

E) CRONICA LEGISLATIVA

NOTAS PARA UNA DISCUSION SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIO-ECONOMICO Y EL PATRIMONIO EN EL PROYECTO DE 1980-DE CODIGO PENAL (Títulos VIII y V)

JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ
 Profesor Ayudante de Derecho penal
 Universidad Complutense

SUMARIO: I. *Delitos contra el orden socio-económico*. 1. Cuestiones generales de política criminal: A) Carácter fragmentario del Derecho penal. B) La cuestión de las «cuantías»: el principio de irrelevancia. C) Aplicabilidad de los tipos. D) Función político-criminal del tipo y principios de legalidad: el problema del error. 2. Anotaciones relativas a las insolencias punibles. 2.1. Cuestiones generales de política criminal. 2.2. Propuestas en particular: art. 330 (alzamiento de bienes); art. 331 (quiebra). 3. Notas relativas al tráfico de los medios de pago y crédito. 3.1. Letra de cambio vacía. 3.2. Cheque. 4. Propuestas relativas a los delitos financieros. 4.1. Cuestiones generales. 4.2. Comentario crítico general. 4.3. Propuestas, en concreto. 5. Propuestas relativas a los delitos contra la Hacienda Pública.—II. *Delitos contra el patrimonio*. 1. Cuestiones generales de política criminal. 2. Propuestas, en concreto: hurto, robo y utilización de vehículos ajenos sin autorización.—III. *Especial consideración del delito monetario en la Ley de 16 diciembre 1979 y en el Proyecto de C. P.: acotaciones jurisprudenciales*. 1. La cuestión del bien jurídico protegido. 2. La ausencia de autorización administrativa previa. Problemática de la autorización posterior. El dolo. 3. La autorización administrativa previa como «momento especial de la antijuricidad». El dolo y su presunción en el delito monetario. 4. Organó competente. Las potestades administrativas.

(*) El presente trabajo es, con muy pocas variaciones, una parte de la Ponencia sobre la que se discutieron las enmiendas correspondientes al Proyecto de Código penal presentado por el Gobierno en la Comisión Técnica, a tal fin, reunió el Grupo Parlamentario del PCE-PSUC. Comisión de la que formo parte, como otras personas, sin pertenecer a dicho partido político.

He considerado útil su publicación, manteniendo la forma original de documento de trabajo, en este período de reforma penal que, en su primera fase, al menos, no se caracterizó precisamente por su transparencia (no ignoro las razones de urgencia que efectivamente explican en gran parte la premura en la preparación del documento de trabajo que, también, es el Proyecto de Código penal de 1980. Aunque no en todos los miembros de la Comisión inicial para la reforma estas razones de urgencia eran sentidas igualmente).

Dada la forma de documento de trabajo que tiene este trabajo no he considerado necesario reproducir en cada caso el texto del Proyecto sometido a crítica, sino sólo en aquellos casos en que ello facilitaría la comparación con la alternativa propuesta.

I.—DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONOMICO

1. Cuestiones generales de política criminal

A) También en este ámbito delictivo interesa respetar el carácter fragmentario del Derecho penal, frente al olvido al respecto del Proyecto, así como la evitación de los tipos de peligro, mera actividad, tentativas autónomamente tipificadas, etc. Para fundamentar estas dos afirmaciones no sería la razón de menos peso la consideración de que no es función político-criminal que nos competa el perfeccionamiento o corrección del sistema de libre competencia, sino evitar las más graves disfunciones para la economía nacional. Por ello habrá que enfocar los tipos penales desde la óptica de la protección de la economía nacional, aunque en concreto pueda ser la lesión de derechos e intereses individuales la vía de la lesión de aquélla.

Ello no obstante, los tipos de peligro no están en general justificados: se ha de exigir la efectiva lesión de un bien jurídico individual o «colectivo» como resultado para la punición del delito consumado. Esa efectiva lesión puede y debe demostrar el peligro o efectiva lesión para la economía, sin que por ello haya que configurar tipos de mero peligro. Entiendo, pues, que la utilización de los tipos de peligro en el ámbito de los delitos socio-económicos no está siempre fundamentada en una razón de necesidad político-criminal, sino en una muy concreta y trasnochada concepción de la misma: en la «defensa social».

