos se hipotecan gravemente las posibilidades de aplicación práctica de la norma.

Por añadidura, en cuanto el tipo de la letra e) del art. 60 se refiere sólo a las personas señaladas en el art. 166 -sin prnvecho, por lo demás, si la presunción no tiene efectos prácticos-, las que, por definición, no son todas las que pueden tener acceso a la información en razón de su cargo o posición, sino sólo aquéllas tespecto de las cuales se presume dicha circunstancia, resnlta qne no es aplicable a otros posibles genuinns *insiders* no contemplados en la presunción, para quienes sólo sería aplicable -desde el año 2000-

[9] El inciso primero del art. 165 LMV dispone: "Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, *ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada*"

la hipótesis de la letra g) del art. 60, aunque en ese caso con la expresa exigencia subjetiva de que actúen "con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública".

Ahora bien, no puede desconocerse que defectos técnicos de esta naturaleza pueden presentarse en cualquier descripción típica. Por lo demás, tampoco cabe exagerar el efecto de exigencias subjetivas abundantes, pues muchas veces la práctica enseña que éstas son despachadas con relativa facilidad por los tribunales. Al mismo tiempo, sin embargo, es más que probable que estas notas tengan un efecto mucho mayor tratándose de delitos económicos novedosos, que se insertan en ámbitos poco conocidos para el aparato de justicia criminal y que, además, como ocurre generalmente en el derecho penal económico, ostentan una fuerte apariencia de legitimidad, todo lo cual contribuye a una actitud escéptica y desconfiada y, en fin, a la inhibición en la imposición de sanciones. Para decirlo con otras palabras, en estas matetias cualquier pequeño defecto técnico puede afectar gravemente el potencial de aplicación de las normas.

2.4. Valoración de conjunto: de la técnica a la política

Estos ejemplos seleccionados, que podrían multiplicarse, permiten confirmar la percepción inicial en cuanto a que se trata de una parcela del ordenamiento punitivo relativamente abandonada. Resulta evidente o bien que no se abordan penalmente las cuestiones, n bien que al menos las disposiciones penales no constituyeron el objeto principal de la preocupación del legislador al regular las diversas materias, de suerte que no debe extrañar que éstas no exhiban gran factura técnica ni menos una visión sistemática coherente con el conjunto de la legislación penal. Por otra parte, el hecho mismo de encontrarse las disposiciones penal-ecouómicas mayoritariamente fuera del Código Penal, dispersas en un conjunto informe de leyes extrapenales, dista de ser una cuestión meramente formal, pues la dificultad implícita de acceso a las fuentes contribuye a que éstas sean poco conocidas, dificulta su debida comprensión, minimiza su importancia y abre flancos a decisiones valorativas incoherentes y hasta contradictorias.

Mucho más importante es, sin embargo, que el escenario sugiere sobre todo la ausencia de algo que pudiera calificarse como una *política criminal* en materia de infracciones a las regulaciones económicas. No parece haber un programa que exprese las decisiones valorativas fundamentales en esta materia, sin lo cual no es posible articular un sistema coherente. O por el contrario, desde una perspectiva radicalmente opuesta, la ausencia de política y la consecuente ausencia de sistema pueden sugerir el propósito deliberado de mantener un cómodo *statu quo* caracterizado por la ausencia de resultados prácticos dignos de mención. En esa perspectiva, la legislación existente no cumpliría más que funciones de enmascaramiento de la realidad, un conjunto de simples imágenes para tranquilizar la conciencia e inhibir las iniciativas. La plausibilidad de esta interpretación se vuelve tanto más insoportable cuando se la considera desde la perspectiva de la tendencia crecientemente represiva que evidencia el trabajo legislativo en Chile en lo que se refiere

a la delincuencia callejera contra la propiedad[86] y que se ha exacerbado precisamente en los últimos años con la pretensión de reprimir con particular severidad incluso los hurtos de bagatela[87].

No divisándose posibles quiebres en esta tendencia represiva y con la convicción del merecimiento de pena de un número importante de infracciones económicas (*supra* I), se impone la tarea de abogar por una revisión integral de la legislación penal-económica en orden a superar sus deficiencias y permitir niveles más significativos de eficacia en su aplicación práctica. No puede desconocerse que, en definitiva, un giro en la simación, tal como ha ocurrido en los países desarrollados, supone una valoración diferente del fenómeno de la delincuencia económica, tanto por parte de la sociedad en su conjunto, como, en particular, de los operadores del sistema penal, lo que naturalmente escapa a las posibilidades del trabajo académico. Todo indica, sin embargo, que este trabajo puede aportar elementos útiles -y quizás hasta indispensables- para la articulación de un discurso de política criminal y propuestas legislativas y de aplicación. A continuación se esbozan las líneas de lo que debería poder aportar el mundo académico a la construcción de un genuino derecho penal económico en Chile.

III. Un programa académico para el debate público

El trabajo académico en relación con la delincuencia económica debería ser capaz de aportar insumos al debate público en, al menos, las siguientes materias:

1. Conocimiento empírico de la conducta desviada

Naturalmente, un debate racional sobre la delincuencia económica requiere información empírica sobre la misma, la que no puede centrarse sólo en las pobres estadísticas criminales que más bien sugieren una significativa "cifra negra", sino en las formas de desenvolvimiento de actividades económicas que puedan definirse como "desviadas" desde las valoraciones expresadas en las regulaciones económicas vigentes, asumiendo de ese modo también la posibilidad de vacíos legales.

Hechas las definiciones, no es difícil advertir que el principal desafío que debe enfrentar la investigación criminológica en este ámbito es el del *acceso al objeto de estudio*, que generalmente no se encuentra ni en las cárceles ni en otras instituciones del aparato de justicia criminal ni en la calles, como ocurre, en cambio, con el estudio de la delincuencia más masiva. Al contrario, si bien esos métodos tradicionales no pueden descartarse, debe

[86] Ampliamente criticada por la doctrina nacional, véase, por todos, últimamente, Künsemüller, Carlos: "Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno", en: Figueiredo Dias / Serrano Gómez / Politoff / Zaffaroni (directores) *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Hammurabi, Buenos Aires 2004, p. 457 y ss.

[87] Como se ha dicho, mediante la citada Ley N° 19.950, de 5 de junio de 2004

presumirse que en este caso el objeto de estudio se encuentra preferentemente en las empresas y en el escenario del gran juego económico, esto es, en círculos de poder donde el acceso no es gratuito y, muchas veces, está sencillamente vedado. Métodos que se ofrecen como útiles son el estudio de registros, tanto de constitución de sociedades como de todo tipo de operaciones que deban ser informadas o registradas conforme a las reglamentaciones vigentes, el estudio de expedientes de fiscalización de las autoridades económicas, eventualmente el estudio de expedientes criminales[88], entrevistas con *iniciados* en el negocio en cuestión, etc. Como puede apreciarse, no parece posible realizar esta investigación criminológica sin el concurso ineludible de economistas y especialistas en regulaciones económicas que puedan transmitir el sentido de las mismas, su trasfondo económico, los intereses subyacentes, las ganancias y las pérdidas, entre otros aspectos.

Una investigación empírica fuertemente condicionada como ésta debería fijarse como objetivo prioritario detectar y describir la conducta desviada. Todo avance adicional -determinación de motivaciones, valores, factores de riesgo, etc.- queda supeditado a esas tareas básicas[89].

2. Conocimiento normativo (extrapenal) y desarrollo dogmático

No se conoce realmente el derecho penal económico si no se conoce su contexto normativo extrapenal, especialmente el derecho sancionatorio administrativo que lo circunda. Hacer claridad elemental en el contexto normativo en el que se desenvuelve la respectiva actividad económica constituye la única posibilidad de comprender e interpretar adecuadamente las disposiciones penales esparcidas en las leyes económicas especiales. Así, por ejemplo, no se puede entender el fraude aduanero si no se entiende el alcance de las obligaciones aduaneras y las formas en que se cumplen y controlan.

De paso este alcance trae consigo una advertencia poco grata pero indispensable: todo el *glamour* de que es capaz el derecho penal económico como objeto de estudio lo es a costa del árido pero ineludible estudio de las reglamentaciones extrapenales, tarea que suele no resultar en absoluto atractiva para el penalista. En una época en la que el derecho penal económico sirve de banco de pruebas para los avances más audaces de la nueva dogmática normativista (*supra* I 3.4), cuando la construcción del sistema a partir de principios ordenadores fuertes representa el ideal del trabajo dogmático, la dura realidad demuestra que no hay obra de arte sin la humilde artesanía jurídica del que pergeña principios a partir de un material normativo de mala calidad, de prácticas misteriosas y, en fin, de un medio hostil a la alta dogmática.

Y sin embargo es indispensable la alta dogmática, también para no caer precisamente en el otro extremo, criticable en igual medida, de hacer de la normativa extrapenal un

[88] Recuérdese que ése fue precisamente el método principal empleado por Sutherland, op. cit., p. 73 y ss., 111 y ss. Es también el método seguido por Tiedemann en materia de fraudes de subvenciones: Tiedemann, Klaus: *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1974.

[89] Importantes orientaciones al respecto ofrece Tiedemann, Klaus: *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona 1993, p. 247 y ss. (Capítulo VIII: "La investigación criminológica internacional en materia de delincuencia económica", trad. Hormazábal).

fetiche al cual se le rinde culto. La elaboración dogmática de los delitos económicos debe ser capaz de integrar coherentemente las categorías de la legislación económica y comercial en el sistema de valoraciones propio del derecho penal. Con esto no se quiere poner en duda la marcada *accesoriedad* del derecho penal económico, sino sólo recordar que éste es, ante todo, *derecho penal*.

Esta tarea se encuentra hasta ahora incumplida en nuestro país, a lo que deben agregarse otras tareas pendientes que son previas al examen de los delitos económicos propiamente tales, como es el caso de la dogmática de los delitos patrimoniales tradicionales. Estos delitos son la puerta de entrada para el análisis de casos penales con relevancia económica, y si bien está fuera de discusión que no son suficientes para abordar toda la actividad perjudicial en el ámbito económico, el volumen de casos que en rigor representan fraudes clásicos es enorme y, en todo caso, la delimitación resulta indispensable. Pues bien, la situación en Chile a este respecto dista mucho de ser satisfactoria. Los alcances del delito de estafa, probablemente el principal delito patrimonial, yacen en buena medida en la oscuridad[90]. Si bien con menos vacilaciones prácticas, tampoco son del todo nítidos los contornos de la apropiación indebida, lo que de seguro explica en parte la acusada ausencia entre nosotros de un tipo general de administración desleal, en tanto que en materia de falsedades documentales la confusión e inseguridad son monumentales. En este panorama no puede extrañar que la dogmática sobre los delitos económicos de factura más reciente simplemente no exista.

En esta tarea, el estudio crítico de los diversos modelos de regulación que ofrece el derecho comparado, así como el estudio de casos, prometen ser una fuente invaluable de experiencias y materiales para la construcción razonada de un derecho penal económico en Chile.

3. Conocimiento empírico del funcionamiento del sistema penal

De muy poco puede servir el esfuerzo por comprender si el sistema penal, en particular el sistema de persecución penal, no está en condiciones de hacerse cargo de este tipo de delitos, sea porque no recibe denuncias, sea porque la investigación criminal enfrenta escollos insalvables, sea porque los juicios orales son impracticables, sea porque quienes deben resolver no entienden de la materia, etc. De ahí que se imponga la necesidad de estudiar la operatividad del proceso penal frente a este tipo de delitos y, en caso de ser necesario, proponer las modificaciones pertinentes[91].

[90] Al respecto HERNÁNDEZ, en AA. VV.: *Problemas actuales de derecho penal*, op. cit., p. 149 y s., también PINA, op. cit., p. 41 y s.

[91] Para el derecho alemán, es especialmente relevante la preocupación señera de Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., BT, p. 172 y ss., y en muchas otras publicaciones posteriores; en el ámbito anglosajón Levi, Michael: *Regulating fraud white-collar crime and the criminal process*, Tavistock, London – New York 1987, recientemente en el derecho español, GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid 2000; primeras reflexiones para el derecho chileno en Hernández, *Proceso penal y delincuencia económica*, op. cit.

4. Colofón: el primado de los problemas por sobre su denominación

Para terminar, una reflexión que puede resultar curiosa, pero que es necesaria. Como se habrá podido advertir, en este trabajo se ha hablado indistintamente de delitos económicos, de delitos no convencionales, de delitos de cuello blanco, de derecho penal económico, etc., sin que se haya aportado ninguna definición sobre el objeto de esas denominaciones. Al mismo tiempo, no se ha dudado en incluir en el objeto de la exposición, a lo más con algún matiz, las defraudaciones clásicas, como la estafa, en tanto que, si bien con cierta reticencia, también los delitos ambientales han sido abordados tangencialmente como parte de nuestras preocupaciones. Con esta omisión, que hasta podría clasificarse de grave, se asume conscientemente una forma de aproximación al tema que parece indispensable en nuestra actual situación, orientada a la fructífera interpretación y sistematización del material normativo con fines prácticos, procurando eludir al máximo las discusiones que giran más en torno a la denominación de los problemas que en torno a los problemas mismos.

El ejemplo paradigmático lo ofrece el debate acerca de lo que merece ser incluido en el concepto de derecho penal económico[92]. Aquí, como se ve, se ha adoptado una aproximación pragmática y flexible, que se acerca a la idea del *droit pénal des affaires* francés, esto es, de aquellas manifestaciones del mundo de los negocios que llegan habitualmente a ser objeto de la práctica forense, con indiferencia respecto de si se trata de una estafa o de la infracción de una específica regulación comercial[93]. Hay demasiadas tareas pendientes como para dedicar el tiempo a ejercicios clasificatorios, sobre todo si la calidad científica del trabajo depende de la rigurosidad del método empleado y de la coherencia de las conclusiones a que conduce, y no de la extensión que, en definitiva y convencionalmente, se le asigne al objeto de estudio.

[92] Así, parece exagerada la importancia que suele atribuirle al punto la literatura española, buen ejemplo de lo cual es el por lo demás buen texto de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, p. 31 y ss.

[93] Véase, por ejemplo, la sistemática de un manual estándar como es el de LARGUIER, JEAN / CONTE, PHILIPPE: *Droit pénal des affaires*, 11e édition, Armand Colin, Paris 2004, por su parte, sin despreciar el tema del objeto del derecho penal económico, la literatura alemana tiende también a una aproximación más flexible y pragmática, como puede verse en Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., AT, p. 48 y ss., véase también la novedosa y fructífera aproximación de GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid 2001.

CAPÍTULO XVIII

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

SUMARIO: I. CONCEPTO, SIGNIFICADO Y EXTENSIÓN: 1. *Concepto y formación de una potestad sancionatoria administrativa.* 2. *El problema de la articulación técnico-jurídica de las sanciones administrativas.* 3. *La aplicación de los principios generales del Derecho Penal al Derecho sancionador de la Administración.* 4. *La cuestión de las sanciones disciplinarias y rescisorias:* A) *La materia disciplinaria;* B) *El régimen disciplinario militar;* C) *Las llamadas sanciones rescisorias.* 5. *Las sanciones tributarias.*—II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO: 1. *La aplicación y la matización de los principios jurídico-penales:* A) *Principio de legalidad;* B) *Principio de tipicidad;* C) *Culpabilidad;* D) *Proporcionalidad;* E) *Derecho a la presunción de inocencia;* F) *Prescripción.*—III. LAS RELACIONES ENTRE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN PENAL: 1. *Incompatibilidad y* non bis in idem. 2. *Precedencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo.* 3. *La autonomía del ilícito administrativo frente a la apreciación prejudicial del juez penal. La llamada prejudicialidad devolutiva en favor del juez administrativo.*—IV. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: 1. *Principios generales.* 2. *El procedimiento general sancionador. Reglas comunes.* 3. *Los derechos de defensa del inculpado:* A) *Vista del expediente y proposición de prueba;* B) *La aplicación de los derechos del artículo 24 de la Constitución.*—V. LAS MEDIDAS SANCIONATORIAS ADMINISTRATIVAS: 1. *Las clases de medidas sancionatorias y el problema de su limitación.* 2. *Las medidas accesorias: incapacidades, comiso y responsabilidad civil derivada de la infracción.*—VI. LA EFECTIVIDAD DE LAS SANCIONES Y SU IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL. SUSPENSIÓN, *SOLVE ET REPETE* Y *REFORMATIO IN PEJUS.*—NOTA BIBLIOGRÁFICA.

Dentro de los actos administrativos gravosos para los administrados, las sanciones administrativas merecen, como ya advertimos en el capítulo precedente, un tratamiento separado, tanto por su significación como por su importancia material en nuestro Derecho.

I. CONCEPTO, SIGNIFICADO Y EXTENSIÓN

1. Concepto y formación de una potestad sancionatoria administrativa

Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa; anteriormente a la Constitución, como veremos, incluso arresto personal del infractor.

Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales.

Esta dualidad de sistemas represivos está recogida en un mismo precepto de la Constitución, el artículo 25: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no

constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento».

¿Por qué esa dualidad? —es la primera cuestión a plantear—. ¿Tienen las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas alguna diferencia de naturaleza que justifique su singularidad?

Este problema surgió como consecuencia del mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos tras la gran revolución del sistema represivo que supuso la adopción del Derecho Penal legalizado y judicializado *(nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine legale iudicium)*, desde los orígenes mismos de la Revolución Francesa (el primer Código Penal fue el francés de 1791, dictado en aplicación de los principios penales contenidos en la Declaración de derechos de 1789, Código sustituido luego por el de 1810, no sustituido hasta recientemente). Las monarquías del XIX, aun las más alejadas de los principios revolucionarios, se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo, pero no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios, en virtud del viejo principio que en el siglo XVII expresaba así DOMAT: *L'Administration de la police renferme l'usage de l'autorité de la justice.*

En las monarquías centroeuropeas durante todo el siglo XIX hasta bien entrado el XX, se mantuvo así un «Derecho Penal de Policía», que una doctrina dogmática se esforzó en justificar y teorizar (Otto MAYER, jurista de tanta calidad, no duda en echar mano aquí de un Derecho Natural de la Policía). Lo mismo ocurrió en el siglo XIX español. El sistema represivo tradicional se mantuvo hasta el Código Penal de 1848 (el de 1822 rigió apenas un año, hasta el fin del régimen liberal). PACHECO, cuya participación capital en ese Código es conocida, escribió: «Las bárbaras Leyes de la Edad Media y la arbitrariedad de los últimos siglos, de aquí en adelante sólo pertenecen a la historia». Todas las penas quedaron, pues, judicializadas. Pero el desplazamiento total de los viejos poderes de policía de la Administración no llegó, en realidad, a producirse. Poco tiempo después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal el Real Decreto de Competencia de 31 de octubre de 1849, dictado, por tanto, sobre un dictamen del Consejo de Estado, resolvió el primer conflicto entre la autoridad judicial y la autoridad administrativa sobre el particular. Esta decisión, capital como muy pocas para configurar nuestro sistema administrativo, sostuvo que el nuevo Código Penal, y no obstante la judicialización de las faltas en su libro III, no eliminaba en realidad los poderes represivos de Gobernadores y Alcaldes, que podían ejercer paralelamente a las penas por faltas aplicadas por el Juez, porque «el ejercicio de la autoridad debe ser libre y desembarazado», invocándose también el principio de separación entre la Administración y la Justicia. COLMEIRO, con su autoridad, justificó la doctrina de este Real Decreto de Competencia, que embarcó a nuestro Derecho en una vía de la que hasta ahora no ha salido; para COLMEIRO «la independencia de la Administración estaría comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva», admitiendo que se trata en realidad de «funciones propias del poder judicial», pero que «el poder legislativo delega en la Administración». Esta posición queda establecida en la práctica de nuestro Derecho. Más tarde, la Dictadura, la II República (con Leyes como la de Defensa de la República y la de Orden Público), el franquismo después, desarrollaron ampliamente esa potestad sancionatoria en los órganos centrales, haciendo incluso de la misma un medio normal de lucha contra la oposición política, o al menos contra cierta oposición política, aunque hoy pueda parecer sorprendente.