Por otro lado, hay que resaltar que hacer un Código penal no es hacer el Derecho penal (1). Existen numerosas materias que por su especificidad deben de contemplarse en las correspondientes leyes específicas, que no tienen por qué ser sólo leyes penales específicas. El espíritu reaccionario de la Codificación debe de ser superado. Este defecto es uno de los más evidentes en la regulación de los delitos socio-económicos que hace el Proyecto, en una equivocada pretensión de emular al Proyecto Alternativo alemán. Muchas veces se ha hecho mención a las razones para esta extracción del Código penal de gran parte de los delitos socio-económicos: de justicia y de economía procesal, de naturaleza material (resultan forzados muchos institutos penales: participación, formas imperfectas, resultado-lesión, tipo subjetivo, concurso, etc.) y de naturaleza político criminal (la t.^a de la pena se problematiza o queda sin contenido, se altera la motivación de los sustitutivos, en muchos casos, se imposibilita la aplicación de otras penas específicas y otro sistema de ejecución, etc.).

En conclusión:

1) Numerosas conductas incriminadas en el Proyecto como delitos contra el orden socio-económico deben regularse o complementarse en leyes

(1) Sólo se explica que se olvide esto cuando, por las razones discutidas y ya aludidas razones de urgencia, se pretende abarcar en un solo cuerpo legislativo lo que, sin embargo, requiere un complejo desarrollo diversificado e igualmente reformable «de raíz». La comprensión de las razones citadas no impide, sin embargo, que haya que seguir manifestando la necesidad de que esta diversificación y la pérdida del sentido de provisionalidad reformista.

específicas. Así ocurre con las *insolvencias, delito fiscal relativo al control de cambios, y delitos financieros*. Ello no equivale obviamente a su despenalización. En el C. P. deben subsistir un número muy limitado (así ocurre, p. ej., con la frustración de la ejecución forzosa», también regulada en el C. P. alemán (parágrafo 288), a pesar de existir una especial ley concursal, no sólo penal (2).

2) Deben de desaparecer o reformularse los numerosos delitos de peligro, mera actividad o «tentativas» autónomas del cap. VIII. Así: alzamiento y suspensión de pagos, delito publicitario, competencia desleal, alteración de precios y prácticas restrictivas, secretos industriales, regulación de mercados, control de cambios, financieros, fundamentalmente. Al respecto hay que resolver algunos aspectos especialmente conflictivos y generadores de inseguridad de la regulación del Proyecto, tanto en lo que se refiere a los delitos socio-económicos como a los patrimoniales. Me refiero destacadamente a la evitación de la reiterada expresión de *en perjuicio*. Existen elementos de comparación en el propio Proyecto que permiten entender esa expresión como alusión al resultado: así, p. ej., el art. 366 dice: «Los que en perjuicio de otros o con ánimo de causárselo...». Sin embargo, y con independencia de la crítica que merece el art. 366 citado, la utilización de la expresión «en perjuicio» no resulta clara a la hora de expresar si lo que se pretende es exigir un resultado lesión, un peligro, o, simplemente, un elemento subjetivo («animus»). En general, pues, la expresión es confusa y hace pensar en la ulterior fuente de innumerables problemas interpretativos, respecto al resultado en los tipos correspondientes. Para evitarlo es necesario corregir en cada tipo en particular esa expresión.

B) Constituye motivo de especial preocupación la cuestión de la delimitación en base a cuantías determinadas del ámbito del ilícito penal y el administrativo. Aunque muy corregido respecto al vigente C. P., todavía subsiste en determinados tipos. La cuestión va interrelacionada, lógicamente, con la propuesta respecto a las faltas (3), y se refiere, además, tanto a los delitos patrimoniales, como a los socio-económicos. Constituye, como es sabido, una de las cuestiones dogmáticas y político-criminales más «irresueltas» actualmente, cuya concreción sería la discusión en torno a los «Bagatelldelikte», y en general al principio de «irrelevancia».

Fundamento brevemente la opinión aquí mantenida, en el sentido de evitar que formen parte del tipo legal (es decir, de aquél al que va referido el dolo del tipo) las referidas cuantías. Para ello es inevitable sustan-

(2) Dado el, según noticias, avanzado estado de elaboración en España de una Ley Concursal general —es decir, de naturaleza no sólo penal—, en la que, por ejemplo, desaparece la figura jurídica de la suspensión de pagos, parece especialmente justificada la pretensión de que, en esta materia, el Código penal no nazca con la provisionalidad que su formulación en el Proyecto hace deducir. Lo mejor sería, y no sólo por la razón antes aludida, que, efectivamente, se regulasen las insolvencias, en general, fuera del Código penal.

(3) Debería suprimirse el Libro III y procederse a la incorporación, en su caso, al Libro II de aquellas «faltas» (concretamente de las llamadas «faltas delictuales contra la propiedad y la integridad»), que se considere indispensable mantener como punibles.

ciar la diferencia entre concepto formal y material del delito. A mi entender ello debe hacerse en la Parte General (Libro I), con una fórmula *semejante* a la utilizada en algún texto positivo de Derecho comparado: «No existe delito cuando la acción corresponde ciertamente al texto literal de un tipo legal y, sin embargo, las repercusiones del hecho sobre los derechos e intereses de los ciudadanos o de la Sociedad y la culpabilidad del autor son irrelevantes».

Las consecuencias político-criminales de esta opción son notables. Por menos evidentes, tal vez merezca la pena destacar las que se deducirán para el tratamiento del error. Se podría argumentar al respecto que también la consideración de las cuantías aludidas como condiciones objetivas de punibilidad, sería capaz de llegar a semejantes conclusiones político-criminales y dogmáticas. Parece más correcto, sin embargo, encontrar soluciones vinculadas a la estructura del tipo del injusto y de la culpabilidad, que recurrir a la discutible categoría objetiva (?) de las condiciones de punibilidad. Además, es conveniente evitar la posibilidad de que se aplique en este ámbito de la delincuencia socio-económica o patrimonial el error sobre las condiciones de la punibilidad, siquiera como error sobre la prohibición.

C) Constituye una «obligación» político-criminal evitar los tipos demagógicos o vacíos, no sólo no respetuosos con la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, sino además fuente de desprestigio del propio ordenamiento punitivo por su consustancial inaplicabilidad. En este sentido son muchos los tipos del Proyecto que nacen muertos, por ser las conductas que pretenden incriminar cotidiana actividad, inmanente y esencial en el sistema capitalista. Así, habría que aligerar, especialmente, los Cap. II, VI, VIII y X del Proyecto.

D) Es preciso reconducir los tipos a su auténtica función político-criminal de expresión real (no formal) del principio de legalidad.

Es bien sabido que el principio de legalidad en Derecho penal no es más que un formalismo conveniente al Estado burgués de las libertades formales, y que en el concreto ámbito de la delincuencia «económica» y patrimonial ha sido altamente rentable para la clase dominante.

Se presenta, pues, la necesidad de dotar de contenido real a este principio, y específicamente en este terreno de disfunción para el sistema capitalista (delitos socio-económicos y patrimoniales). A mi entender ello sólo se puede conseguir con unos tipos que contengan la materia de prohibición y que ésta no sea simplemente formal. Se trata en realidad de dar un claro contenido al dolo en los tipos dolosos y de evitar, consecuentemente, la punición o impunidad infundadas debido a la imperfecta conformación de los tipos, es decir, destacadamente, por imperfecta aplicación de la dogmática del error. En este sentido resulta algo más que un «juego» dogmático la concepción del dolo como elemento subjetivo referido a la realización de las circunstancias del hecho contenidas en el tipo legal. Sólo así se llena de contenido real al principio de legalidad, en el sentido concreto de que la pena por el hecho doloso depende de la previa tipificación de unas circunstancias a las que se ha referido la consciencia-volición del