Aunque excluyendo ya esta última aplicación, inconciliable con otros derechos fundamentales, así como la posibilidad de que la Administración impusiera sanciones privativas de libertad (la Administración civil, no la militar, como veremos), la Constitución de 1978 ha mantenido en el citado artículo 25 (dándole por vez primera rango constitucional) esa potestad administrativa de sancionar, sin que tampoco ofrezca ningún criterio objetivo para distribuirse el campo con el *ius puniendi* que se actúa a través de procedimientos judiciales. Es el legislador, por tanto, el que efectúa esa distribución (así viene a admitirlo la propia Constitución en su art. 45.3: «se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas» contra quienes atenten contra el medio ambiente; esa «o» es expresiva por sí misma), con frecuencia en virtud de razones puramente cuantitativas (por ejemplo, el delito fiscal respecto de la infracción administrativa del mismo carácter), otras, la mayor parte de las veces, por razones de expeditividad ante una justicia penal bloqueada por la acumulación de asuntos, el procedimentalismo y la falta de articulación efectiva de la Administración con las Fiscalías, como ha notado PARADA. En Francia, muy recientemente, el Consejo Constitucional, en su función de control de la constitucionalidad de las Leyes, acaba de declarar compatible con el principio de división de los poderes la existencia de una potestad sancionatoria del órgano administrativo «Consejo Superior de lo Audiovisual» por existir un vínculo entre esa potestad y las autorizaciones o concesiones administrativas de que disfrutan las empresas destinatarias de las sanciones; el límite constitucional de la sanción administrativa estaría, pues, en referencia exclusiva a las infracciones de un título administrativo preexistente (Decisión 88-248 de 17 de febrero de 1989). Ese límite no ha sido precisado nunca en nuestro Derecho, aunque se reconozca una primacía a la jurisdicción penal sobre la administrativa en la aplicación del principio *non bis in idem*, al que luego nos referiremos. Desde esa primacía, es evidente que ciertos ilícitos no dejarán nunca de estar en el Código Penal, pero será difícil concretar formalmente cuáles, fuera de aquéllos cuya sanción privativa de libertad o de pérdida de derechos civiles y políticos parezca inexcusable, dado el monopolio judicial de ese tipo de sanciones.

A esa peculiaridad histórica, no presente en general en otros Derechos occidentales, han venido a sumarse otras dos razones más circunstanciales. En primer término, la generalización en algunos países europeos, ya en nuestra época, de procesos de «despenalización», que ha trasladado desde los jueces penales a la Administración la represión de los llamados

«delitos bagatela», aunque con entrada en juego de dichos jueces (y no de los contencioso-administrativos) si se formaliza una discrepancia con el infractor (sistemas alemán de las «infracciones del orden» e italiano de la *depenalizzazione;* tendencia norteamericana *towards an Administrative Law of Crime,* en materia de sanciones de tráfico). En segundo lugar, la influencia en Europa del sistema norteamericano de control de las prácticas restrictivas de la competencia, de actividades financieras y del mercado de valores, del sistema eléctrico o del de telecomunicaciones, de protección de datos personales, de seguridad nuclear a través de las llamadas «Administraciones independientes», con poderes sancionatorios, influencia respaldada por el sistema del Derecho Comunitario Europeo, entrando aquí en juego una garantía judicial *a posteriori,* sobre el modelo del contencioso-administrativo. Por último, la descentralización política en España ha creado tantos centros nuevos de poder sancionador como Comunidades Autónomas, extendiendo hasta el límite esta técnica represiva.

En todos los casos, herencia histórica, despenalización, influencia del sistema de Derecho Comunitario, multiplicación de centros políticos con poder sancionador, no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. Sólo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas. Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (las cuales, por su contenido, entre todas las demás penas, han de preverse por Leyes Orgánicas, Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1986) y las privativas de otros derechos civiles y políticos (aunque ciertas sanciones administrativas pueden producir ciertos efectos privativos de derechos, hasta ahora —y parece difícil que pueda exceder de ese ámbito— en el orden administrativo, como la capacidad para ser contratista de la Administración, arts. 20 y 21 LCAP; vid. *infra*). Pero aun ese criterio lo es en nuestro Derecho sólo desde la Constitución de 1978, artículo 25.3.

También el fin de las penas judiciales y de las sanciones administrativas es distinguible. Aquéllas, hoy por mandato constitucional (art. 25.3), «estarán orientadas hacia la reeducación y reiserción social», en tanto que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática, tanto que se ha pretendido incluso que puedan proceder por responsabilidad objetiva o al margen de la culpabilidad del infractor, extremo, sin embargo, hoy no sostenible en nuestro Derecho, como veremos.

2. El problema de la articulación técnico-jurídica de las sanciones administrativas

El mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa. Esto último supone —y esto es esencial— que el juez no interviene más que eventualmente y *a posteriori,* por la vía común del recurso contencioso-administrativo, y esto mismo fue ya un progreso, pues hasta la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (con la salvedad de alguna valerosa y excepcional Sentencia del Tribunal Supremo), los actos administrativos sancionatorios se calificaban de actos políticos o discrecionales y se excluían, por tanto, del control contencioso. El problema es ahora si esa aplicación administrativa del *ius puniendi* general puede separarse en sus principios de los establecidos con el mayor rigor para la aplicación penal por los jueces desde los orígenes del Estado de Derecho.

Históricamente esa separación de principios se mantuvo como derivada de una supuesta y nunca explicada «sustantividad» de las sanciones administrativas. En la medida en que ello se produjo en el XIX por el mantenimiento del Derecho sancionatorio de la policía, como institución mantenida del Antiguo Régimen, se ha podido hablar, como uno de nosotros lo hizo en 1976, de la persistencia de un «Derecho represivo prebeccariano», esto es, anterior a todos los refinamientos técnicos que el acogimiento de los principios de BECCARIA ha supuesto para el Derecho Penal actual. Las sanciones administrativas inicialmente no eran siquiera recurribles, ya lo hemos indicado, como expresión de la esencia misma de un poder político puramente discrecional en su ejercicio. Más tarde se reordenaron las ideas y se comprendió que no había sanción discrecional posible, por la necesidad de su previsión legal y por su referencia necesaria a un supuesto de hecho específico, que, en su mayor indefinición posible, siempre sería delimitable como un concepto jurídico indeterminado; la conducta sancionable no puede ser cualquiera, obviamente, sino que ha de ser una perfectamente tipificada, al menos para que los ciudadanos puedan conocer con alguna seguridad el ámbito de lo lícito y de lo sancionable. Ésa es la historia, penosamente desenvuelta tras la LJ de 1956, de las sanciones por razón de orden público o en materia de prensa. Pero aun la disposición estructural típica de un proceso administrativo dejaba en pie viejas técnicas del viejo Derecho de Policía que habían sido desmontadas desde la Revolución Francesa en el Derecho Penal y en el proceso que lo aplica: presunción de verdad de la decisión administrativa frente a presunción de inocencia del imputado, correlativa carga de probar la inocencia al sancionado, ejecutoriedad inmediata del acto administrativo sancionador frente al carácter suspensivo de los recursos procesales contra las sentencias condenatorias. Pero aun antes de estos dispositivos procesales, la potestad sancionatoria administrativa ha utilizado tradicionalmente, y dista aun de una inmunización total frente a las mismas, las

arcaicas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del *versare in re illicita*, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de los hechos sancionables y aun de las sanciones mismas disponibles, de las pruebas por presunciones, de los recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción *(solve et repete)* o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*, de la imprescriptibilidad de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las sanciones, de la inaplicación de técnicas correctivas como la del concurso de delitos, o de penas, o de causas de exclusión y modificación de la responsabilidad, etc. Con frecuencia la base de la potestad sancionatoria misma era, normalmente, reglamentaria, incluso de rango ínfimo (Circulares, Ordenanzas locales) y referida a conductas aludidas con una total indeterminación o a la «infracción de las normas reguladoras» de una materia, sin otras precisiones.

Tal situación, determinada por la formación histórica de este poder administrativo, por su evolución independiente como un simple instrumento de efectividad coercitiva, sin otras consideraciones, por la inexistencia de un cuadro normativo común dentro del cual integrar cada una de sus manifestaciones singulares, intentó ya tardíamente corregirse mediante una entrada en juego de los principios generales del Derecho Penal concebidos como principios generales del Derecho sancionador. Es la jurisprudencia preconstitucional, y fue una de sus mejores aportaciones, la que comienza esta vía (Ss. de 2 y 25 de marzo de 1972, como más significativas, rectificando una postura que en general legitimaba el uso que de la potestad sancionatoria venía haciendo la Administración), que quedará confirmada por la Constitución misma. Como ya sabemos, el artículo 25 de la Constitución ha incluido en una fórmula común penas y sanciones administrativas respecto de los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad. Pero esta regulación unitaria puede entenderse más amplia, como enseguida vamos a explicar.

3. La aplicación de los principios generales del Derecho Penal al Derecho sancionador de la Administración

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras Sentencias de amparo en la materia (30 de enero y 8 de junio de 1981), hizo suya esa postura que acababa de iniciar el Tribunal Supremo: «Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales». De este modo, la inmensa laguna que suponía la ausencia de un cuadro normativo general que definiese los principios generales de funcionamiento de las sanciones administrativas y de su aplicación se encuentra suplida por esa remisión general (que vendría impuesta por un principio constitucional, lo que supone su superioridad sobre cualquier eventual determinación contraria de las Leyes) a «los principios del orden penal», lo cual es de una extraordinaria importancia práctica, como bien se comprende.

El Tribunal Constitucional ha ido concretando luego esos «matices» que no hacen aplicables en su generalidad esos principios del orden penal al campo de las sanciones administrativas. Quizás la más significativa de esas excepciones se encontró en las calificadas por el propio Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo (con una enorme latitud), como «situaciones o relaciones de sujeción especial», supuesto en el cual las exigencias de la legalidad y de la tipicidad se relajarían o «debilitarían» notablemente, incluso hasta su desaparición pura y simple. Pero esta tesis, aplicada incluso a situaciones que nada tienen de «especial sujeción» (cfr. *supra*, cap. XV, § I, 1 e *infra*), fue superada felizmente por la importante Sentencia de 29 de marzo de 1990, que parece marcar la postura definitiva del Tribunal Constitucional sobre la materia. «La naturaleza sancionatoria de la medida (impide) que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza... y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales». Pues «una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. *Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo* (no hay duda en el penal) *el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano*».

Veremos al exponer los distintos principios rectores de la potestad administrativa de sanción cuál es el grado y alcance de esos «matices» o «adaptación —nunca supresión» (S. citada de 29 de marzo de 1990)— de los principios del orden penal a nuestro campo.

4. La cuestión de las sanciones disciplinarias y rescisorias

A) La materia disciplinaria

Hemos hecho una alusión a la cuestión de la potestad sancionatoria en las llamadas relaciones de sujeción especial. Este problema surge desde la peculiaridad de la llamada potestad disciplinaria, que es la que la Administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización. Aun en los países que mantienen con mayor rigor el monopolio sancionatorio de los jueces, la Administración, para mantener la «disciplina» interna de su organización, ha dispuesto siempre de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes, sanciones atañentes normalmente al régimen funcionarial

de los sancionados. Muy característico es el régimen de la disciplina militar. Esta potestad disciplinaria sufre luego dos extensiones, a partir de ese núcleo esencial: usuarios de los servicios públicos (escolares, presos, internados en instituciones sanitarias, característicamente), cuya disciplina se presenta también como una exigencia del funcionamiento regular del servicio; y miembros de las profesiones tituladas, integrados a estos efectos en Colegios profesionales, cuya articulación sobre el modelo corporativo les permite considerar la actuación de sus miembros como un problema interno [Ley de Colegios Profesionales, de 13 de febrero de 1974, art. 5.°.*i)*].

La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento, por una parte; y, en segundo término, la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológicos más que estrictamente jurídicos [la tradicional «falta de probidad» de los funcionarios, aun presente en el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, art. 88, y que derogó expresamente la Ley de Medidas de 30 de enero de 1984, art. 31; pero «atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración», art. 7.°1.*ñ)* del Reglamento de Régimen Disciplinario de 1986; «velar por la ética y dignidad profesional», dice aun el art. 5.°.*i)* de la Ley de Colegios Profesionales de 1974], y, con frecuencia, de deontología convencional o corporativa de ciertas profesiones específicas. Por ello, la tradición del Derecho Público ha pretendido dispensar al ejercicio de este tipo de potestad de los requisitos generales de la legalidad y la tipicidad, sustituyendo estas reglas por una suerte de potestad doméstica, legitimada en la simple posición de un previo sometimiento general —voluntario normalmente, pero no siempre: soldados, presos— de los destinatarios de las medidas disciplinarias.

Sin embargo, la evolución general en todos los Derechos ha conducido o está conduciendo a una integración general de estos poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado al procedimiento disciplinario las exigencias comunes impuestas por el artículo 6.°.1 del Convenio Europeo tanto a las sanciones disciplinarias militares en cuanto alcancen cierta gravedad (S. *Engel*, de 1976), como a las procedentes de organizaciones profesionales (Ss. *Le Compte y otros* y *Albert, Lecompte*, de 1981 y 1983), como también a los presos (S. *Campbell y Fell*, de 1984).

En Derecho español, una cierta jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, siguiendo alguna imprecisa formulación doctrinal, aplicó sistemáticamente el concepto de «relaciones de especial sujeción», que amplió incluso fuera del estricto ámbito disciplinario, dándole una extensión desmesurada; de hecho cualquier relación jurídica específica (incluso las referentes a autorizaciones o licencias, hasta las relaciones tributarias en bloque) podía calificarse de «sujeción especial». Pero ya notamos más atrás que el Tribunal Constitucional rectificó espectacularmente esta posición en su Sentencia de 29 de marzo de 1990. Desde una perspectiva simple, teniendo en cuenta la alusión general a las sanciones administrativas que se encuentra, con equiparación a las penas judiciales, en el artículo 25.1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ya había dicho muchas veces que este precepto consagra un verdadero derecho fundamental, el de no ser sancionado al margen de los requisitos que el mismo establece. Una simple tradición jurídica, más aún, una construcción conceptual cualquiera, y todavía más, mal interpretada y aplicada, no puede amparar un atentado contra ese derecho fundamental.

Importante también la Sentencia constitucional de 15 de noviembre de 1990 (que confirma otra de 27 de junio de 1984) que, en relación al elemento de la tipicidad en una sanción disciplinaria característica, niega la posibilidad constitucional de la sanción en base a un tipo legal genérico («incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario») por considerar que el artículo 25.1 de la Constitución «no tolera la aplicación analógica *in peius* de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa... a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles».

De este modo, la peculiaridad originaria de las sanciones disciplinarias ha concluido por conducir a una virtual identificación de su régimen con el del resto de las sanciones administrativas. Esta corriente se ha extendido incluso a ámbitos especiales corporativos tradicionalmente al margen del ordenamiento del Estado, como el del deporte (Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990, Tít. XI), o que se contemplaban convencionalmente desde la cláusula genérica de orden público, como el de los toros (Ley de potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos de 4 de abril de 1991), cuya legalización y tipificación han concluido por formalizarse.

La única singularidad que hoy resta de las sanciones disciplinarias respecto de las demás sanciones administrativas es, en su relación con las penas judiciales, la inaplicación respecto de ellas del principio *non bis in idem*, esto es, su compatibilidad con dichas penas. Así lo ha establecido, por razones fácilmente comprensibles, la restitución de la disciplina interna de la organización de que se trate, la jurisprudencia tanto constitucional (Ss. de 6 de junio de 1984 y muchos Autos de inadmisión de recursos de amparo, por ejemplo, 13 y 21 de noviembre de 1988) como ordinaria (Ss. TS 19 de abril, 7 de octubre de 1986, etc.).

B) El régimen disciplinario militar

Una peculiaridad sigue afectando al régimen disciplinario de las fuerzas armadas. Integrado antes de la Constitución dentro de la justicia militar en general (y dentro del Código de Justicia Militar), el mandato del artículo 117.5 de la Constitución ha determinado una alteración de su

regulación. Por de pronto, ha desaparecido la consideración de Autoridad judicial que correspondía a los Capitanes Generales, según un régimen que hundía sus raíces en una tradición multisecular, y con ello la posibilidad de una apreciación puramente estimativa de las conductas contrarias al «espíritu militar». Es digno de notar que el Gobierno español, que conocía la ya aludida jurisprudencia europea, en el momento de la ratificación del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 (Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, aunque la firma se hizo en 1977, antes de la Constitución, pues) reservó la aplicación de los artículos 5.° y 6.° de dicho Convenio «en la medida que fueran incompatibles con... el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas». La Constitución, sin embargo, ha operado luego por sí sola, pues frente a ella no caben «reservas». Hoy las faltas disciplinarias están tipificadas (fuera del Código Penal Militar) por la Ley (Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 27 de noviembre de 1985) y existe un orden judicial específico, una de cuyas funciones es la de fiscalizar (contencioso-disciplinario militar, sobre el esquema del contencioso-administrativo, regulado por el Libro IV, Parte 1.ª, de la Ley Procesal Militar de 13 de abril de 1989) la aplicación de las sanciones disciplinarias (Ley Orgánica de 15 de julio de 1987, en particular art. 17). No obstante, las peculiaridades de estas sanciones siguen siendo notables: la autoridad sancionatoria es ordinariamente el superior jerárquico, con disponibilidad decreciente de las sanciones; el procedimiento en las faltas leves será «preferentemente oral» (en tanto que en las faltas graves se requiere un «juez instructor» togado); las sanciones disponibles incluyen las privativas de libertad, «arresto», hasta tres meses, dado que la prohibición de estas sanciones en el artículo 25.1 de la Constitución afecta sólo a la Administración «civil»; en fin, aunque aparentemente sólo se habla de recurso jurisdiccional contra las sanciones graves (art. 52 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), la cláusula general del artículo 453 de la Ley Procesal Militar de 1989, que habilita una vía «preferente y sumaria» (conforme al art. 53.2 de la Constitución) para impugnar cualquier sanción disciplinaria «que afecte al ejercicio de derechos fundamentales», permite concluir que cualquier arresto es, lógicamente, recurrible ante esa vía judicial especial.