sujeto. Por eso resulta importante que el supuesto contrario o inverso, es decir, la impunidad por el hecho doloso en caso de error, dependa, precisamente, del (invencible) desconocimiento-volición de esas circunstancias, y no simplemente de las «especiales» (4). Es importante, pues, regular el error sobre el tipo como error sobre las circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal, porque supone reivindicar la importancia político-criminal de la tipicidad del tipo. Esta óptica se ha de tener muy en cuenta a la hora de analizar cada una de las figuras típicas de los títulos V y VIII, y a la de proponer formulaciones alternativas.

En el concreto ámbito de determinados delitos socio-económicos (manifiestamente los relativos al control de cambios y al contrabando), concebidos, generalmente, como delitos «formales», es decir, que (según expresión jurisprudencial) «reciben el contenido de la antijuricidad» por la inexistencia de autorización administrativa o de determinados requisitos administrativos, la correcta configuración del tipo cobra una especial importancia, y no sólo a efectos de evitar que los delitos se definan por la infracción administrativa correspondiente, sino también para poder sustanciar de forma correcta político-criminalmente la problemática del error referido a la autorización administrativa previa, puesto que al errar el autor sobre ese supuesto elemento del «tipo» (?) está, al tiempo, errando sobre la total antijuricidad. Se trata de evitar en la descripción típica que estos elementos o «especiales momentos de la antijuricidad» puedan aparecer como elementos del tipo, con el fin de evitar a su vez que el error sobre los mismos pueda ser considerado un error sobre el tipo. Es fundamental situar esta problemática del error sobre la autorización administrativa (es decir, sobre su necesidad, etc.) en el marco del error sobre la prohibición.

Por eso, entre otras razones, parece oportuno sustituir las constantes alusiones hechas en el Proyecto a «*los que sin la previa autorización administrativa*», o similares, por la de «*los que ilegalmente...*».

2.—Anotaciones relativas a las insolvencias punibles (Cap. I) (5).

2.1.—Cuestiones generales de política criminal.

Hay que evitar el despegue respecto a la realidad económica y jurídica de estas actividades. Ello se consigue teniendo en cuenta su naturaleza dependiente del orden civil mercantil por el que se articula la defensa del interés del acreedor para que éste consiga lo que realmente le interesa: la satisfacción del crédito y la indemnización correspondiente, en su caso. por

(4) Categoría que considero superada dogmáticamente en lo que a los tipos de la prohibición se refiere, y que introduce elementos valorativos extraños a la técnica de tipificación de las conductas. Cuestión diferente es la que se refiere al error sobre la situación de justificación. Respecto a mi opinión sobre un tema tan complejo y discutido, me remito a mi obra *El ejercicio legítimo del cargo*, Fac. de Derecho, Madrid, 1980.

(5) Tal y como se dijo anteriormente, considero preferible su tratamiento fuera del Código penal. Con este carácter de provisionalidad, pues, hay que entender las anotaciones siguientes.

incumplimiento. Por tanto, es en vía civil donde, obviamente, se sustancia fundamentalmente el litigio entre las partes y se posibilita la satisfacción del derecho de crédito. El interés en la persecución penal es, desde esta perspectiva, subsidiario, en un doble sentido: sólo existe cuando el interés público sigue materialmente dañado y/o cuando el acreedor no puede satisfacerse dada la conducta dolosa o gravemente imprudente del deudor. En cuanto a las insolvencias en Derecho penal ello quiere decir que:

1) Existen insolvencias que deben conminarse con una pena específica en el Código penal (con independencia del concreto y efectivo perjuicio particular para los acreedores) en función del grave perjuicio efectivo para la economía nacional y el interés de los trabajadores.

2) En los casos de insolvencias dolosas aparentes o ficticias, o gravemente imprudentes reales, el perjuicio para el acreedor subsiste, por lo que está justificada su persecución penal aunque no afecte gravemente al interés de la economía nacional.

2.2. Propuestas en particular.

Art. 330.—Alzamiento de bienes.

«El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, será castigado con pena de prisión de seis meses a seis años, según fuere la cuantía del perjuicio propuesto, número de acreedores afectados y condición económica de los mismos, si fuere comerciante, y con la de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de ocho a veinticuatro meses si no lo fuese.»

a) Absoluta y relativamente resulta desproporcionada la pena. Así se constata igualmente en Derecho comparado sobre insolvencias. En realidad, el Proyecto mantiene la pena del vigente Código penal. Habida cuenta de la regulación de los sustitutivos es preferible que la cantidad máxima de prisión no supere los *dos años* y que la pena de multa sea optativa, tal y como ocurre en Derecho comparado. Por otra parte, en el alzamiento está injustificada la diferencia entre comerciante o no a efectos de la pena, dado que también puede ser una forma (el alzamiento) para la quiebra dolosa.

b) El texto del Proyecto sigue recogiendo el alzamiento como delito de peligro, mera actividad o «tentativa autónoma» al eludir a la cuantía del «perjuicio propuesto», con lo que la alusión a «en perjuicio» de sus acreedores queda reducida a expresión de un elemento subjetivo. Todo ello resulta criticable desde un punto de vista político-criminal. Por otro lado, si la insolvencia (aparente) es generalmente considerada como el «resultado» en este tipo de alzamiento, resulta absurdo incluir otros elementos (cuantía del fin propuesto, número de acreedores afectados o condición económica de los mismos) para graduar la pena. Al respecto basta y sobra el Libro I Código penal.

c) Para restringir el ámbito de aplicación de esta figura típica y matizar el interés público en su persecución, así como el tipo subjetivo, habría que establecer la vinculación subjetiva y objetiva de la acción a la evitación de la ejecución forzosa, excluida la ejecución universal. Es éste un sistema ple-

namente coherente con la pretensión de que la generalidad de las conductas punibles de insolvencia se regulen específicamente en el marco de una ley concursal. Ello no sería obstáculo para que el tipo que aquí se propone subsistiese en el Código penal. Es exactamente lo que ocurre en el Derecho alemán, cuyo Código penal incluye en el parágrafo 288 la siguiente figura típica, coexistente, como se dijo, con las de la correspondiente ley concursal: «Frustración de la ejecución forzosa. (1) El que, ante la inminencia de una ejecución forzosa enajena o hace desaparecer parte de sus bienes, con la intención de frustrar la satisfacción de los acreedores, será penado con privación de libertad hasta dos años o con pena de multa. (2) El hecho se perseguirá sólo a instancia de parte».

d) En resumen, pues, la siguiente redacción alternativa, que pretende afrontar los problemas más discutidos y discutibles del alzamiento en Derecho penal (bien jurídico, resultado, dolo, omisión, naturaleza de la relación crediticia) podría servir como texto de trabajo para una discusión:

«El que, para evitar la ejecución forzosa, se alzare con sus bienes, produciendo un perjuicio a sus acreedores, será penado con prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, salvo que constituya delito más grave.»

Art. 331.—Quiebra dolosa e imprudente.

«El que fuere declarado en quiebra o concurso de acreedores con arreglo a la ley será castigado con pena de prisión de uno a seis años cuando la crisis económica haya sido intencionadamente causada por el deudor o persona que obre en su nombre, y con las penas de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses cuando se haya debido a falta de diligencia grave de los mismos en la administración del patrimonio.

En ambos supuestos se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número, condición económica y, en su caso, el quebranto que la crisis acarree a la economía nacional.