C) Las llamadas sanciones rescisorias

Nos resta por tratar el problema de las llamadas sanciones rescisorias de actos o contratos administrativos anteriores. El mal en que la sanción consiste es aquí la pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja: la Administración deja sin efecto, temporal o definitivamente, un acto administrativo favorable al sancionado como consecuencia de una conducta ilegal de éste realizada desde la titularidad de dicho acto.

Pero aquí hay que ofrecer también algunas precisiones. La primera, que la medida aflictiva ha de ser respuesta precisamente a una conducta

ilegal previa (así la Sentencia constitucional de 4 de julio de 1988 se niega a calificar de sanción la denegación de una pensión por falta de requisitos). La segunda es que en todas las relaciones bilaterales (contratos, concesiones) distintas de las de empleo público la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma [responsabilidad contractual, sin perjuicio de su posible alcance general *pro futuro*, art. 20.*c)* LCAP] y no del poder sancionatorio general, sin otra particularidad sobre las instituciones paralelas jurídico-privadas que la disponibilidad de la autotutela por la Administración. En cambio, las revocaciones o caducidades de licencias, autorizaciones y permisos, que afectan a los derechos de los sujetos cuyo ejercicio esos actos administrativos posibilitan, caen de lleno dentro de los actos sancionatorios. Así licencias urbanísticas, Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, legislación autonómica sobre el tema; licencias municipales en general, artículo 16.1 RSCL; en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias, artículo 34 del Reglamento de 22 de julio de 1967; retirada del permiso de caza, artículo 48 de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, revocación de las autorizaciones para el ejercicio del crédito (art. 19 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988), del seguro [art. 29.1.*f)* de la Ley de Ordenación del Seguro Privado], del permiso de conducir (arts. 65 y sigs. de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial de 1989), clausura de locales o instalaciones [art. 10.5 del Real Decreto 22 junio 1983, de infracciones y sanciones en defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria; art. 12.*b)* de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 22 diciembre 1972; art. 35 de la Ley de Residuos de 21 de abril de 1998].

Estas sanciones, lo mismo que las disciplinarias, no están afectadas por la prohibición de acumulación con las penales según el principio *non bis in idem;* aunque con toda frecuencia la retirada de los actos administrativos en que consisten se define como accesoria de la pena judicial (retirada del permiso de conducir, etc.), cuando no es así la Administración tiene la posibilidad de partir de la infracción penal constatada para rescindir o limitar el acto administrativo base, cuyo tenor u obligaciones derivadas han podido ser violados por dicha infracción.

5. Las sanciones tributarias

Hoy (sobre todo tras el art. 25 de la Constitución) son sanciones administrativas típicas, sin otra especialidad que las propias de su objeto y su procedimiento. Están reguladas por la Ley General Tributaria, de 27 de diciembre de 2003, Título IV, artículos 178 y siguientes. La Sentencia constitucional de 26 de abril de 1990 enjuició la constitucionalidad de la regulación anterior contenida en una Ley de 1985; su punto de partida, la calificación de la relación jurídico-tributaria como relación de sujeción especial (Fundamento 3), lo que «justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales», así como el surgimiento en la

Administración de «potestades específicas», es doctrina que no compartimos y a la que preferimos la ya aludida de la Sentencia del propio Tribunal de 29 de marzo de 1990, reductora resuelta de esa tesis de las relaciones de especial sujeción y, sobre todo, de sus efectos sobre los derechos fundamentales. El *continuum* entre las sanciones administrativas y las penales es más inexcusable precisamente en esta materia tributaria desde el momento en que una misma infracción caerá en uno u otro ámbito únicamente por razón de cuantía (arts. 305 y sigs. del Código Penal). La nueva LGT subraya esa identidad con el ilícito penal en su artículo 2 («serán aplicables los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general»).

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO

1. La aplicación y la matización de los principios jurídico-penales

Ya hemos expuesto que la regulación unitaria de las penas y de las sanciones administrativas por el artículo 25 de la Constitución, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han impuesto la aplicación a la esfera sancionatoria administrativa de los principios generales del Derecho Penal, sumamente elaborados y precisos, y más aún ante la carencia de una regulación paralela de una «parte general» en el Derecho de las sanciones administrativas.

Ahora bien, esa aplicación debe hacerse, dice esa jurisprudencia, «con matices». Algunos de esos matices, tal como la misma jurisprudencia los ha precisado, rinden un cierto tributo a la fuerte tradición del sistema sancionatorio administrativo en nuestro Derecho, otros pueden justificarse en datos estructurales objetivos, otros, en fin, con todos los respetos, parecen difícilmente justificables. Por de pronto, ha de recordarse que el propio artículo 25 formula por sí mismo una equiparación de los dos ámbitos represivos en cuanto a legalidad, tipicidad e irretroactividad. Hoy el Título IX, «De la potestad sancionatoria», de la LPC, arts. 127 y sigs., ha operado una clarificación necesaria, que, por cierto, el Real Decreto de 4 de agosto de 1993 (Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora) parece intentar enturbiar.

A) Principio de legalidad

Es la expresión del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege.* La Ley ha de preceder a la conducta sancionable, dice el artículo 25 de la Constitución *(lex previa),* así como determinar el contenido de la sanción que pueda imponerse.

El artículo 25 usa el término «legislación» y no el de Ley, lo cual suscita

la cuestión de si se está refiriendo a cualquier norma o sólo, precisamente, a la Ley formal, eso es, si se trata de una verdadera reserva de Ley. En favor de esto último militan razones decisivas. Primero, que tal es, incuestionablemente, el caso de las infracciones penales, y la equiparación entre éstas y las administrativas es completa en el artículo 25 (aunque el Tribunal Constitucional ha precisado —Sentencias de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986— que la previsión de penas privativas de libertad, al poner en juego el art. 17 de la Constitución requiere, además, Ley Orgánica). Segundo, el carácter de derecho fundamental que tiene la formulación de dicho artículo 25 (y así no ha podido dejar de subrayarlo el Tribunal Constitucional: Sentencias de 23 de octubre de 1983, 29 de marzo de 1990, etc.), lo que hace entrar en juego el artículo 53.1 de la Constitución, según el cual «*sólo por Ley... podrá regularse* el ejercicio de tales derechos». En tercer término —lo que, en último extremo, no es sino una especificación de lo anterior—, porque delimitando la Ley sancionatoria el ámbito de lo lícito y de lo ilícito sancionable, y por tanto, las fronteras de la libertad, este efecto capital en la vida social no puede quedar deferido a una simple norma reglamentaria (Sentencias TS de 19 de mayo de 1982, 18 de abril de 1983).

Esta tesis, reserva de Ley ordinaria, y «reserva absoluta», es la declarada por el Tribunal Constitucional. Su Sentencia 276/2000 resume con especial lucidez esta doctrina: «Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, que recuerda la STC 133/1999, FJ 2, "el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la Constitución extiende la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege* al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador (SSTC 42/1987, FJ 2; 69/1989, FJ 1; 219/1989, FJ 2; 2007/1990, FJ 3 y 341/1993, FJ 10) y comprende una doble garantía. La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos *(lex previa)* que permitan predecir con el suficiente grado de certeza *(lex certa)* dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y la eventual sanción; la otra, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término 'legislación vigente' contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (SSTC 42/1987, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 219/1989, 61/1990, 83/1990, 207/1990, 6/1994, 145/1995 y 153/1996)"».

«La regla es absoluta, por cuanto "refleja la especial transcendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual" (STC 212/1996), y ello porque "cuando de ejercitar la potestad sancionadora se trata el más exquisito cuidado en la observancia de la forma se impone. Porque es la potestad sancionadora de la Administración sumamente grave y temible, cuyo ejercicio, como el de la potestad punitiva general del Estado, debe verse rodeado de las máximas cautelas" (Sentencia Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1986)».

Así ha venido a recogerlo hoy el artículo 127 LPC: «la potestad sancionatoria de las Administraciones públicas... se ejercerá cuando haya sido *expresamente* atribuida por una norma con rango de Ley». Igualmente, el 23.2 LGO, al definir la materia reglamentaria, prescribe: «Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni... podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones». Esto supone la resuelta proscripción del Reglamento en la materia (el TC salva las regulaciones preconstitucionales, a nuestro juicio sin demasiada justificación, dado lo ya expuesto). Pero esta proscripción no es absoluta, y aquí resulta una de las «matizaciones» que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre los principios penales comunes. No son posibles, por supuesto, puesto que esto variaría la reserva de Ley, ni las regulaciones reglamentarias independientes o que intenten tipificar conductas sancionables o sanciones sin cobertura legal precisa, ni las que pretendan amparare en una cláusula de deslegalización o de remisión inespecífica. Ejemplar, en esta posición, la Sentencia TS de 10 de noviembre de 1986, que anuló en su totalidad la regulación contenida en el RD 4 diciembre 1985 de las infracciones y sanciones laborales (que conectaba, pretendiendo desarrollarlo, con el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores, con rango de Ley), dando lugar a una enorme laguna en nuestro ordenamiento que hubo de ser cubierta por la Ley de 7 de abril de 1988, de infracciones y sanciones en el orden laboral. «Lo que prohíbe el artículo 25.1 de la Constitución es la remisión al Reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionatoria» (Sentencia constitucional 29 marzo 1990). Esta colaboración se define como el «desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley» (Sentencia constitucional 60/2000 y las por ella citadas). El Reglamento no puede, pues, definir ilícitos o conductas sancionables ni las sanciones aplicables. Esto supone que «el artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes» (Sentencias constitucionales 305/1993 y 45/1994).

El artículo 129.3 LPC ha intentado concretar esa colaboración reglamentaria: «las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes». Sin embargo, el Reglamento de desarrollo de la LPC «del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora», de 4 de agosto de 1993, artículos 1.2 y 2.2, dio un paso más admitiendo la posibilidad de que simples Ordenanzas Locales «tipifiquen como infracciones hechos y conductas», previsión claramente ilegal, además de inconstitucional.

El problema ha venido a recibir una nueva respuesta en la Ley de 16 de diciembre de 2003, de medidas para la modernización del gobierno

local, que ha añadido a la LRL un nuevo Título XI con la pretensión de adaptar las exigencias del principio de legalidad a las singularidades locales en la línea de la doctrina establecida por la Sentencia constitucional de 8 de junio de 2001. El nuevo artículo 139 LRL permite así a los entes locales, «en defecto de normativa sectorial específica» y en un ámbito muy concreto («la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia del interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras y espacios públicos») «establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas» respetando siempre los criterios que la propia Ley establece expresamente en los artículos siguientes.

Estos criterios que se formulan a partir de una clasificación de las infracciones en muy graves, graves y leves, no se limitan, sin embargo, a establecer una graduación de las conductas en función de la intensidad de la perturbación o de los daños que puedan ocasionar, sino que incluyen una descripción básica de las conductas mismas [así, por ejemplo, art. 140.1.*b)*: «el impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas»; art. 140.1.*d)*: «los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público», etc.] que las Ordenanzas particulares de cada municipio vendrían luego a especificar y precisar. Si así se entendiera y aplicara, la nueva regulación podría aceptarse sin graves escrúpulos.

B) Principio de tipicidad

El principio de legalidad impone, pues, la «exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que... afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que... el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta» (Sentencia constitucional de 29 de marzo de 1990). Así lo declara hoy el artículo 129 LPC, que, consecuentemente, concluye que «las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica».

La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (y delimitadas, además, por la representación democrática del pueblo a través de las Leyes: STC 137/1997); y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica (art. 9.°.3 de la Constitución), que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza sufi-

ciente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos *(lex certa)*.

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción, que «permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa» (términos de la misma Sentencia Constitucional de 29 de marzo de 1990). Obsérvese que estos juicios son interpretativos de la Constitución formulados por el Tribunal Constitucional y que por ello prevalecen incluso frente a las Leyes y, en todo caso, han de presidir siempre su interpretación (art. 5 LOPJ). Recordemos, en fin, la Sentencia constitucional de 15 de noviembre de 1990 que citamos *supra* § I, 4, a propósito de las sanciones disciplinarias, en la que se negó la posibilidad de sancionar en base a un tipo legal genérico, el de «incumplimiento de los deberes y obligaciones» del funcionario. Una formulación de ilícitos de tal amplitud no ha sido infrecuente, pero resulta inadmisible desde la exigencia de la tipicidad. Por de pronto, hay infracciones legales que no lesionan ningún bien jurídico ni presentan ningún peligro social, respecto de las cuales el ordenamiento reacciona al margen del sistema de sanciones personales, e incluso permite con frecuencia subsanar (p. ej., art. 71 LPC). (De nuevo, sin embargo, el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, art. 2, pretende salvar la calificación genérica como infracción de «los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones o prohibiciones establecidas» en las Leyes, interpretando esta cláusula, expresamente condenada, como hemos visto, por la jurisprudencia constitucional, como una remisión a los Reglamentos para que procedan a la tipificación y graduación específica; esta conclusión excede del sentido literal de los arts. 127 y 129.3 LPC, evidentemente, y, como hemos visto, de la regla constitucional tal como el Tribunal Constitucional la ha concretado.)

En materia disciplinaria, no obstante, resulta difícil evitar, como ya notamos más atrás, la formulación de *standards* deontológicos de conducta a los que conectar efectos sancionatorios. A este efecto, convendrá retener dos cosas: una, que el artículo 26 de la Constitución prohíbe formalmente los llamados Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil, que juzgaban «en conciencia» si el inculpado era «indigno de seguir desempeñando sus funciones» (Ley 17 octubre 1941), juicio abierto e inmotivado que resulta, por tanto, excluido de nuestro ordenamiento, y no sólo por razones de procedimiento; en segundo lugar, que esos *standards* deberán interpretarse como conceptos jurídicos indeterminados (cfr. capítulo VIII, § IV, 2) y, por tanto, deberán rellenarse a través de un análisis pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación de los mismos desde los valores expresos en dichos conceptos jurídicos y no por meros juicios apodícticos o de invocación del abstracto honor o dignidad de un colectivo.

C) Culpabilidad

Se pretendió en tiempos que la responsabilidad administrativa a efectos de sanciones administrativas era una responsabilidad objetiva, que no requería dolo o culpa en la conducta sancionable. Esta posición fue condenada, primero por la jurisprudencia, desde mediados de los años setenta, después por la regla de la aplicación general de los principios del Derecho Penal al Derecho sancionador administrativo que recibió respaldo constitucional en el artículo 25, tantas veces citado. Uno de esos principios es justamente el de culpabilidad, que supone imputación y dolo o culpa en la acción sancionable. Bastará esa remisión general a los principios de Derecho Penal, que no parece necesario repetir aquí. El artículo 130.1 LPC declara hoy: «sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de las mismas, aun a título de simple inobservancia».

Aún recientemente el Tribunal Constitucional hubo de enfrentarse con la constitucionalidad de la reforma por Ley de 26 de abril de 1985 de la Ley General Tributaria de 1963, en cuyo artículo 77.1, al definir las infracciones tributarias («las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las Leyes») se suprimió la mención de que tales acciones y omisiones debían ser precisamente «voluntarias», que figuraba en el texto de 1963. Los recurrentes de inconstitucionalidad y los Tribunales que habían planteado cuestión de inconstitucionalidad sobre esa modificación legal, así como por la nueva definición de la responsabilidad solidaria formulada en el artículo 38.1, por el mismo reproche, entendían que la Ley pretendía implantar un sistema de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias. La Sentencia constitucional de 26 de abril de 1990 rechaza la impugnación, pero no por aceptar esa consecuencia de la responsabilidad objetiva, que no es arriesgado imaginar que estuvo probablemente en el ánimo de los redactores de la reforma, sino porque la exigencia de la culpabilidad es inexcusable en nuestro sistema. «Es cierto —dice— que, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Código Penal, en el que se ha sustituido aquel término —de "voluntarias"— por la expresión "dolosas o culposas", en la LGT se ha excluido cualquier adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de infracción tributaria. *Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del* ius puniendi *del Estado, tal resultado sería inadmisible en nuestro ordenamiento*», para concluir que «el precepto está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo, o culpa o negligencia grave y... que más allá de la simple negligencia, los hechos no pueden ser sancionados». Igualmente la Sentencia afirma que, aunque no se haga constar expresamente en el artículo 77.4 LGT entre las causas de exención de responsabilidad el error de derecho, «es evidente que el error de Derecho —singularmente el error invencible— podrá producir los efectos de exención

o atenuación que le son *propios en un sistema de responsabilidad subjetiva*». El error de derecho se justifica con una interpretación «razonable» y no claramente absurda o temeraria. Es, pues, una Sentencia interpretativa, muy importante en el extremo que nos ocupa. La nueva LGT de 17 de diciembre de 2003 ha eliminado cualquier posible duda (art. 183.1: «Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley»).

Una particularidad final del juego de este elemento de la culpabilidad en las sanciones administrativas es la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas, frente al viejo principio *universitas delinquere non potest*. Las últimas Leyes, sin embargo (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988, Ley de Mercado de Valores de 1988, Ley de Defensa de la Competencia de 1989), están extendiendo la responsabilidad de las personas jurídicas cumulativamente a la de sus administradores —por vía subsidiaria en el caso de infracción tributaria, artículo 40.1 LGT. Así lo generaliza hoy el ya citado art. 130.1 LPC.

En fin, la elevación a regla de la responsabilidad solidaria en todo supuesto en que «el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente» (art. 130.3 LPC), es de constitucionalidad dudosa, como resulta de los términos de la Sentencia constitucional citada de 26 de abril de 1990. En cualquier caso, por aplicación del principio de tipicidad, que la propia Ley proclama (art. 129.1), estimamos que esa solidaridad deberá figurar en la Ley que establezca el tipo legal de infracción, no pudiendo jugar ese artículo 130.3 como un tipo general e indeterminado.

D) Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se formuló como regla del Derecho Penal en los orígenes modernos de éste, Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 9.°, «penas estricta y evidentemente necesarias», conceptos que pasan literalmente al artículo 8.° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo valor positivo en nuestro Derecho resulta del artículo 10.2 de la Constitución. Supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas. El principio ha sido formulado más expresamente por la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia sancionatoria. Nuestro Tribunal Supremo lo ha calificado de «principio propio del Estado de Derecho», y en concreto uno de «los principios constitucionales de garantía penal, comunes a todo ordenamiento sancionador» (Ss. 10 junio 1981, 7 abril 1982, 29 enero 1983, etc.). Igualmente el Tribunal Constitucional (Sentencia 136/1999). Hoy lo declara el artículo 131.3 LPC, con criterios concretos de graduación (intencionalidad o reiteración, perjuicios causados, reincidencia por infracción de la misma naturaleza en el plazo de un año).

E) Derecho a la presunción de inocencia

Este derecho está hoy sustantivado en el artículo 24.2 de la Constitución, referido en su redacción al proceso, pero cuya significación general, como base del sistema general de la libertad, lo hace necesariamente extensible a la materia sancionatoria administrativa.

Hoy no hay sobre esta extensión de tan esencial derecho fundamental la menor duda. El Tribunal Constitucional así lo ha declarado de manera constante: «El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas de cuya apreciación derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos» (S. 8 marzo 1985). El artículo 137.1 LPC lo proclama hoy sin ambages: «Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario». En materia tributaria, artículo 33 de la Ley de 26 de febrero de 1998, de derechos y garantías de los contribuyentes.

Este principio ha deshecho en la esfera sancionatoria administrativa viejos privilegios procedentes en línea directa del antiguo Derecho de policía: la presunción de verdad de las actas o denuncias de funcionarios administrativos, la presunción de verdad del mismo acto sancionatorio, que se beneficiaría de la situación posicional de todos los actos administrativos que obligan a quienes disientan de los mismos a una impugnación en el que el recurrente tendría la carga de la prueba (aquí, nada menos, que la de probar su inocencia), la admisión generalizada de la prueba por presunciones para eludir la astucia de los infractores para ocultar o destruir las pruebas (así la vieja jurisprudencia en materia de contrabando, p. ej. Ss. Sala 3.ª 29 enero, 3 junio y 8 junio 1970), etc. La presunción constitucional de inocencia, con rango de derecho fundamental, supone que sólo sobre la base de pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa (aquí, la propia Administración, en su fase instructoria), podrá alguien ser sancionado. La supuesta presunción de verdad de los actos administrativos no es tal, sino un mecanismo de autotutela previa o provisional que presume sólo la validez en tanto ésta no se destruya a través de un medio impugnatorio (salvo las nulidades de pleno derecho); pero la impugnación podrá basarse, justamente, en que la Administración no ha alcanzado con sus pruebas a destruir esa presunción constitucional de inocencia (así, expresamente, la S. constitucional de 26 abril 1990, a la que luego nos referiremos); es inimaginable imponer a alguien la carga de probar su inocencia, lo que normalmente equivale a una *probatio diabolica*. Toda sanción ha de apoyarse en una actividad probatoria de cargo

o de demostración de la realidad de la infracción que se reprime, sin la cual la represión misma no es posible (Ss. 26 diciembre 1983, 20 febrero y 11 marzo 1985, 11 febrero 1986, 21 mayo 1987, 4 de febrero de 1991, etc.).

El problema de la supuesta presunción de verdad de las actas o denuncias de los agentes administrativos (cuando en la esfera penal el art. 297 LECrim. atribuye a los atestados policiales el valor de meras denuncias) ha de ser valorado desde esta misma perspectiva. La Sentencia constitucional de 26 de abril de 1990 dejó indemne la fórmula del artículo 145.3 LGT, en su redacción de 1985, que dice que «las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario», pero lo adicionó con un fallo interpretativo que *condiciona su constitucionalidad a la interpretación* que ofrece su Fundamento 8.B). Esta interpretación peca en sí misma de cierta imprecisión, pero al menos ha quedado rigurosamente claro que «*no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular,* pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminación de la conducta reprochada; que *la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia;* y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio». De modo que «toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par la certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que *el artículo 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción*». Por tanto, «*ha de excluirse* a limine *que el artículo 145.3 LGT establezca una presunción legal que dispense a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos sancionados*». Lo que parece que, en el razonamiento de la Sentencia, ha llevado a preservar la constitucionalidad «bajo reserva de interpretación» de ese precepto, es que el Tribunal Constitucional quiso precisar que las actas de la inspección «no tienen la consideración de simple denuncia», sino que es un elemento probatorio más, susceptible incluso de valorarse en vía contencioso-administrativa junto con los demás elementos probatorios, «sin necesidad de reiterar en dicha vía la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo». Pero a continuación dice que esta regla no se aplica al proceso penal, dentro del cual el acta de la inspección «tendrá el valor probatorio como prueba documental que el Juez penal libremente aprecie». Esta diferencia de efectos de las actas en el proceso contencioso-administrativo y en el penal resulta profundamente equívoca, y mucho más cuando lo que separa en esta materia la sanción administrativa del delito penal es un simple límite de cuantía, de modo que se admite difícilmente que la garantía del contribuyente se modifique por encima o por debajo de los 15.000.000 de pesetas, cuando el mismo precepto constitucional la ampara. La nueva LGT de 2003 reitera en su artículo 144.1 el texto del artículo 145.3 de la Ley anterior, por lo que le es aplicable la doctrina constitucional establecida a propósito de este último. El artículo 210 de la nueva Ley, recoge, por otra parte, la precisión introducida en el sistema de la precedente LGT por la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes de 26 de febrero de 1998, precisando en su apartado 2 que «los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en... los procedimientos de aplicación de los tributos... y vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador deberán incorporarse formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución», lo que viene a subrayar la idea que ha quedado expuesta, esto es, que las actas de inspección son un elemento probatorio más a valorar junto con los demás que hayan sido incorporados al expediente.

Así ha de entenderse también al artículo 137.3 LPC: «Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados». En todo caso «valor probatorio» implica una simple calidad de prueba, no de prueba plena o con fe pública, a valorar por el órgano sancionador «según las reglas de la sana crítica», y mucho más por el órgano judicial de control, que ha de partir, necesariamente, de la presunción de inocencia proclamada con carácter general por el artículo 24.2 de la Constitución.

Lo que la Sentencia constitucional de 26 de abril de 1990 quiso preservar fue la singularidad esencial de las sanciones administrativas, en que la apreciación de los hechos y el juicio de culpabilidad se hacen por la Administración, en la vía administrativa y bajo el control eventual y posterior de los Tribunales contencioso-administrativos; este control no implica en nuestro sistema devolver la integridad del poder sancionatorio a dichos Tribunales, que deberían entonces actuarlo mediante la concentración de medios probatorios en el juicio oral, al modo del proceso penal, sino que es un control que se efectúa por la valoración *a posteriori* de esa apreciación de hechos y ese juicio de culpabilidad que la Administración ha realizado ya en el procedimiento sancionatorio (en los sistemas alemán e italiano de las «infracciones del orden» y de la despenalización la oposición del inculpado sí produce esa devolución del poder sancionador, pero es en favor de un Tribunal penal de Derecho común, no contencioso-administrativo, el cual impone por sí mismo la pena originariamente).

Pero ésa es toda la peculiaridad de las sanciones administrativas, constitucionalizadas por el artículo 25, como sabemos. Ello no tiene ninguna consecuencia en cuanto a la presunción de inocencia del inculpado, presunción que deberá respetar necesariamente la Administración y destruirla en su caso con verdaderas pruebas de cargo, las cuales no podrán ser suplidas por la libre estimación de ningún funcionario. Así lo reconoce, por lo demás, la propia Sentencia.

Desde estos criterios, que son los constitucionales, debe interpretarse el intento de asignar valor de prueba *iuris tantum* en materia de Seguridad Ciudadana, artículo 37 de su Ley Orgánica, a las «informaciones aportadas por los agentes de la autoridad que hubiere presenciado los hechos».

F) Prescripción

Hasta la LPC no existía una regulación general de la prescripción en materia de sanciones administrativas, lo que se suplía, o bien por la afirmación (que no faltó, aunque resulte sorprendente) de que el Derecho sancionatorio administrativo no admitía la prescripción como causa de extinción de las infracciones o de sus sanciones, o con las reglas del CP, bien la general establecida para las faltas, bien aplicando la gradación de plazos prescriptorios según la cuantía de las multas penales. El artículo 132 LPC ha establecido ya ese criterio general que faltaba, estableciendo, tras una primera e injustificada remisión a lo que dispongan las Leyes especiales a cada tipo de sanción, que las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos y las leves a los seis meses; el *dies a quo* es la fecha de realización de la infracción.

A su vez, las sanciones ya impuestas prescriben también en los mismos plazos (*dies a quo*, la firmeza del acto sancionatorio), salvo el de las impuestas por faltas leves, que es de 1 año en lugar de 6 meses.

Estos plazos se interrumpen: el de las infracciones, por iniciación del procedimiento «con conocimiento del interesado» (debiendo tenerse muy en cuenta la importante regla de caducidad automática del art. 43.4 de la propia LPC); el de las sanciones, por iniciación, con el mismo conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución. Estas interrupciones de la prescripción cesan en sus efectos, reanudándose el plazo transcurrido hasta entonces, si los expedientes respectivos se paralizan durante más de un mes «por culpa no imputable» al interesado.

III. LAS RELACIONES ENTRE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN PENAL

1. Incompatibilidad y *non bis in idem*

Durante toda la vida de nuestro contencioso hasta el momento mismo de la Constitución la jurisprudencia utilizó la doctrina de que, tratándose

de dos ordenamientos distintos, las sanciones administrativas eran perfectamente compatibles e incluso independientes respecto a las penales frente a unos mismos hechos. De modo que cabía que por unos mismos hechos se sufriese una doble punición (administrativa y penal) y, lo que resultaba aún más chocante, unos mismos hechos podían estimarse de un modo por el juez penal y de otro completamente distinto o hasta contradictorio por la autoridad administrativa sancionatoria.

Hoy esta tesis está rectificada por el Tribunal Constitucional desde una de sus primeras Sentencias, la de 30 de enero de 1981, que estableció, por contra, el principio radicalmente contrario, el de *non bis in idem*, principio que según el Tribunal Constitucional va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad recogido en el artículo 25 de la Constitución y por tanto participa de la naturaleza de derecho fundamental. Doctrina reiterada: Sentencias constitucionales de 27 de noviembre 1985, 23 mayo 1986, 18 de junio de 1990, etc. De este modo se ha consolidado el criterio de la unidad represiva entre sanciones administrativas y penas judiciales, que, en efecto, el artículo 25 de la Constitución impone. El artículo 133 LPC hoy lo proclama expresamente.

Una excepción admite nuestra jurisprudencia a la prohibición de la doble sanción, la relativa a las sanciones disciplinarias y, en ciertas condiciones especiales, a las que más atrás hemos llamado rescisorias de actos administrativos favorables. La explicación de esta excepción, que una buena parte de las veces no necesita materializarse en dos procedimientos al estar incluida la pérdida o suspensión de los derechos administrativos entre las penas accesorias de la principal impuesta por el juez, se ha intentado derivar de la doctrina de la «relación de sujeción especial», a la cual ya hemos opuesto serias reticencias y con la que preferimos por ello no operar. La constatación de que una persona ha cometido un delito puede tener, por sí misma, una significación directa en el ámbito interno de la organización que la potestad disciplinaria protege; que un notario haga un uso indebido de su fe pública, o que un médico falsee sus diagnósticos, o que un funcionario trafique con informaciones que está obligado a mantener secretas, afecta, sin duda, al orden general y la reacción penal estará justificada; pero también revela la presencia en el seno de la corporación o de la organización de agentes contra los que puede estar justificada una actuación disciplinaria que tutele o depure el propio aparato, si las penas accesorias correspondientes no producen por sí esa depuración.

Este supuesto de compatibilidad, excepción al principio general *non bis in idem*, ha sido declarado por el Tribunal Constitucional, Sentencias 6 de junio de 1984, 21 de noviembre de 1984, 15 de noviembre de 1985, 13 de noviembre de 1988.

2. Precedencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo

Supuesto el principio general *non bis in idem*, que presupone que unos mismos hechos no pueden ser objeto de penas judiciales y de sanciones administrativas, se plantea ahora cuál de los dos órdenes tiene preferencia para enjuiciar esos hechos. Esa primacía corresponde al juez penal, como ha recordado la Sentencia constitucional de 3 octubre 1983, según el viejo principio *le criminel tient le civil en état* y el régimen general de la prejudicialidad (art. 4.1 LJ). El artículo 10.2 LOPJ ha limitado la tradicional automaticidad del efecto suspensivo de la prejudicialidad penal sobre los demás procesos a los supuestos de «que no pueda prescindirse [de la Sentencia penal] para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta». Entendemos que esta regla resulta aplicable igualmente al procedimiento administrativo en curso (así, art. 7 del Reglamento de 4 de agosto 1993 de procedimiento sancionador).

3. La autonomía del ilícito administrativo frente a la apreciación prejudicial del juez penal. La llamada prejudicialidad devolutiva en favor del juez administrativo

El artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que

> «por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación».

Es la llamada cuestión prejudicial incidental en favor de la jurisdicción penal o no devolutiva. Para resolver estas cuestiones prejudiciales el juez penal, dice el artículo 7 de la propia Ley,

> «se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo en las cuestiones prejudiciales que... deba resolver».

Es, pues, esencial a este régimen que la apreciación por el juez penal de un ilícito administrativo no produce fuerza de cosa juzgada en el orden jurídico administrativo, por más que sea plenamente eficaz para «el efecto de la represión penal» que el juez penal decide. Es el mismo régimen, exactamente, que el que dispone, más claramente, el artículo 4.2 LJ sobre las decisiones prejudiciales adoptadas en los procesos contencioso-administrativos: «La decisión que se pronuncie *no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente*».

Pero la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha dispuesto un caso diferente de prejudicialidad, la llamada «devolutiva», en que *el juez penal no puede resolver por sí mismo, sino que debe suspender el procedimiento y remitir de una manera previa la cuestión al Tribunal contencioso-administrativo competente.* Así lo formula el artículo 4 de dicha Ley:

> «Sin embargo, si la cuestión [prejudicial] fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal contencioso-administrativo competente... En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal.»

Este precepto se interpretó siempre como una mera facultad del juez penal, que se aplicó, además, rarísimamente durante el siglo largo de vigencia de la Ley. Pero el Tribunal Constitucional, en una serie de Sentencias recientes, ha rehabilitado ese precepto y lo ha hecho de aplicación preceptiva sobre los principios constitucionales del juez predeterminado por la Ley y de la tutela judicial efectiva, con objeto de evitar la posible contradicción de Sentencias sobre un mismo hecho. La situación de la que resultaron las Sentencias Constitucionales de 26 de febrero, 26 de marzo, 27 de mayo y 11 de junio de 1996 era especialmente vivaz. Licenciados de Medicina españoles habían obtenido en la República Dominicana el título de Doctor en Odontología, que intentaron hacer valer en España al amparo de un Convenio Internacional suscrito en 1953 entre esa República y España, que establecía el principio de homologación recíproca de los títulos académicos obtenidos en cada uno de los países firmantes. El Ministerio español de Educación les denegó, no obstante, tal homologación, a la vista de lo cual los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo, que ganaron, mientras que los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos se querellaron por delito de intrusismo, logrando Sentencias condenatorias. Los interesados impugnaron en amparo estas últimas y el Tribunal Constitucional las anuló, por entender que el Tribunal penal «no podía extender a este elemento del tipo [el determinado por la supuesta ilegalidad administrativa] su competencia», porque «*el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial*» de estas características, en virtud del citado artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta doctrina tiene hoy una importancia de gran relieve, ante la criminalización que ha impuesto el Código Penal de 1995 de muchas ilicitudes jurídico-administrativas (infracciones urbanísticas, de medio ambiente, tributarias). La relación entre las dos jurisdicciones, penal y contencioso-administrativa, queda así establecida sobre nuevos criterios: la competencia prejudicial incidental en materias de Derecho Administrativo corresponde al juez penal siempre que no sean determinantes de la culpabilidad o de la inocencia», pero con la reserva de que la Sentencia penal carece de fuerza de cosa juzgada en el orden jurídico-administrativo, sin que vincule, por tanto, el posterior enjuiciamiento de los Tribunales

contencioso-administrativos; cuando la cuestión prejudicial administrativa sea «determinante de la culpabilidad o la inocencia», el juez penal tiene la obligación de «devolver» o deferir el pronunciamiento previo de dicha cuestión a los Tribunales contencioso-administrativos, decisión que vinculará a la jurisdicción penal; la falta de esta «devolución» implicará una infracción del artículo 24 de la Constitución, revisable en amparo.

IV. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

1. Principios generales

Correspondiendo a la Administración la imposición de la sanción en la institución que estamos estudiando, la Administración debe seguir para llegar a ese acto sancionatorio un procedimiento formal. Así lo enuncia el artículo 134.1 LPC: «El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido». Y en su § 4, el mismo artículo establece: «En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el correspondiente procedimiento», proposición que parece dirigida a excluir definitivamente (ya lo había hecho la Sentencia constitucional de 8 de junio de 1981) el sistema de las llamadas «sanciones de plano» o sin procedimiento (que aun subsiste parcialmente, como vimos, en la disciplina militar).

La exigencia de un procedimiento es en materia sancionatoria especialmente cualificada. Suple, en primer término, al proceso penal, que es propio del Derecho común sancionatorio y debe dar cabida, por consecuencia, a las mismas garantías de la libertad que encuentran en el Derecho Procesal Penal su lugar propio. Se trata, en segundo lugar, de combatir en el caso concreto una presunción constitucional estrechamente ligada a la libertad, la presunción de inocencia, según vimos. Todos los derechos de defensa del afectado deben ser reconocidos por ello, como veremos *infra*. Está también la circunstancia de que la Administración ha de ser a la vez instructora y resolutora del expediente (aunque veremos que se intenta mantener una distinción orgánica entre las dos funciones), asumiendo así dos cualidades que el TC ha considerado un riesgo a la imparcialidad del acto de juzgar (Sentencia de 12 julio 1988), y aunque el mismo TC, en su Sentencia 26 abril 1990, ya citada, haya observado que «la imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos», al menos ello obliga a una especial objetividad (art. 103.1 Constitución) en la tramitación y resolución del expediente. En particular la Administración ha de justificar cuidadosamente en la prueba de los hechos y en el Derecho la eventual sanción final que concluya imponiendo y que constituirá un gravamen para el sancionado. Finalmente, siendo esencial a los actos administrativos de sanción la posibilidad de ser fiscalizados por un Tribunal (aunque contencioso-administrativo y no penal, esto es, *a posteriori*, en forma de impugnación del acto sancionatorio), que es por donde reaparece el derecho a la tutela judicial efectiva

del eventualmente sancionado, el procedimiento administrativo ha de formalizarse lo necesario para que ese derecho fundamental pueda ejercitarse y desarrollarse en condiciones suficientes; no podrá darse por supuesto ningún trámite esencial, las formas son todas aquí, en la conocida expresión de IHERING, garantías de la libertad y, consecuentemente, condicionan *ad solemnitatem* la validez de la sanción misma.