En todo caso, los delitos singulares cometidos por el deudor, o persona que haya actuado en su nombre, en la administración del negocio o patrimonio, podrán perseguirse sin esperar a la calificación de la quiebra o concurso, y con independencia de las penas que puedan imponerse por éstos. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.»

a) De nuevo resulta desproporcionada la pena en su límite máximo de privación de libertad. Ni siquiera es justificable desde el punto de vista del perjuicio a la economía nacional o la condición económica de los acreedores.

b) El texto del Proyecto deja irresueltos algunos temas fundamentales del tipo subjetivo: en el tipo doloso, por ejemplo, la intención debe dirigirse tanto a la causación de la crisis económica como a su *agravación*, lo cual no siempre ocurrirá antes de la declaración de la quiebra, sino también con

conductas posteriores, tal y como recoge la actual regulación de la quiebra fraudulenta en el Código de comercio.

c) En lo que se refiere al tipo imprudente, la graduación de la pena en función de determinadas circunstancias del resultado (cuantía del perjuicio, número de acreedores, etc.), en igualdad de tratamiento con el doloso, resulta francamente criticable, por ser demostrativo de una concepción de la imprudencia que ya nadie defiende. En efecto, sin pretender sustanciar aquí el complejo problema de la naturaleza del resultado en los tipos imprudentes (6), parece cierto que se construyen, en todo caso, sobre el desvalor de la acción, por lo que esa abierta concesión al objetivismo, que se contiene en el párrafo segundo del art. 331 del Proyecto, parece fuera de lugar.

d) Reflexión aparte merece la exclusión del tipo de la suspensión de pagos, y su regulación parcial en los arts. 332 y 333 del Proyecto.

En realidad la suspensión de pagos (7) se ha impuesto como la «trampa» en el ámbito de las insolvencias, especialmente de las definitivas. Si se quiere evitar, aunque sea provisionalmente, que ello siga siendo así, estará plenamente justificada la equiparación en Derecho penal a las conductas delictivas en el ámbito de la quiebra o el concurso de acreedores. Es desde esta óptica, además, desde la que, a mi entender, hay que afrontar la crítica de los arts. 332 y 333 del Proyecto, porque con la inclusión de la suspensión de pagos en el régimen hasta ahora pensado sólo para la quiebra y el concurso de acreedores, y con la referencia del tipo doloso subjetivo también a la agravación de la crisis económica, quedan sin contenido los citados artículos (8), por lo que deberían de suprimirse al quedar incorporadas las

(6) De nuevo me remito a mi obra *El ejercicio legítimo del cargo*, cit., sobre mi opinión al respecto.

(7) Que, como se dijo, es una figura jurídica a desaparecer. Por eso todas las propuestas al respecto tienen sólo un sentido de provisionalidad.

(8) Por lo demás, el tipo del art. 332 del Proyecto es inadmisibles, porque más que un delito de peligro supone la punición de una simple pretensión, en muchos casos. Respecto al art. 333, hay que tener en cuenta que frente a la quiebra, en que el quebrado pierde la administración de sus bienes tras la declaración de la misma, al igual que ocurre en el concurso de acreedores (arts. 878 C. de c. y 1.914 C. c., respectivamente), el declarado en suspensión de pagos conserva la administración, aunque sometida a limitaciones, hasta que la propuesta de convenio obtenga la aprobación de los acreedores, así como la gerencia de sus negocios (art. 6 Ley S. P.), por lo que podría estar justificado el tratamiento específico en Derecho penal de las conductas relativas a este convenio y a su incumplimiento. Hay que tener en cuenta que si el deudor incumple el convenio al acreedor no le queda más salida que la solicitud de rescisión del mismo y de declaración de la quiebra. Lo que ocurre es que, en tal caso, parece obvio que el deudor estaría *agravando* dolosamente, o imprudentemente, su crisis económica en perjuicio de sus acreedores, por lo que estos incumplimientos de convenio estarían ya contemplados en la propuesta hecha anteriormente para el art. 331. Ello resulta mucho más claro todavía en lo que se refiere al incumplimiento de cualquier concordato preventivo de insolvencia definitiva, ya que ello conduce directamente a la agravación de una suspensión de pagos declarada.

A mi entender, por tanto, este tipo es superfluo si se admite la propuesta hecha anteriormente (art. 331), que refiere el tipo no sólo a la suspensión de pagos, sino, además, a la «agravación» de la crisis económica.

conductas a las que se refieren en el régimen general punitivo de las insolencias.

e) Finalmente, el último párrafo del art. 331 del Proyecto ha de corregirse hasta conseguir que no vulnere el «non bis in idem», tal y como ocurre en su propuesta.

f) Teniendo en cuenta todo lo referido, y también las cuestiones generales dogmáticas y político-criminales señaladas al principio (supra, I, 1), el texto de trabajo podría ser el siguiente:

«El que fuere declarado en quiebra, concurso de acreedores o suspensión de pagos, será penado con prisión de uno a tres años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la crisis económica esté causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que obre en su nombre, y con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la crisis o su agravación se hayan debido a imprudencia grave de los mismos. Si con su acción dolosa produce un grave perjuicio a la economía nacional la pena será la superior en grado. En todo caso... (idem) (suprimir «y con independencia de las penas que puedan imponerse por éstos).»

3.—Notas relativas al tráfico de los medios de pago y de crédito (Cap. IV).

3.1. Art. 353.—Letra de cambio vacía.

Como se sabe, son diferenciables, a todos los efectos, las letras vacías de favor, inherentes al sistema de obtención y garantía de un crédito, y otras letras no comerciales, en las que, a diferencia de las anteriores, no figura firma válida del acepto por el librado.

La validez jurídica de las primeras resulta hoy en día indiscutida, y sus beneficios son superiores a los riesgos que entraña para el sistema de crédito. Por lo demás, su protección penal se realiza, fundamentalmente, a través del delito de estafa en la presentación al descuento o en la cesión. A mi entender, por tanto, el tipo de la estafa es perfectamente capaz de asumir, sin forzamientos, los supuestos de letras de colusión y de peloteo (no incluyen las de favor por precio ya que no llevan acepto y las entiendo, de acuerdo con la mejor doctrina, como «tirage a liàir», y, por tanto, no son auténticas letras de favor).

En cuanto a las segundas (es decir, a las restantes letras no comerciales) las más de las veces se originan en una falsedad utilizada para el giro fraudulento de la letra o en un engaño en su negociación, por lo que su punición por falsedad o estafa no presenta problemas relevantes.

En consecuencia, el espacio penal para la punición autónoma del giro o negociación de la letra de cambio vacía es, a mi entender, inexistente. Así lo confirma el propio Proyecto de C. penal al incluir los dos últimos párrafos del art. 353: impunidad por ausencia de perjuicio efectivo y especialidad de la estafa. También lo confirma la última frase del párrafo primero «... o que el librado hubiese firmado el acepto», ya que al exigir «a contrario sensu» la inexistencia de acepto del librado como elemento del tipo se están excluyendo las letras de favor válidas: sólo cumplirían con este

requisito del tipo otras letras vacías de difícil existencia no delictiva por estafa o falsedad. O, dicho de otra manera: si hay firma del acepto por el librado existe garantía (reforzada) de cobro, es decir, de no perjuicio efectivo, o bien inexistencia de engaño *idóneo*. Y, viceversa, la no firma de acepto por el librado se erige en elemento del tipo del 353 por las razones contrarias (posible engaño *idóneo* y perjuicio efectivo). En consecuencia, y en resumen, pues, el art. 353 es la descripción de lo que no es una estafa (o una falsedad). El esfuerzo es inútil, sin embargo. Lo mejor sería suprimirlo.

3.2) Art. 354 y 355.—Cheque

1) Cuestiones generales.

No es necesario reproducir las razones político-criminales que fundamentan la supresión de este delito, a pesar de la importante y saludable reforma que el Proyecto ha efectuado respecto al inadmisibles tipo del actual. 563 bis b). Las razones se resumen en la no necesaria incriminación del incumplimiento de una obligación civil de pago, es decir, en la restricción de la punición del libramiento de cheque a la defraudación (estafa) y/o al delito falsario.