2. El procedimiento general sancionador. Reglas comunes

Sorprendentemente, sin embargo, la LPC no ha regulado un procedimiento sancionador común, que ya existía en la anterior LPA y que parece una exigencia de ese «procedimiento administrativo común» que, con base en el artículo 149.1.18.° de la Constitución, ha llevado a la Ley a su propia denominación. La deslegalización de ese procedimiento sancionador que luce en el artículo 134.1 («legal o *reglamentariamente* establecido») es una de las imperfecciones más clamorosas e injustificables de la LPC. Un Reglamento de Procedimiento sancionador ha sido aprobado por RD de 4 de agosto de 1993 intentando suplir esa omisión gravísima, pero, naturalmente, carece de fuerza para imponerse como «procedimiento administrativo común». Por lo demás, así lo reconoce él mismo, incluso más allá de toda expectativa razonable, al declararse aplicable, artículo 1.1, sólo «en defecto total o parcial de otros procedimientos específicos», que podrán establecerse por cualquier norma estatal, por las Comunidades Autónomas en cuanto se refieran a «materias en que el Estado tiene competencia normativa plena» o no exclusiva (infringiéndose así ostensiblemente la regla del art. 149.1.18.ª, de la Constitución, que define una competencia estatal exclusiva precisamente en materia de «procedimiento administrativo común») y aun, sorprendentemente, por simples Ordenanzas Locales en el mismo supuesto de materias en que, por razón de fondo, el Estado no tenga «competencia normativa plena» (esto último se ha hecho para intentar salvar todo el amplio mundo de las Ordenanzas sancionatorias locales, como resulta de la disposición adicional única del RD de 4 de agosto de 1993 aprobatorio del Reglamento, aunque para ello no se haya dudado en sacrificar la regla de oro de que la competencia material de regulación y la de regular un «procedimiento administrativo común» —en cuanto éste es una exigencia de los ciudadanos, según el citado precepto constitucional— son distintas; por lo demás, será difícil aceptar que un Decreto pueda resucitar normas derogadas por la disposición derogatoria de la LPC; no se entiende por qué no se ha utilizado el Real Decreto-Ley de la misma fecha —que es el que prolongó la fecha de *vacatio legis* de la LPC, como enseguida veremos— para intentar modificar ésta, si hubiere sido, como era, necesario). El hecho, verdaderamente lamentable, es que la disgregación absoluta de esta pieza esencial del régimen sancionatorio que es el procedimiento de imposición de las sanciones queda, incomprensiblemente, consagrada, no sólo contra la Constitución y contra la Ley, sino contra el más elemental sentido común. Admitir como normal que cada Administración, cada Dirección General, cada unidad adminis-

trativa, cada organismo autónomo, cada Ayuntamiento, pueda establecer procedimientos sancionatorios propios para cada uno de los poderes sancionatorios que respectivamente ejerciten es una regresión al arcaísmo jurídico más absoluto y patente (piénsese en que el proceso penal se singularizase también según cada uno de los delitos y faltas, o un proceso civil igualmente específico para cada regulación material; aquí la situación es aún más grave, puesto que los procedimientos pueden dictarse por normas de rango y extensión ínfimas).

El Preámbulo de este Real Decreto pretende paliar esta muy grave situación recordando que «los principios recogidos en la LPC deben ser respetados por las concretas regulaciones de los procedimientos específicos», pero es el caso que tales principios procedimentales son mínimos y apenas apreciables y no ofrecen garantías objetivas por sí solos.

Por otra parte, el Real Decreto-Ley de 4 de agosto de 1993 hizo una insólita prolongación hasta dieciocho meses de la *vacatio legis* de la LPC (aunque no se habla de entrada en vigor de la misma, el Preámbulo recuerda, de acuerdo con una Circular dictada en su momento por el Ministerio de Administraciones Públicas, que «en ausencia de tal adecuación/ de los procedimientos especiales, cifrados en ¡1893!, aparte los procedentes de las Comunidades Autónomas/, *la aplicación directa de la LPC plantearía una serie de problemas* que constituirían un serio obstáculo para el logro de los objetivos de la propia Ley, perturbando con ello el ordinario desenvolvimiento de la actividad administrativa»), lo que supuso que siguiera aplicándose largo tiempo la vieja LPA, que sí contenía, por cierto, esa regulación común del procedimiento sancionatorio, ahora pulverizada sin razón visible, sobre todo tras la asombrosa convalidación de varios cientos de procedimientos especiales al amparo de la disposición adicional 3.ª de la propia LPC.

La reforma de ésta, realizada por la Ley de 13 de enero de 1999, no se ha atrevido a corregir este dislate, aunque no ha podido menos de advertirlo, como lo prueba el mandato que su disposición adicional primera confiere al Gobierno para modificar este cúmulo de normas reglamentarias en orden a «la simplificación de los procedimientos administrativos vigentes en el ámbito de la Administración General del Estado». El remedio, si llega, será, por tanto, parcial, ya que los términos del mandato legal no alcanzan a los procedimientos especiales autonómicos y aun locales.

Con estas importantes salvedades, expondremos como principios del procedimiento sancionatorio los que resultan de ese Reglamento de 4 de agosto 1993, aun sin ser generales, y siendo sólo supletorios de la multiplicidad (miles, teóricamente) de los procedimientos especiales estatales, autonómicos y locales que el propio RD admite, más los principios generales que proceden de la LPC o de la LPA. En pocos lugares como en éste una jurisprudencia decidida de los Tribunales podrá estar más justificada para evitar que «entre tanta polvareda perdamos a don Beltrane» —don

Beltrane es aquí la garantía del imputado, cuya relevancia constitucional es notoria.

La iniciación del procedimiento (aunque pueden preceder unas «actuaciones previas» o preliminares, art. 12 RD) se hace siempre de oficio, si bien puede ser «por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición de otros órganos o denuncia» (art. 11 *ibidem*). El acuerdo de iniciación del procedimiento (cuyo contenido precisa el art. 13 *ibidem*) contiene ya una precalificación de los hechos y de las sanciones «que pudieren corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción», así como la designación de un instructor «y, en su caso (¿cuál?) el Secretario del expediente». Se entra así en la fase de «instrucción» (aunque el art. 13.2 del RD prevé que, en ausencia de alegaciones del imputado, si el acto incluyese ya «un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada» puede, sin más, ser «considerada propuesta de resolución», lo que parece atribuir un efecto excesivo a una omisión de actividad dentro de un procedimiento administrativo apenas iniciado), instrucción cuya función es «la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción», en términos de la LPA. Uno de los pocos principios de la LPC, artículo 134.2, aunque rotundo, es que en este procedimiento «*deberá* establecerse la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos», recogiéndose así una exigencia que el Tribunal Constitucional ha impuesto, Sentencia de 12 de julio de 1988, en el proceso penal de forma rigurosa. De nuevo el RD de 1993, artículo 10, y Preámbulo, pretende aguar esa regla, que la Ley (como antes el Tribunal Constitucional) formula en forma categórica. Lo menos que parece exigible es que el instructor quede exento de toda dependencia jerárquica en el ejercicio de su función respecto del órgano de resolución, extremando el principio de «objetividad» que a la Administración impone en términos generales el artículo 103.1 de la Constitución; lo mejor sería que, en el caso de la Administración del Estado, los funcionarios instructores no estuviesen adscritos al Ministerio competente (régimen norteamericano de los llamados «administrative Law judges», con status parajudicial). Se entiende mal, de acuerdo con esa base constitucional, la alternativa que el artículo 35 de la Ley de Seguridad Ciudadana ofrece a «la autoridad» de seguir ese sistema del instructor y el Secretario «o encargar de la instrucción a la unidad administrativa correspondiente», es decir, a la policía, lo que viola el derecho constitucional a la objetividad de la instrucción.

Por otra parte, el reparto del campo sancionatorio entre la Administración y los Tribunales obligaría a extender a la primera la «acción popular» prevista en el artículo 125 de la Constitución y generalizada en el artículo 270 LECrim. En modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración. El RD de 1993 obliga, por ello, a resolver sobre las denuncias presentadas, aunque sólo ha previsto que la resolución

sobre la misma se notifique al denunciante «cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación» del procedimiento (art. 11.3), esto es, cuando sea algo más que la comunicación de una simple *notitia criminis*. Sobre la citada base constitucional, cabe entender que la condición de interesado del denunciante no se concluye aquí, sino que se prolonga a todo el procedimiento.

El RD prevé la posibilidad de que el órgano de resolución (no el instructor, pues) pueda adoptar medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución final (art. 15).

El trámite más relevante de la instrucción (aparte, naturalmente, de toda la posible investigación de oficio) es el trámite de alegaciones del interesado, por quince días (art. 16.1), que tiene igualmente derecho, según el importante «principio de acceso permanente» al expediente, a vista de todas las actuaciones a lo largo de toda su tramitación (art. 3). Hay un trámite de prueba, a iniciativa del interesado o del instructor, por plazo entre diez y treinta días. Es curioso que se haya previsto como específico medio de prueba «la emisión de un informe de un órgano administrativo o entidad pública», que, cuando se acuerde, «se entenderá que tiene carácter preceptivo» e incluso (¡!) «determinante» (art. 17). Se define la obligación formal de que la propuesta de resolución valore específicamente las pruebas practicadas en el caso de «constituir fundamento básico... de la propuesta de resolución».

El trámite final de la instrucción es la «propuesta de resolución» que ha de formular el instructor motivadamente en hechos y en calificación jurídica, artículo 18. Se ha previsto la posibilidad de que esta propuesta modifique la precalificación inicial, lo que, a nuestro juicio, cuando la modificación sea importante y no meramente de grado, obligará, en ejercicio del derecho de defensa del imputado, a reabrir, si así éste lo pidiere, la fase de prueba. El instructor concluye su labor con esta propuesta, que, en el caso de que proponga sanciones, ha de entenderse como el acto acusatorio propiamente dicho. Pero, frente a esta propuesta, el interesado, con vista del expediente (que habrá de incluir una relación completa de sus documentos, para evitar su posible manipulación ulterior), podrá formular alegaciones por quince días (art. 18). En ese momento, o en cualquier otro anterior del procedimiento, el imputado puede reconocer su responsabilidad o pagar voluntariamente la multa propuesta, lo que concluye el procedimiento (el importe de la multa puede reducirse en este caso), lo que no cierra la posibilidad de interponer recursos. Esta última regla intenta evitar una generalización de la técnica de la inspección tributaria de «condonación» parcial de las multas en caso de «actas de conformidad» y de renuncia a los recursos, cuya validez constitucional es discutible.

La fase final (art. 20) es la de resolución por el órgano competente, a quien se remite el expediente con su propuesta de resolución y las alegaciones de las partes. Antes de dictar resolución puede realizar aún «mediante acuerdo motivado... actuaciones complementarias indispensables»,

lo que abre nuevo período de alegaciones por siete días. La resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento»; se admite incluso una agravación de la sanción propuesta por el instructor, pero ello exige un previo plazo de alegaciones nuevas por quince días, y, a nuestro juicio, una nueva fase de prueba si así se solicitase. El acuerdo de sanción ha de ser motivado, incluyendo la valoración explícita de las pruebas practicadas. Se establece que la caducidad del expediente se produce computando el plazo del artículo 43.3 LPC a partir de seis meses de su iniciación, regla esta última quizá cuestionable, atendiendo al artículo 42.2 LPC.

Se define la ejecutoriedad de las sanciones una vez firmes en vía administrativa (art. 21, de acuerdo con art. 138.3 LPC), aunque esta materia, como ya se ha notado, es, por excelencia campo de medidas cautelares de suspensión por los Tribunales contenciosos, dado el principio constitucional de presunción de inocencia, que prima sobre la presunción (no constitucional) de validez del acto administrativo, presunción de inocencia bajo control del juez, precisamente.

Los artículos 23 y 24 establecen un «procedimiento simplificado» cuando en el acuerdo de inicio del expediente se entienda «que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve»; esto último es lo determinante, por ser un dato objetivo.

3. Los derechos de defensa del inculpado

A) Vista del expediente y proposición de prueba

Como hemos visto, el RD de 4 de agosto de 1993 ha definido el derecho de vista del expediente (derecho de ejercicio constante en virtud del importante «principio de acceso permanente», art. 3), derecho que incluye el de obtener copias de todos los documentos contenidos en el mismo. Se sigue así la línea jurisprudencial que había suplido un claro desfallecimiento de la LPA.

El derecho de alegaciones, así como el de proponer prueba (definido en el art. 24.2 de la Constitución) se expresa, al menos, en dos momentos del procedimiento: al iniciarse éste y al producirse la «propuesta de resolución», más los supuestos de alteración en ésta de la precalificación inicial de la infracción o de su sanción eventual y la de realización por el órgano de resolución de «actuaciones complementarias».

B) La aplicación de los derechos del artículo 24 de la Constitución

Tras la Constitución, la cuestión no parece admitir ya ninguna duda. El artículo 24 de la misma consagra como derecho fundamental precisamente el derecho a la defensa («sin que, en ningún caso, pueda producirse

indefensión»), y, más aún, especifica en el párrafo 2 una serie de aplicaciones de ese derecho: derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables». El problema es que el texto del artículo 24 en sus dos párrafos se refiere al proceso y aquí estamos, por hipótesis, en un procedimiento que no es judicial, sino administrativo.

Ahora bien, se comprende que esa posible objeción formal carecería de consistencia. Si la propia Constitución es la que ha permitido, como hemos visto, en su artículo 25 la dualidad del sistema represivo, judicial-penal y administrativo, sería absolutamente incoherente disminuir en una de esas dos formas las garantías mínimas de la defensa. Argumento capital, al que no podría replicarse invocando la posibilidad de que la sanción administrativa sea fiscalizable *a posteriori* por el recurso contencioso-administrativo, porque este recurso enjuicia un acto sancionador ya consumado cuya legalidad valora; no es, pues, el Tribunal el que en este caso impone la sanción y no hay el menor paralelismo entre el proceso contencioso-administrativo y el proceso penal. Donde hay que situar todas las garantías del derecho de defensa frente a las medidas represivas y en garantía de la presunción constitucional de inocencia es, pues, en la propia fase administrativa donde la sanción se produce, sin perjuicio de todas las ulteriores defensas procesales ordinariamente disponibles en todos los procesos contencioso-administrativos sin distinción.

Todos los derechos proclamados en el artículo 24 de la Constitución como integrantes del derecho fundamental a la defensa son, pues, aplicables exactamente al procedimiento sancionador. La mejor jurisprudencia así lo ha establecido desde la básica Sentencia constitucional de 8 de junio de 1981 que declaró que «los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto»; Sentencia constitucional de 7 de octubre de 1983, etc. Igualmente, es la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *Ozturk* de 1984 y otras sucesivas.

La Sentencia constitucional ya citada de 26 de abril de 1990, previniendo, en términos quizás algo adustos, de «intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos alejados del mismo» (aunque refiriéndose, expresamente, debe precisarse, al procedimiento «de gestión tributaria» y no al sancionador, lo que explica la referencia a «procedimientos administrativos alejados» del orden penal), esa Sentencia se ha enfrentado con el importante tema de si el «deber de colaboración» del contribuyente puede enervarse por el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Concluyó que «no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal esgrimible frente a la Administración tributaria», derecho que «dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que

el artículo 31.1 de la Constitución consagra». Se enfrentaba la Sentencia con el texto del artículo 83.3.*f)* LGT, en su redacción de 1985, que prevé una sanción de multa por «falta de aportación de pruebas y documentos contables o negativa a su exhibición», precepto que absuelve de toda objeción constitucional. Pero deben notarse dos cosas importantes: una, que la negativa de que exista ese supuesto derecho se refiere a un «derecho absoluto e incondicionado» precisamente; y dos, y quizás de manera especial, que el párrafo final de la Sentencia es que en «el tenor del artículo 83.3.*f)* LGT... el sustantivo "pruebas" no es utilizado por dicho precepto en un sentido estricto o técnico-jurídico, sino más bien como concepto equivalente, redundante y sinónimo de la expresión "documentos contables" que la propia norma emplea». Así, pues, en último extremo la Sentencia, aun sin recogerlo en el fallo, ha restringido el alcance de ese deber de colaboración fiscal a la aportación de los documentos contables, se sobreentiende que los que el contribuyente tiene el deber de llevar o conservar, pero incluso en este «procedimiento de gestión» y no sancionador ha mantenido el derecho de no «declarar» contra sí mismo («cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad», dice también la Sentencia). Se comprende, en cualquier caso, que resulte difícil admitir que el nivel del derecho de defensa se modifique por debajo o por encima de la cuantía de 15.000.000 de pesetas, límite que separa a la infracción administrativa del delito en esta materia fiscal.

Por lo demás, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia *Solvay* de 18 de octubre de 1989, ha consagrado como principio general europeo el derecho a no declarar contra sí mismo en el orden administrativo, incluso en la fase de inspección: «ciertos derechos de defensa... deben ser respetados en la inspección previa. La Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de suministrar las respuestas en aquellos casos en que ello supondría admitir la existencia de la infracción, pues corresponde a la Comisión —se trataba de un expediente en materia de defensa de la competencia— establecer la prueba.» Doctrina capital, cuya aplicación al Derecho español parece difícil esquivar. Recordemos que el artículo 135 LPC se limita en esta materia a decir que el presunto responsable tiene derecho a «utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento que resulten procedentes», sin otra especificación.

Son, pues, repudiables tanto la idea del absoluto dominio del expediente sancionador por la Administración, debiendo reconocerse el derecho del encausado a proponer y presenciar las pruebas «pertinentes» (concepto jurídico indeterminado que será controlable por la jurisdicción), así como a la vista y audiencia de la totalidad de las actuaciones del expediente y a no declarar contra sí mismo, contra el criterio, que lucía en alguna vieja norma sancionatoria, de que el eventual silencio de dicho encausado deba o pueda interpretarse como una hipotética confesión de culpabilidad. La

carga de la prueba es entera de la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, y el procedimiento es enteramente contradictorio, con la plenitud de los derechos constitucionales de defensa.

V. LAS MEDIDAS SANCIONATORIAS ADMINISTRATIVAS

1. Las clases de medidas sancionatorias y el problema de su limitación

Según las sanciones administrativas sean disciplinarias estrictamente tales o de otro carácter tendrán un diferente contenido. Las primeras son típicamente sanciones de privaciones de derechos no personales o funcionariales (del derecho al cargo: separación o suspensión temporal; o a la residencia: traslado; o a la retribución: pérdida de remuneraciones; cfr. art. 14 del Reglamento de Régimen Disciplinario de 10 de enero de 1986), o de los derechos creados por los actos administrativos de cuya titularidad se ha abusado, según la técnica rescisoria ya expuesta más atrás. En materia de orden público, es característica la clausura de las fábricas, locales o establecimientos de un día a dos años [art. 28.1.*e)* de la Ley de Seguridad Ciudadana de 1992], o la expulsión del territorio español si el infractor es extranjero (*ibidem*, art. 28.3).

Fuera de estos casos, la medida sancionatoria administrativa por excelencia es la multa. Hasta la Constitución lo fue también la detención personal, aunque ello resulte asombroso.

La tendencia a incluir entre las sanciones administrativas el arresto o detención personal comenzó apoyándose en la técnica de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de las penas de multa, técnica que regulaba el artículo 91 del anterior CP. Este apoyo determinó la fijación inicial del límite de esta detención administrativa en el plazo de quince días, que es el que impone el citado precepto cuando la sanción se hubiese impuesto por razón de falta, plazo que se mantuvo en el siglo XIX y en el XX hasta la LOP de 1933, que lo elevó a un mes, que se convirtieron en tres en la reforma de esta Ley de 1971. La superación del límite del CP se había consumado hace ya tiempo, admitiéndose privaciones de libertad directas y no subsidiarias (así en la Ley de Pesca Fluvial de 1942), que incluso llegaron hasta el plazo de tres años (infracciones monetarias, Ley de 1938) y subsidiarias de hasta cuatro años (en materia de contrabando, Ley de 1964). Bien se comprende que esto no es sino la muestra extrema del fenómeno de expansión degenerativa de la potestad sancionatoria de la Administración, sin paralelo en otros Derechos occidentales. Ha tenido que ser la Constitución la que ha cortado ese camino mediante un precepto explícito, el artículo 25.3: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad.» El criterio es rotundo y su justificación más que obvia, como exigencia elemental de la libertad personal y de su garantía judicial exclusiva y plenaria.

El problema más importante de la multa es el de su cuantía legítima. Hay un principio general que procede del CP de 1848 y que se mantuvo en todas sus revisiones hasta el CP actual de 1995, en que ha desaparecido, según el cual, y salvo el caso de que otra cosa fuese dispuesta «por leyes especiales», las facultades sancionatorias de la Administración no podrían exceder de las que el Libro III del CP, relativo a las faltas, establece en favor de las autoridades judiciales. El artículo estaba configurado como un límite a las «ordenanzas municipales y demás reglamentos generales y particulares de la Administración», por medio de los cuales «no se establecerán —dice— penas mayores que las señaladas por este Libro».

Esto precisado, hay que añadir que fueron muchas las «Leyes especiales» que atribuyeron a las autoridades administrativas la facultad de imponer a los ciudadanos multas de cuantía enormemente superior a las establecidas en el CP. He aquí, sin embargo, algunas cuantías de multas administrativas autorizadas por la Ley o, incluso, por simples Decretos:

— LS de 1976, artículo 228: las multas pueden alcanzar hasta 100 millones de pesetas, sin perjuicio de que en las parcelaciones ilegales pueda incrementarse para absorber el beneficio obtenido y los daños y perjuicios.

— Real Decreto de 22 de junio de 1983, sobre infracciones administrativas y sanciones en materia de consumo, artículo 10.1: «Infracciones muy graves, multa comprendida entre 2.500.000 y 100.000.000 ptas. pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el décuplo del valor de los productos o servicios objeto de infracción».

— Ley de Residuos de 21 de abril de 1998, artículo 35: «Hasta 200.000.000 ptas.».

— Ley de Aguas de 1985, artículo 109.1: hasta 50.000.000 (con posibilidad de actualización por Decreto).

— Ley de Costas de 1988, artículos 98 y 99: «el Consejo de Ministros, más de 100.000.000 ptas.» (las cuantías se fijan en función del valor de las obras y pueden ser actualizadas por Decreto).

— Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972, artículo 19, hasta 100.000.000 ptas.

— Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, de 27 marzo 1989, artículo 39, hasta 50.000.000 ptas. revalorizables.

— Ley de Seguridad Ciudadana de 1992, artículo 28, 100 millones de pesetas.

— Ley del Sector Eléctrico de 1997, artículo 63, 500 millones de pesetas.

Director: Carlos Alberto Elbert - Coordinadora: Flavia Valgiusti

Edwin H. Sutherland

EL DELITO DE CUELLO BLANCO

White Collar Crime

The Uncut Version

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

se documentó la existencia de 713 correspondientes a minas carboneras. De éstas, solo 66 alcanzaron los 75 puntos o más en una escala de 100 y aproximadamente el mismo número marcó menos de 50. Las comunidades de la Compañía de Carbón Pittsburgh estuvieron en el nivel más bajo, con un promedio de 40,4 puntos[54].

La descripción de las tres corporaciones detalladas indica que el número de resoluciones contra una empresa no es un buen índice de la medida de cumplimiento de la ley. Cuando se toman en cuenta otro tipo de evidencias, se comprueba que estas tres corporaciones casi no difieren en sus violaciones a la ley.

[54] Comisión de Carbón de los Estados Unidos (U.S. Coal Commission), *Report*, 68 Cong., 2ª sesión, Sen. Doc. 195, parte I, pp. 1435-537.

IV

¿EL "DELITO DE CUELLO BLANCO" ES DELITO?

En un capítulo anterior, se ha señalado que se dictaron 980 decisiones en contra de las 70 mayores corporaciones industriales y comerciales, con un promedio de 14 decisiones por corporación y, aunque todas ellas establecieron que las empresas habían actuado ilegalmente, sólo 158, o sea el 16%, fueron adoptadas por tribunales penales y determinaron *ipso facto* que la conducta había sido delictiva. Puesto que no toda conducta ilegal es delictiva, estas decisiones pueden servir como parámetro del comportamiento delictivo sólo en la medida en que pueda demostrarse que en las restantes 822 sentencias la conducta fue tanto ilegal como delictiva.

Esto representa un problema para definir el delito, que comprende dos interrogantes: ¿puede aplicarse el término "delito" a la conducta en la que se basaron tales decisiones? y de ser así, ¿por qué generalmente no se aplica y por qué los criminólogos no consideraron al delito de cuello blanco en forma semejante a cualquier otro delito? La primera pregunta es de contenido semántico; la segunda requiere una explicación o interpretación. El análisis siguiente se limitará, casi por completo, a las leyes referidas a la competencia desleal, el engaño publicitario, las infracciones de patentes y derechos análogos y las prácticas laborales injustas en violación a la Ley Nacional de Relaciones Laborales. Se presta poca atención a las otras leyes, en parte porque algunas de ellas son explícitamente leyes penales, tales como las que se refieren a descuentos ilegales o adulteración de alimentos y drogas, y, en parte, porque muchas leyes están incluidas en el grupo

de "delitos diversos" y si se otorgara una atención especial a tales leyes el análisis se extendería innecesariamente.

La definición de delito, desde el punto de vista del presente estudio, es importante sólo como medio para determinar si la conducta debería incluirse dentro de los límites de una teoría de la conducta delictiva. Más específicamente, el problema es: desde el punto de vista de una teoría de la conducta delictiva, ¿los actos ilegales de las corporaciones considerados en los cuadros anteriores se asemejan a los hurtos, robos y otros delitos incluidos corrientemente dentro de los límites de las teorías de la conducta delictiva? Algunos autores han alegado que un acto es delictivo sólo si un tribunal penal ha determinado oficialmente que la persona acusada de ese acto ha cometido un delito. Esta limitación del concepto de delito es apropiada, en tanto el estudioso esté interesado fundamentalmente en problemas administrativos. El director de un establecimiento penitenciario no podrá justificar recibir a un delincuente que no haya sido condenado y sentenciado oficialmente a cumplir un tiempo de detención determinado en esa institución. De igual modo, las autoridades públicas no podrían negar válidamente los derechos civiles a delincuentes que no hayan sido condenados por sus delitos. Por el contrario el criminólogo, interesado en una teoría de la conducta delictiva, sólo necesita saber que una cierta clase de acto es definida legalmente como delito y que una persona determinada ha cometido un acto de ese tipo. El criminólogo necesita tener cierto conocimiento sobre estos dos aspectos y, a ese fin, una decisión judicial no es más esencial de lo que sería cierto conocimiento sobre química o biología. Sin embargo, a los fines de este libro, las decisiones de los tribunales y las comisiones han sido valoradas como prueba de la comisión de actos prohibidos.

La característica esencial del delito es que se trata de una conducta prohibida por el Estado porque lo perjudica y contra la cual éste debe reaccionar, al menos como último recurso, por medio del castigo. Los dos criterios abstractos generalmente considerados por los juristas como elementos necesarios para definir el delito son: la descripción legal de un acto como socialmente lesivo y la previsión legal de una pena para dicho acto[1].

El primero de estos criterios –la definición legal de un daño social– se aplica a todas las clases de actos incluidos en las 980 decisiones registradas anteriormente. Puede determinarse fácilmente a través de las palabras empleadas en las reglamentaciones, tales como "delito" o "falta" o "contravención" en algunas, e "injusticia", "discriminación" o "infracción" en las restantes. Las personas afectadas pueden dividirse en dos grupos: primero, un número relativamente reducido de personas que comparten la misma actividad que los delincuentes u otras relacionadas y, segundo, el público en general, como consumidores o integrantes de las instituciones sociales generales afectadas por las violaciones de la ley.

Las leyes antitrust están diseñadas para proteger a los competidores y para resguardar la institución de la libre empresa como reguladora del sistema económico y, por ende, también defiende a los consumidores de los precios arbitrarios y a la institución de la democracia, ante los peligros de la gran concentración de riqueza en manos de los monopolios. Por su parte, las leyes contra la falsa publicidad se diseñan para proteger de la competencia irregular a las empresas y también de los fraudes a los consumidores. La Ley Nacional de Relaciones Laborales está estructurada para proteger a los empleados de las coacciones patronales y al público en

[1] El análisis más profundo del delito, desde el punto de vista de la definición legal, es el de Jerome Hall, *Principles of Criminal Law* (Indianapolis, 1947). Enumera siete criterios para definir el delito: "1) determinadas consecuencias externas ('daños'), 2) que estén legalmente prohibidas (principio de legalidad); 3) conducta; 4) *mens rea* (intención dolosa); 5) la fusión, 'concurrencia', de *mens rea* y conducta; 6) una relación 'causal' entre los daños legalmente prohibidos y la mala conducta voluntaria, y 7) castigo (legalmente prescripto)" (p. 11). La posición adoptada en el presente capítulo coincide, en la mayoría de los aspectos, con la definición de Hall; se considerarán algunas diferencias más adelante.

general de las interferencias en el comercio, causadas por huelgas y paros patronales. Las leyes que sancionan infracciones se dictan para proteger a los propietarios de patentes, derechos de autor y marcas de fábrica contra la privación de su propiedad y la competencia irregular, así como también para preservar la institución de patentes y derechos de autor, concebida para "promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles". Las violaciones de estas leyes están legalmente definidas como perjuicios a las partes especificadas.

Cada una de estas leyes tiene una base lógica en el *common law* y es una adaptación de ese sistema a la organización social moderna. Así, la publicidad falsa está relacionada con el fraude del *common law*, y la infracción con el hurto. La Ley Nacional de Relaciones Laborales, como un intento de prevenir la coerción empresarial, está vinculada con la prohibición de las restricciones a la libertad previstas en el *common law*, tales como las agresiones, las detenciones ilegales y la extorsión. Durante al menos dos siglos antes de la promulgación de las modernas leyes antitrust, el *common law* sancionaba la restricción del comercio, el monopolio y la competencia desleal.

Cada uno de los cuatro tipos de leyes señalados, con la posible excepción de las que regulan infracciones, surgieron fundamentalmente de consideraciones sobre el bienestar de la sociedad organizada. Al respecto, se asemejan a las leyes de las sociedades previas, en las cuales los delitos estaban notablemente circunscriptos a perjuicios tales como la traición, cuya víctima era la sociedad organizada, mientras que las personas individuales sufrían sólo como miembros de dicha sociedad. Las leyes penales posteriores se preocuparon, principalmente, de los daños interpersonales, como los producidos por el hurto, y el Estado asumió la jurisdicción sobre los procedimientos principalmente para colocar la venganza privada bajo el control público. El interés del Estado por esas conductas es secundario o derivado. En esa dirección, las cuatro leyes en consideración pueden ser valoradas correctamente como leyes penales en un sentido más fundamental que las leyes sobre hurto.

Cada una de las cuatro leyes prevé una sanción penal y cumple así el segundo criterio de definición del delito. Por lo tanto, cada resolución adversa por aplicación de estas cuatro leyes establece que se ha cometido un delito, salvo ciertas sentencias dictadas en función de las leyes sobre infracciones que se analizarán más adelante. Esta conclusión será aún más precisa al analizar las sanciones penales contempladas en las cuatro leyes.

La Ley Sherman Antitrust explícitamente establece que una violación a la ley es una falta. Existen tres métodos de aplicación de esta ley, y cada uno prevé procedimientos sobre faltas: a) puede ser ejecutada a través de la persecución penal común, que concluye con la imposición de una multa o de encarcelamiento; b) cuando el fiscal general de los Estados Unidos y los diversos fiscales de distrito tienen el "deber" de "reprimir y prevenir" las violaciones de la ley mediante pedidos de condena, cuya violación es punible como desacato a la autoridad. Este método de cumplimiento de una ley penal fue un invento y, como se explicará más adelante, es la clave para interpretar la implementación diferencial de la ley penal aplicada a los delincuentes de cuello blanco; c) las partes agraviadas por las violaciones de la ley están autorizadas a demandar por daños, con una norma imperativa según la cual la indemnización fijada deberá triplicar el monto de los daños sufridos. Esta reparación excedente constituye una sanción por violar la ley, y su pago apunta a inducir a la parte lesionada a tomar la iniciativa de hacer cumplir la ley penal; en este aspecto, es similar a los anteriores métodos de persecución privada en función de la ley penal. Estos tres métodos de cumplimiento de la ley están basados en decisiones que declaran violada una ley penal y, por lo tanto, que se cometió un delito; las decisiones de un tribunal civil o de un tribunal de equidad respecto a estas transgresiones son una valiosa prueba de la conducta delictiva tanto como lo es una sentencia de un tribunal penal.

El juez Carpenter, refiriéndose a las órdenes judiciales dictadas bajo la ley antitrust, sostuvo: "La Corte Suprema al confirmarlas ha determinado, necesariamente, que las cues-

tiones analizadas eran delitos, como lo define al menos una de las tres primeras secciones de la Ley"[2].

La Ley Sherman Antitrust ha sido complementada por la Ley de la Comisión Federal de Comercio, la Ley Clayton y varias otras, las cuales definen las transgresiones como delitos y prevén penas convencionales, aunque la mayoría no explicita su carácter penal. Una gran proporción de los casos tratados según estas leyes complementarias podrían resolverse, en cambio, conforme a la Ley Sherman original, que es explícitamente una ley penal, o según las leyes antitrust de los diversos estados, que son también leyes penales explícitas. En la práctica, las leyes complementarias se encuentran, generalmente, bajo la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio, que tiene competencia para dictar resoluciones oficiales ante las transgresiones. La Comisión decide la aplicación de dos sanciones principales, denominadas "acuerdo parcial de responsabilidad" y "orden de cese y desistimiento". Tras probar la violación a la ley, la Comisión puede aceptar una admisión parcial de responsabilidad por parte de la empresa, con el compromiso de que no violará la ley en el futuro. Se acostumbra que tales cláusulas se limiten a violaciones menores o técnicas. Si se viola un acuerdo parcial de responsabilidad o si no se lo acepta, la Comisión puede emitir una orden de cese y desistimiento, que equivale a una orden judicial, con la salvedad de que su violación no es castigada como desacato. Si se viola la orden de desistimiento, la Comisión puede requerir a un tribunal una orden judicial, cuya inobservancia se sanciona como desacato a la autoridad. Por una enmienda a la Ley de la Comisión Federal de Comercio en la Ley Wheeler-Lea de 1938, una orden de la Comisión resulta "definitiva" si no se impugna oficialmente dentro de un tiempo específico y, a partir de entonces, su violación se castiga mediante una multa civil. Así, aunque pueden utilizarse ciertos procedimientos intermedios para hacer cumplir las leyes complementarias a la Ley Sherman Antitrust, las multas o prisión por desacato están permitidas ante el fracaso de tales mecanismos. En este aspecto, los procedimientos intermedios se asemejan a la *probation* de los casos penales comunes. Un acto ilegal no se define como delictivo por el hecho de que sea castigado, sino por la circunstancia de que es punible. El hurto, en verdad, es un delito cuando el ladrón es sometido a *probation* o cuando es condenado a prisión. Se puede argumentar que la pena por desacato a la autoridad no es un castigo por violar la ley original y que, por lo tanto, tal ley no contiene una sanción penal. Este razonamiento es falaz, ya que la ley original prevé la aplicación de órdenes judiciales con la correspondiente penalidad como parte del procedimiento para su cumplimiento. En consecuencia, todas las decisiones dictadas en función de las enmiendas a las leyes antitrust indican que las corporaciones cometieron delitos[3].

[2] U.S. vs. Swift, 188 F 92 (1911).

Las leyes que regulan la falsa publicidad, incluidas en las decisiones bajo examen, son de dos clases: a) la falsa publicidad en forma de "etiquetas falsas" se define en la Ley de Pureza Alimentaria y Drogas como una falta y es punible mediante una multa; b) la falsa publicidad por lo general se define en la Ley de la Comisión Federal de Comercio como competencia irregular. Los casos del segundo tipo están bajo la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio, que utiliza los mismos procedimientos que en los temas antitrust. Las sanciones penales están previstas en los casos antitrust, tal como se describió precedentemente, y están previstas de modo similar en los casos de falsa publicidad. En consecuencia, todas las decisiones referidas a los casos de falsa publicidad indican que las corporaciones cometieron delitos.

La Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935 define una violación como "práctica laboral injusta". La Junta Na-

[3] Algunas de las decisiones en casos *antitrust* fueron dictadas contra empacadores de carne, bajo la Ley de Empacadores y de Corrales de Ganado. Las sanciones penales previstas en esta ley son, esencialmente, las mismas que en la Ley de la Comisión Federal de Comercio.

cional de Relaciones Laborales está autorizada a tomar decisiones oficiales contra las violaciones de la ley y, en tal caso, a emitir órdenes de desistimiento y también determinadas órdenes de reparación, tales como indemnizaciones a empleados despedidos o degradados en sus posiciones laborales debido a su participación en negociaciones colectivas. Si se viola una orden, la Junta puede requerir su cumplimiento ante un tribunal, y la violación de la orden judicial es punible como desacato. Así, todas las decisiones tomadas según esta ley, cuyo cumplimiento puede imponerse a través de sanciones penales, denotan la comisión de delitos[4].

Las leyes referidas a infracciones son más complejas que las descriptas anteriormente. Las infracciones de los derechos de autor o de los diseños patentados se definen en la normativa federal como faltas penadas con multas. Se dictaron 7 sentencias contra las 70 corporaciones según las leyes de derechos de autor y ninguna, hasta donde pudo investigarse, por infracción de diseños patentados. Otras infracciones no están explícitamente definidas como delitos en las leyes federales sobre patentes y marcas de fábrica, aunque muchos estados definieron así a las infracciones de marcas registradas[5]. No obstante, estas infracciones pueden ser actos delictivos bajo los estatutos federales en dos situaciones. En primer lugar, las leyes prevén que la indemnización por daños y perjuicios asignada a los damnificados propietarios de patentes o marcas registradas puede ser superior a los daños realmente sufridos. Éstas son, entonces, reparaciones de carácter punitivo y constituyen una forma de castigo. Aunque estos pagos no son imperativos según la Ley Sherman Antitrust, no se limitan explícitamente a las infracciones maliciosas y temerarias. Asimismo en los casos federales de marcas registradas, la regla

[4] Las violaciones de la Ley Federal de Standards Laborales Justos y de la mayoría de las leyes laborales estatales se definen como faltas.

[5] Para obtener una lista de tales estados, ver Walter J. Derenburg, *Trade Mark Protection and Unfair Trading* (New York, 1936), pp. 861-1012.

es que solamente se toman en cuenta las ganancias cuando la infracción incluye la intención de defraudar al propietario original o de engañar al público. Por lo tanto, estas decisiones equivalen a condenas en juicios penales. Según estos principios, 3 de las decisiones contra las 70 corporaciones en casos de patentes y 6 en casos de marcas de fábrica pueden clasificarse como condenas penales. En segundo lugar, los agentes de la Comisión Federal de Comercio son competentes para iniciar acciones contra los infractores por competencia desleal. Las infracciones imputadas de esa manera pueden castigarse como las violaciones de las leyes antitrust, a saber: mediante órdenes de desistimiento y multas o prisión por violación de tales órdenes. En este sentido, 5 decisiones en casos de infracciones pueden clasificarse como acciones penales contra las 70 corporaciones. Esto arroja un total de 21 decisiones en casos de infracciones, que pueden catalogarse como prueba de la conducta delictiva de las 70 corporaciones. De las 222 decisiones, 201 carecen de valor en términos de criminalidad.

La evidencia en algunos de estos casos y en las descripciones de las prácticas generales respecto a patentes y marcas de fábrica justifica considerar que una gran proporción de los 201 casos –quizás la mitad– entrañó la apropiación voluntaria de la propiedad ajena y podrían haber merecido la imposición de penas bajo las leyes federales o estatales, si las partes damnificadas hubiesen abordado la conducta desde el punto de vista del delito. A pesar de esta estimación, las 201 decisiones no se incluyen como prueba de la conducta delictiva.

Las leyes relativas a manipulaciones financieras, tales como las violaciones del trust, las manipulaciones del mercado de valores, la emisión irregular de acciones y la falsa información sobre la venta de títulos están generalmente basadas en las leyes de fraude o de abuso de confianza. En Indiana, un pobre hombre fue recientemente sentenciado a cumplir de uno a siete años en la prisión estatal, condenado por simulación; registró en una compañía financiera bienes que no le pertenecían, como medio para obtener un préstamo. La misma ley se aplica a las corporaciones, pero rara vez se emplea cuando falsean sus activos. Las decisiones judiciales

se inclinaron hacia estándares más altos de protección de los accionistas y del público, y la Comisión de Títulos y Cambio fue organizada para implementar estas leyes. La mayoría de las regulaciones impuestas por esta Comisión durante la última década y media estaban en consonancia con algunas de las primeras decisiones de los tribunales [6].

Las penas presentadas en la sección anterior como definitorias del delito fueron limitadas a multas, prisión e indemnizaciones de carácter punitivo. Además, el acuerdo parcial de responsabilidad, la orden de desistimiento y el mandamiento contra el imputado sin referencia a la pena por desacato tienen los atributos del castigo. Esto es evidente, ya que ocasionan cierto menoscabo a la compañía contra la cual se decretan y porque, además, fueron diseñados por legisladores y administradores para producir ese efecto, en la forma de vergüenza pública, que es un aspecto importante de todas las penas. Un ejemplo extremo de esto fue la pena colonial de bordar la letra "T" en la ropa del ladrón (*thief*). En Inglaterra, la Ley del Pan de 1836 y la Ley de Adulteración de Semillas de 1869 preveían como castigo la publicación en el periódico de los detalles vinculados con los delitos de adulteración de estos productos; la Ley de Salud Pública de 1891 autorizaba al tribunal a ordenar al condenado en dos oportunidades por vender carne inadecuada para el consumo humano que colocara un letrero en su negocio, del tamaño que especificase el tribunal, informando que había sido condenado dos veces por violar esa ley. Los acuerdos parciales de responsabilidad, las órdenes de desistimiento y los mandamientos contra el imputado se asemejan, hasta cierto punto, a las penas publicitadas en Inglaterra. Que la publicación de los acuerdos parciales de responsabilidad en los casos de la Comisión Federal de Comercio constituye un castigo es atestiguado por Lowell B. Mason, miembro de la Comisión [7].

[6] Orville C. Snyder, "Criminal Breach of Trust and Corporate Mismanagement", *Miss. Law Jour.*, 11:123-151, 262-89, 368-89, diciembre 1938 y abril 1939; A. A. Berle, "Liability for Stock Market Manipulation", *Columbia Law Rev.*, 31:264-79, febrero 1931; David L. Dodd, *The Judicial Valuation of Property for Stock-Issue Purposes* (Nueva York, 1930).

Que este menoscabo está planeado se manifiesta en la serie de sanciones usadas por la Comisión Federal de Comercio. El acuerdo parcial de responsabilidad es el que recibe menos publicidad y se usa para infracciones menores y técnicas. La orden de desistimiento se usa si se incumple el acuerdo parcial de responsabilidad y también si la violación a la ley es considerada por la Comisión como deliberada y mayor. La orden de desistimiento conlleva mayor humillación pública que el acuerdo parcial de responsabilidad. La vergüenza que acarrean tales acuerdos y órdenes de desistimiento se mitiga, en cierta medida, con el argumento exculpante de las corporaciones de que esas órdenes son meros actos burocráticos. Más humillante aún para la corporación es un mandamiento en su contra expedido por un tribunal, lo cual a veces se morigera al intentar salvar las apariencias de la corporación, mediante la aceptación de una conciliación o alegando la posibilidad de abstenerse de declarar (*plea de nolo contendere*). La corporación puede insistir en que la conciliación no es una admisión de haber violado la ley. Por ejemplo, los empacadores de carne aceptaron una conciliación en un caso antitrust en 1921, con la explicación de que no habían violado ninguna ley intencionalmente y que habían consentido conciliar sin intentar defenderse, porque deseaban cooperar con el gobierno de todas las maneras posibles. Sin embargo, esta motivación patriótica se tornó discutible luego de que los empacadores pelearon durante la siguiente década y media por una modificación del acuerdo. La primera vez que se alegó la posibilidad de abstenerse de declarar en un caso antitrust fue en 1910, y a partir de esa fecha fue aplicada en cientos de casos. Este argumento salva el nombre de la corporación,

[7] Lowell B. Mason, "FTC Stipulation-Friend of Advertiser?", *Chicago Bar Record*, vol. 26, pp. 310 f., mayo 1945.

mientras la protege de reclamos de daños y perjuicios, ya que la decisión en un caso en que la postura es no declarar no puede usarse como prueba en otros casos[8]. La serie de acuerdos parciales de responsabilidad, órdenes de desistimiento y mandamientos adversos indican que se diseñaron distintos grados de vergüenza pública; también los argumentos y las tácticas usadas por las corporaciones para protegerse del escarnio público en virtud de estas órdenes indican que las corporaciones las reconocen como castigos.

La conclusión, en esta parte semántica del análisis, es que 779 de las 980 decisiones contra las 70 grandes corporaciones indican que cometieron delitos.

Esta conclusión puede objetarse sobre la base de que las reglas de prueba y evidencia usadas para llegar a muchas de estas decisiones no eran iguales a las reglas utilizadas en los tribunales penales. Esto se refiere, especialmente, a la prueba del dolo penal y la presunción de inocencia; sin embargo, tales reglas no rigen en todos los procesos penales y el número de excepciones legalmente autorizadas está aumentando. En muchos estados, una persona puede ser condenada a prisión sin la protección de estas reglas, con acusaciones por violación, bigamia, adulterio, emisión de cheques sin fondos, venta de bienes hipotecados, estafa al conserje de un hotel, y otros delitos[9]. Jerome Hall y quienes incluyen el *mens rea* o dolo penal como uno de los criterios esenciales y universales del delito justifican su posición con el argumento de que las excepciones mencionadas anteriormente son "ley mala"[10]. La consideración importante en este punto es que el criterio aplicado para definir los delitos de cuello blanco no es categóricamente distinto del usado para definir otros delitos.

[8] Paul E. Hadlick, *Criminal Prosecutions under the Sherman Antitrust Act* (Washington, 1939), pp. 131-32.

[9] Livingston Hall, "Statutory Law of Crimes, 1887-1936", *Harvard Law Rev.*, 50: 616-53, febrero 1937.

[10] Hall, *Principles of Criminal Law*, cap. x.

La proporción de decisiones dictadas contra corporaciones sin la protección de las reglas del dolo penal y la presunción de inocencia es, probablemente, mayor que la proporción resuelta contra otros delincuentes, no obstante lo cual una diferencia proporcional no hace que las violaciones a la ley por parte de las empresas sean categóricamente diferentes de las violaciones a las leyes por parte de otros delincuentes. Es más, la diferencia en proporción, tal como operan los procedimientos en la realidad, no es grande. Por una parte, muchos de los imputados en los casos penales usuales, siendo relativamente pobres, no consiguen una buena defensa y, consecuentemente, obtienen poco provecho de estas reglas; por otra parte, las Comisiones se avienen a cumplir estas reglas de prueba y evidencia, aunque no estén obligadas a hacerlo. Esto se ilustra con el procedimiento de la Comisión Federal de Comercio, respecto a la publicidad: cada año la Comisión examina miles de publicidades y estima que unas 50.000 son probablemente falsas, de las cuales selecciona unas 1500 como evidentemente falsas. Por ejemplo, una publicidad de muebles de madera de baja calidad como si fueran de "caoba" rara vez sería un error accidental y generalmente resultaría de una predisposición anímica deshonesta, más que de la tendencia natural de los seres humanos a sentirse orgullosos de su trabajo manual.

La discusión anterior ha demostrado que, de acuerdo con 779 decisiones adversas, estas 70 empresas cometieron delitos y también que la criminalidad de sus conductas no se torna evidente a través de los procedimientos convencionales de la ley penal, sino que se oculta y disimula con procedimientos especiales. Esta implementación diferencial de la ley aplicada a los delitos de las corporaciones elimina, o al menos minimiza, el estigma del delito. Dicha implementación diferencial comenzó con la Ley Sherman Antitrust de 1890, la cual, como se mencionó anteriormente, es explícitamente una ley penal cuya violación es una falta, cualquiera fuera el procedimiento usado. La política usual hubiera sido confiar por completo en el proceso penal como el método para que la ley se cumpliera. Sin embargo, se hizo una innovación in-

geniosa, al prever un mandamiento contra el imputado para hacer cumplir la ley penal; esta novedad revertía directamente la jurisprudencia previa en la materia. Las partes privadas también fueron alentadas por las indemnizaciones triples, para hacer cumplir una ley penal, mediante juicios en los tribunales civiles. En cualquier caso, el acusado no comparecía ante el tribunal penal y en la cara visible de los procesos no parecía que hubiera cometido algún delito.

En este sentido, la Ley Sherman Antitrust se convirtió en el modelo, prácticamente en todos los subsiguientes procedimientos previstos para resolver los delitos de las corporaciones. Cuando la Ley de la Comisión Federal de Comercio y la Ley Clayton fueron introducidas al Congreso, contenían los procedimientos penales convencionales; pero éstos fueron eliminados en las discusiones de comités y sustituidos por otros procedimientos que no incluían los símbolos externos del proceso penal. Las violaciones a estas leyes son delitos, como se ha demostrado anteriormente, pero son tratadas como si no lo fueran, con el efecto y probablemente la intención de eliminar el estigma del delito.

Esta política de evitar el estigma del delito se ilustra con la siguiente afirmación de Wendell Berge, entonces asistente del director de la división antitrust del Departamento de Justicia, en un alegato por falta de acusación penal bajo la Ley Sherman Antitrust, y su sustitución por procedimientos y multas civiles.

> Aunque las sanciones civiles pueden ser, en sus efectos financieros, tan severas como las penales, aún así no implican el estigma que se observa en los procesamientos y las condenas penales. La mayoría de los acusados en los casos antitrust no son delincuentes en el sentido usual del término. No hay razón intrínseca por la cual el cumplimiento de la ley antitrust requiera tildarlos de tales [11].

[11] Wendell Berge, "Remedies Available to the Government under the Sherman Act", *Law and Contemporary Problems*, 7:111, enero 1940.

Si se sustituyese una multa civil por una penal, una violación a la ley antitrust sería ciertamente delito, tanto como lo es ahora. Lo que se eliminaría es el estigma del delito. Consecuentemente, dicho estigma se ha vuelto una pena en sí misma, que puede imponerse junto con otros castigos o por separado, de la misma forma que es posible combinar la prisión con una multa o tener una multa sin prisión. Una multa civil es una sanción financiera sin el castigo adicional del estigma, mientras que una multa penal es una sanción financiera con la pena adicional del estigma.

Cuando se impone el estigma del delito como un castigo, se coloca al acusado dentro del estereotipo popular del "delincuente". En la sociedad primitiva, "el delincuente" era esencialmente lo mismo que "el extraño" [12], mientras que en la sociedad moderna el estereotipo está fuertemente circunscripto a la clase socioeconómica más baja. El 75% de las personas detenidas en las prisiones estatales probablemente no son, más allá de la desvalorización de sus logros culturales, "delincuentes en el sentido usual del término". Podría ser una excelente política eliminar el estigma del delito de las violaciones a la ley cometidas tanto por la clase alta como por la baja, pero aquí no nos ocupamos de política.

Respecto al estigma, el delito de cuello blanco es similar a la delincuencia juvenil. En ambos casos, los procedimientos de la ley penal son modificados para que el estigma del delito no se transmita a los delincuentes. El estigma del delito ha sido eliminado en menor medida para la delincuencia juvenil que para los delitos de cuello blanco, porque los procedimientos para menores no se diferencian tanto de los procedimientos penales convencionales, dado que la mayoría de los

[12] Sobre el rol del extraño en la justicia punitiva, ver Ellsworth Faris, "The Origin of Punishment", *Intern. Journ. of Ethics*, 25:54-67, octubre 1914; George H. Mead, "The Psychology of Punitive Justice", *Amer. Journ. Sociol.*, 23: 577-602, marzo 1918; Florian Znaniecki, *Social Actions* (Nueva York, 1936), pp. 345-408.

delincuentes juveniles provienen de la clase baja y no están preparados para proteger su buen nombre. Como estos delincuentes juveniles no han sido liberados exitosamente del estigma del delito, generalmente quedan comprendidos en el ámbito de las teorías de la conducta delictiva y, en realidad, suministran gran parte de la información para la criminología. En tanto los símbolos externos han sido eliminados casi por completo de los delitos de cuello blanco, éstos no han sido, por lo general, incluidos dentro del campo de la criminología. Estos símbolos de procedimiento no son, sin embargo, los elementos esenciales en la delincuencia y los delitos de cuello blanco pertenecen, lógicamente, a la esfera de acción de la criminología, tanto como la delincuencia juvenil.

Aquéllos que insisten en que la culpabilidad moral es un elemento necesario en el delito argumentan que la criminalidad no existe en las violaciones a las leyes que han eliminado el estigma del delito. Esto abarca el problema general de la relación de la ley penal con las costumbres, especialmente las que implican una sanción moral. Las leyes que nos preocupan aquí no son arbitrarias, como lo es la norma que impone manejar del lado derecho de la calle. La Ley Sherman Antitrust, por ejemplo, representa una tradición establecida en favor de la libre competencia y la libre empresa. Esta ideología es, obviamente, la resistencia contra el comunismo. Una violación a la ley antitrust es una violación a sentimientos morales profundamente arraigados. El valor de estas leyes es cuestionado, principalmente, por quienes creen en un sistema económico más colectivista; estas personas se limitan a dos grupos importantes: los socialistas y los líderes de los grandes negocios. Cuando los líderes de los negocios violan –por medio de las actividades de la corporación– la legislación antitrust, están violando los sentimientos morales de casi todos los sectores del público norteamericano, excepto los socialistas.

Las otras leyes para la regulación de los negocios están enraizadas, de forma similar, en los sentimientos morales. Las violaciones de estas leyes no provocan, seguramente, tanto resentimiento como el asesinato y la violación, pero no todas las leyes del Código Penal implican el mismo grado de resentimiento por parte del público. Dividimos los delitos en crímenes graves, que despiertan mayor resentimiento, y en faltas, que ocasionan un resentimiento menor. Dentro de cada una de estas clases de delito, las diversas leyes pueden sancionar según el grado de dañosidad de la conducta. En este sentido, los delitos de cuello blanco estarían, presumiblemente, en la parte inferior de la lista, pero no totalmente excluidos. Más aún, muy pocos de los delitos comunes suscitan gran disgusto en el ciudadano corriente, a menos que los delitos sean muy espectaculares, o le afecten directamente o a sus amigos cercanos. El ciudadano promedio, al leer en el periódico matutino que el hogar de una persona que no conoce ha sido robado por otro desconocido, no sufre un apreciable aumento de su presión arterial. El miedo y el resentimiento se desarrollan en la ciudad moderna, principalmente, como resultado de la acumulación de delitos, tal como consta en las tasas delictivas o en las descripciones generales. Ese resentimiento se desarrolla, bajo esas circunstancias, tanto en los delitos de cuello blanco como en otros. Finalmente, no todas las partes de la sociedad reaccionan de la misma manera contra las violaciones a una ley determinada. Es cierto que un socio comercial no considera atroz una violación de una regulación comercial. Es cierto, también, que los habitantes de un barrio bajo de la ciudad no consideran el hurto cometido por sus vecinos como una atrocidad, en tanto que por lo general les brindan asistencia cuando son perseguidos por los agentes de la justicia penal.

La implementación diferencial de la ley respecto de las grandes corporaciones puede explicarse por tres factores, a saber, el estatus del hombre de negocios, la tendencia a evitar el castigo y el resentimiento relativamente desorganizado del público hacia los delitos de cuello blanco. Cada uno de estos factores será descripto a continuación.

En primer lugar, los métodos usados para hacer cumplir cualquier ley son una adaptación a las características de los presuntos violadores de la ley, conforme el parecer de los legisladores y el personal judicial y administrativo. Las valoraciones sobre los empresarios, que son los presuntos viola-

dores de las leyes que ahora estamos considerando, incluyen una combinación de miedo y admiración. Aquellos que son responsables del sistema de justicia penal temen oponerse a los hombres de negocios; entre otras consecuencias, ese enfrentamiento puede llevar a una reducción de las contribuciones a los fondos de campaña necesarios para ganar la próxima elección. La enmienda a la Ley de Pureza Alimentaria y Drogas de 1938 excluye explícitamente de las previsiones penales de esa ley a las agencias publicitarias y los medios de comunicación (principalmente, los periódicos y las revistas), los cuales participan en la tergiversación informativa. Dentro del campo de acción de la ley penal, se acostumbra incluir a los cómplices del delito, muy poderosos e influyentes en la determinación de la opinión pública, quienes se vuelven inmunes. Sin embargo, probablemente mucho más importante que el miedo es la homogeneidad cultural de los legisladores, jueces y funcionarios con los empresarios. Los legisladores admiran y respetan a los hombres de negocios y no pueden concebirlos como delincuentes; los hombres de negocios no responden al estereotipo popular del "delincuente". Los legisladores confían en que estos caballeros respetables acatarán la ley, frente a una muy leve presión. El grupo más poderoso de la sociedad medieval se aseguró inmunidad relativa mediante el "beneficio del clero", y ahora nuestro grupo más poderoso obtiene inmunidad relativa por el "beneficio del negocio", o más en general, por el "estatus social alto". La afirmación de Daniel Drew, un viejo y devoto estafador, describe el funcionamiento de la ley penal con precisión: "La ley es como una telaraña: está hecha para las moscas y para el tipo más pequeño de insecto, para decirlo de algún modo, pero permite escapar al gran abejorro. Cuando se interponían en mi camino los tecnicismos de la ley, siempre he podido deshacerme de ellos con absoluta facilidad".

Esta interpretación es bastante resistida por quienes insisten en que ésta es una sociedad equitativa, en la cual todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. No es posible brindar una acabada demostración de la validez de esta interpretación, pero en los párrafos siguientes se presentarán cuatro tipos de pruebas, al menos como muestra parcial.

El Departamento de Justicia está autorizado a usar tanto los procesos penales como las peticiones de equidad para hacer cumplir la Ley Sherman Antitrust. El Departamento ha seleccionado el método de la persecución penal en una mayor proporción de casos contra los sindicatos de comercio que contra corporaciones, aunque la ley fue promulgada principalmente por temor a estas últimas. Desde 1890 hasta 1929, el Departamento de Justicia inició 438 acciones bajo esta ley, con decisiones favorables a Estados Unidos. De las acciones contra las firmas comerciales, el 27% fueron penales, mientras que de las acciones contra los sindicatos de comercio el 71% fueron penales[13]. Esto demuestra que el Departamento de Justicia ha sido comparativamente más renuente a utilizar contra las firmas comerciales un método que conlleva el estigma del delito.

El método de utilizar el proceso penal para hacer cumplir la Ley Sherman Antitrust ha variado de una administración presidencial a otra; rara vez fue usado en las administraciones de los presidentes considerados popularmente favorables a los negocios, a saber, McKinley, Harding, Coolidge y Hoover.

Los empresarios sufrieron la mayor pérdida de prestigio durante la depresión que comenzó en 1929. Fue precisamente en este período de bajo estatus de los hombres de negocios cuando se realizaron los más arduos esfuerzos para hacer cumplir las antiguas leyes y sancionar otras nuevas para la regulación de su actividad. Las partidas asignadas a ese fin fueron multiplicadas varias veces y los funcionarios fueron seleccionados por su rigor en la aplicación de la ley; el resultado fue que el número de decisiones contra las 70 corporaciones se cuadruplicó en la década siguiente.

La Ley de la Comisión Federal de Comercio establece que la violación a la ley por parte de una corporación debe considerarse también una transgresión por parte de sus funcionarios y directivos. Sin embargo, los hombres de negocios rara

[13] Porcentajes recopilados de los casos enumerados en el informe del Departamento de Justicia, "Federal Antitrust Laws, 1938".

vez son condenados por tribunales penales y se han informado varias situaciones, como el 6% de los casos de la industria automotriz, en las que las corporaciones fueron condenadas mientras que las personas que las dirigian fueron absueltas. Los ejecutivos de las empresas son condenados en tribunales penales, principalmente cuando usan métodos delictivos similares a los de la clase socioeconómica más baja.

Un segundo factor que explica la implementación diferencial de la ley cuando se aplica a los delitos de cuello blanco es la tendencia a distanciarse de los métodos penales. Esta tendencia se observa, en general, en la ausencia casi total de las penas extremas de muerte y tortura física; en la sustitución de métodos penales convencionales por métodos no penales, tales como la *probation* y los métodos de trabajo que la acompañan. Esta disminución de los procedimientos penales se explica mediante una serie de cambios sociales: el creciente poder de la clase socioeconómica más baja, sobre la cual previamente se aplicaba la mayoría de las penas; la inclusión dentro del campo de las leyes penales de una gran parte de los grupos socioeconómicos altos, como lo ilustran las regulaciones de tráfico; la creciente interacción social entre las clases, que aparejó una creciente comprensión y simpatía; el fracaso de los métodos penales para lograr reducciones sustanciales en las tasas delictivas, y el debilitamiento de la vocación legal y de la psicología individualista y hedonista que, respecto al control de la conducta, ponían gran énfasis en el dolor. Hasta cierto punto, se sobrepone a lo que acabamos de mencionar el hecho de que el castigo, antes el principal recurso para el control en el hogar, la escuela y la iglesia, tiende a desaparecer de esas instituciones y deja al Estado sin respaldo cultural para sus propios métodos penales[14].

[14] La tendencia a abandonar los métodos penales sugiere que las sanciones penales pueden no ser un criterio totalmente adecuado para la definición del delito.

El tercer factor en la implementación diferencial de la ley en el campo del delito de cuello blanco es el rechazo relativamente desorganizado del público hacia esta clase de delitos. Pueden darse tres razones de la diferente relación entre la ley y las costumbres en este terreno: a) Las violaciones de la ley por parte de los empresarios son complejas y sus efectos difusos. No son ataques simples y directos de una persona a otra, como son las amenazas y las lesiones. Muchos de los delitos de cuello blanco pueden ser apreciados sólo por las personas que son expertas en las ocupaciones en que ocurren. Una corporación a menudo viola una ley durante una década o más, antes de que las agencias administrativas o el público adviertan la infracción. Los efectos de estos delitos pueden ser difusos a través de un largo período de tiempo e involucran, quizás, a millones de personas, sin que haya una en particular que se sienta demasiado afectada en un momento determinado. b) Las agencias públicas de comunicación no expresan los sentimientos morales organizados de la comunidad respecto a los delitos de cuello blanco, en parte porque éstos son complicados y no pueden presentarse fácilmente como noticia, pero probablemente, en gran medida, porque estas agencias de comunicación pertenecen o son controladas por empresarios y también porque ellas mismas participan en la violación de muchas de estas leyes. La opinión pública sobre la ratería no sería igual si la mayor parte de la información sobre este delito fuera proporcionada directamente por los propios carteristas. Este fracaso de las agencias públicas de comunicación puede ilustrarse con la casi total falta de atención prestada por los periódicos a la prueba presentada en el juicio de A. B. Dick y otras compañías dedicadas a la mimeografía, sobre la escuela de sabotaje que estas compañías mantenían en Chicago, donde sus empleados eran entrenados para sabotear las máquinas de los competidores y hasta, incluso, sus propias máquinas si necesitaban repuestos de las compañías rivales[15]. Un comportamiento análogo llevado a

[15] *New York Times*, 26 de marzo, 1948, pp. 31, 37.

cabo por los sindicatos de comercio, con características tan espectaculares como las de este caso, se hubiera presentado con grandes titulares en la primera plana, mientras que muchos periódicos ni siquiera mencionaron esta decisión, y los que lo hicieron le dedicaron un breve párrafo en una página interna. c) Estas leyes para la regulación de los negocios pertenecen a una parte relativamente nueva y especializada de la legislación. Los antiguos delitos del *common law* que continuaron en los códigos penales regulares, generalmente se limitaban a ataques entre personas, que cualquiera podría cometer en cualquier sociedad.

En la sociedad actual, más compleja, los legisladores se vieron obligados a regular muchas ocupaciones y grupos especiales. El Código Penal de California, por ejemplo, contiene un índice de normas penales previstas en las leyes complementarias del Código Penal, destinadas a regular la actividad de peluqueros, plomeros, agricultores, empresas y muchos otros grupos especiales. Dicho índice consta de cuarenta y seis páginas y la legislación completa a la que hace referencia abarcaría muchos cientos de páginas. Esto ilustra la gran expansión de las leyes penales, más allá de las simples exigencias de las sociedades previas. Los profesores de derecho penal, que generalmente limitan su atención al antiguo Código Penal, pasan por alto la mayor parte de las leyes penales del Estado moderno. De igual modo el público no advierte, por lo general, muchas de estas regulaciones especializadas y su rechazo no está consolidado.

Por las tres razones expuestas, el público no tiene el mismo sentimiento de rechazo hacia los delitos de cuello blanco que respecto de algunos crímenes graves. Finalmente, la relación entre la ley y las costumbres tiende a ser circular. Las leyes, hasta cierto punto, son cristalizaciones de las costumbres y cada acto de cumplimiento de las leyes tiende a reforzar a aquéllas. Las leyes relativas a los delitos de cuello blanco, que ocultan la criminalidad de la conducta, han sido menos efectivas que otras leyes penales en el refuerzo que otorgan a las costumbres.

Las respuestas a las preguntas planteadas al comienzo de este capítulo pueden resumirse en las siguientes proposiciones: a) los delitos de cuello blanco analizados en este libro tienen el patrón genérico del comportamiento delictivo, es decir, la definición legal de conductas sociales lesivas y sanciones penales y, por consiguiente, se asemejan a otros delitos; b) estos delitos de cuello blanco no han sido, generalmente, considerados por los criminólogos como análogos a otros delitos y no se los ha incluido en el campo de las teorías de la conducta delictiva, porque los procedimientos administrativos y judiciales han sido diferentes para estas violaciones a la ley penal que para otras infracciones penales; c) esta implementación diferencial de la ley penal tal como se aplica a los empresarios se explica por su estatus, por la tendencia a apartarse de los métodos punitivos y por el rechazo relativamente poco elaborado del público hacia los delitos de cuello blanco.

Como este análisis se ocupa de las violaciones a las leyes llevadas a cabo por las corporaciones, es preciso describir brevemente la relación de las empresas con la ley penal. Hace tres o cuatro generaciones, los tribunales decidieron por unanimidad que las corporaciones no podían cometer delitos. Estas decisiones se basaban en uno o más de los siguientes principios. En primer lugar, como la corporación es una construcción legislativa y no tiene mente o alma, no puede tener voluntad criminal y, por lo tanto, no puede cometer delitos. Segundo, como una corporación no está autorizada a realizar actos ilegales, sus agentes tampoco. Si tales agentes los cometiesen, lo harían en función de su arbitrio personal y no en virtud de su capacidad como agentes. En consecuencia, pueden ser penados como personas, pero no como agentes. Tercero, salvo unas pocas excepciones, las únicas penas que pueden imponerse a las corporaciones, si se las encuentra culpables de haber cometido delitos, son multas. Estas multas son injurias para los accionistas y, consecuentemente, por una cuestión política, no deberían imponerse.

Actualmente, estos principios han sido revertidos por los tribunales y las corporaciones ahora son frecuentemente condenadas por haber cometido delitos. Las empresas han sido condenadas por hurto, homicidio atenuado o negligente, administración irregular, violación del Sabbath, destrucción

de la propiedad y una gran variedad de otros delitos [16]. Tales decisiones implicaron revertir los tres principios en los que se basaban las sentencias anteriores; a) La corporación no es simplemente un mecanismo legislativo. Las asociaciones de personas existían antes de la ley y algunas de ellas han sido reconocidas como personas jurídicas por las legislaturas. Por lo tanto, la legislación es, en parte, un mecanismo de las corporaciones, igual que las corporaciones son, en parte, construcciones de los legisladores [17]. b) El requisito de que el dolo debe ser acreditado fue suprimido de un gran número de leyes penales, como se señaló anteriormente. c) La asignación de responsabilidad ha sido extremadamente difícil en muchos sectores de la sociedad moderna, y la responsabilidad es, ciertamente, un concepto mucho más complicado que lo que comúnmente se cree. Las antiguas leyes de responsabilidad empresarial, basadas en el principio de la responsabilidad individual, se desmoronaron porque no permitían asignar responsabilidad en los accidentes industriales. Las leyes de compensación de los trabajadores fueron sustituidas por el principio de que el establecimiento industrial debería soportar el costo de los accidentes industriales. Se ha prestado algo de atención a la asignación de responsabilidad en las decisiones de las grandes corporaciones [18]. Aunque puede determinarse la responsabilidad por acciones de carácter particular, el poder para modificar tales acciones reside también en otros diversos puntos. Debido en gran parte a la com-

[16] George F. Canfield, "Corporate Responsability for Crime", *Columbia Law Rev.*, 14:469-81, junio 1941; Frederic P. Lee, "Corporate Criminal Liability", ibid., 28:1-28, febrero 1928; Max Radin, "Endless Problem of Corporate Personality", ibid., 32:643-67, abril 1932.

[17] Para un resumen de las teorías clásicas de la personalidad de las empresas, ver Frederick Hallis, *Corporate Personality* (Londres, 1930). Ver también, Henri Levy-Bruhl, "Collective Personality in the Law", *Annales Sociologique*, ser. C, fasc. 3, 1938.

[18] Robert A. Gordon, *Business Leadership in the Large Corporation* (Washington, D.C., 1945).

plejidad de este concepto, la cuestión de la responsabilidad individual es frecuentemente rechazada y se imponen penas a las corporaciones. Esto afecta claramente a los accionistas, que pueden casi carecer de facultades para tomar decisiones de política empresarial; lo mismo ocurre con otras penas sugeridas como sustitutos de las multas a las corporaciones; a saber: la disolución de la empresa, la suspensión del negocio por un período determinado, la restricción de la esfera de acción de la firma, la confiscación de bienes, la publicidad, la garantía de buena conducta y la supervisión judicial.

Pueden plantearse dos preguntas relativas a la responsabilidad de las corporaciones, desde el punto de vista de la clasificación estadística de violaciones a la ley. La primera es si una empresa debería considerarse responsable por la acción de un sector determinado dentro de ella. Por ejemplo, el departamento de publicidad puede preparar y distribuir material de propaganda en forma ilegal. El argumento usual de los ejecutivos de la corporación es que lo ignoraban y que, en consecuencia, no son responsables de la acción de ese departamento. Esta defensa es similar a la coartada del delincuente común y no debe ser tomada en serio. Los departamentos de una corporación saben que el reconocimiento que reciben de los ejecutivos depende de los resultados y que, si los obtienen, se les harán pocas preguntas. En el caso excepcional de que los ejecutivos no sólo ignoran sino que se oponen francamente a la política de un departamento determinado, la corporación habitualmente es considerada responsable por la justicia. Ésta es la única cuestión interesante al respecto. En consecuencia, un acto ilegal se registra como acto de la corporación, sin tomar en cuenta la determinación de responsabilidad dentro de ella.

El segundo problema se refiere a la relación entre la corporación madre y sus subsidiarias. Esta relación varía ampliamente de una corporación a otra y aún dentro de un sistema empresario. Cuando se investiga a las subsidiarias por violaciones a la ley, la empresa matriz generalmente aduce que ignoraba los métodos usados. Usualmente esto es, otra vez, una coartada, aunque puede ser verdad en algunos casos. Por ejemplo, las empresas automotrices generalmente insisten

en que cada subsidiaria determine su propia política laboral, razón por la cual no está dentro del ámbito de control de la corporación matriz. Sin embargo, cuando se planteó una controversia laboral en una planta de Texas y los líderes de los trabajadores propusieron un acuerdo, el departamento de personal de la planta contestó: "Necesitamos consultar a Detroit". A la mañana siguiente, informaron: "Detroit dice No". Para el presente análisis, la corporación y sus subsidiarias se consideran como una unidad, sin tomar en cuenta la asignación específica de responsabilidad dentro de esa unidad.

V

COMPETENCIA DESLEAL

NÚMERO DE INFRACCIONES

Los empresarios han cometido muchos delitos de competencia desleal contra otros hombres de negocios y contra los consumidores. El predominio de estos hechos se muestra en el Cuadro VI, que presenta las decisiones oficiales dictadas al respecto contra las 70 grandes corporaciones industriales y comerciales durante su existencia. Se dictó un total de 307 resoluciones contra 60 de las 70 corporaciones[1]. Todas ellas son decisiones de tribunales federales o comisiones, salvo 23 que provinieron de juicios estatales; de los 23 casos estatales, 16 culminaron en condenas ante tribunales penales y 7 en decisiones bajo la jurisdicción de equidad.

Además, 157 casos que no están completos o suficientemente precisados para incluirlos en la clasificación suminis-

[1] Este total incluye tres opiniones judiciales acerca de la práctica de competencia desleal por parte de las corporaciones. En demandas de disolución contra la Compañía Americana de Enlatados (American Can Company) y la Corporación Acero de los Estados Unidos (U.S. Steel Corporation), los tribunales expresaron su opinión de que estas empresas habían violado la ley *antitrust* en un época previa pero que la disolución no era necesaria puesto que la competencia aumentó posteriormente (U.S. vs. American Can, 230 F 859 [1916], 234 F 1019[1916], 256 U.S. 706 [1920]; U.S. vs. U.S. Steel, 223 F 55 [1915], 251 U.S. 417 [1920]. Una demanda interpuesta por la Compañía Nacional de Plomo (National Lead Co.) para cobrar una deuda fue desestimada por un tribunal, en función de que el contrato bajo el cual se reclamaba la deuda era inválido, ya que estaba violando la ley estatal *antitrust* (80 Mo. Ap. 247 [1899]).