Se deben dar por reproducidas aquí, además, las razones aducidas respecto a la letra de cambio vacía sobre el estrecho espacio penal subsistente, en su caso, para la punición, cuando se excluyen, como hace correctamente el propio Proyecto, los supuestos de estafa (último párrafo del 354) y ausencia de perjuicio efectivo (párrafo 5.º), así como, lógicamente, de falsedad. Finalmente, las razones de interés exclusivamente bancario no justifican su subsistencia en el Código penal. Así, pues, también este art. 354 podría desaparecer.

2) Respecto al art. 355, son igualmente válidas las razones aducidas para el art. 354. Una correcta dogmática de la estafa y la falsedad resuelve con facilidad los supuestos de libramiento o negociación sobre cuenta imaginaria o ajena. Al margen de ello no debe ser punible.

3) En general, por tanto, a mi entender nada se perdería suprimiendo el Capítulo IV del Proyecto de Código penal.

4.—Propuestas relativas a los delitos financieros (Cap. VI).

4.1.—Cuestiones generales.

Dada la poca atención prestada tradicionalmente por la doctrina española al tema de los delitos societarios, y debido, también, a la innovación que supone su regulación específica en el Código penal (Proyecto), considero útil establecer una previa sistematización general. Pero antes, quisiera expresar la opinión de que sería deseable que quedasen fuera del Código penal: tanto el derecho comparado, como la compleja especificidad de la materia lo aconsejan vivamente. A mi entender, este intento del Código penal (Proyecto) de imponer «orden» en el mundo societario está, en la formulación del Proyecto, condenada al fracaso. Pero es que, además, todo el Cap. VI, tal y como se verá, podría desaparecer sin que por ello que-

dasen impunes las conductas allí incriminadas. En efecto, este Capítulo tiene mucho de demagógico.

Con profundo escepticismo, por tanto, hay que entrar en el estudio y reformulación de los tipos que propone el Proyecto. Como se verá, la mayoría resultan «distrayentes» respecto al auténtico interés político-criminal. Las ausencias son, también, muy esclarecedoras.

En síntesis, los arts. 363 a 369 del Proyecto se contemplan, a grandes rasgos, las siguientes figuras delictivas, por ámbitos de actuación:

— Sociedad mercantil «fantasma» o «fachada». Tiene una especial relevancia real en relación a conductas defraudatorias, especialmente de fraude fiscal (art. 364).

— Falseamientos contables. Su contemplación en el art. 364 parece obedecer fundamentalmente a la constatación del funcionamiento real de las grandes sociedades anónimas, en las que la autonomía en la gestión se prolonga en el tiempo (arts. 364 y 365).

— Actuaciones sobre la garantía. Apariencia de desembolso del capital social suscrito. Es frecuente y legal el parcial y simbólico desembolso de ese capital. El tipo en el art. 366 no tiene que ver con ello, sin embargo, sino con la apariencia de lo contrario, es decir, es claramente defraudatorio en su aspectos subjetivo y falsario. No hay que olvidar que el capital social desembolsado cumple una función de garantía de buena gestión, pero no es de destino o afectación. Por lo demás, el desembolso efectivo pleno reafuerza, simplemente, la garantía.

— Diversificación del fin (?) del capital y los beneficios sociales. Se trataría de regular el auténtico delito financiero (art. 368).

— Actuación sobre los acuerdos sociales, en una doble vertiente: utilización de votos (art. 367) y abuso de mayoría (art. 369).

4.2.—Comentario crítico general.

No es desacertado decir, en resumen, que en este Cap. VI se da cabida a supuestos bien heterogéneos en tipos en los que el peligro y el resultado son bastante confusos, y en los que, sin embargo, no se contempla el auténtico delito financiero, ni de riesgo, ni de resultado. Con ello no pretendo reivindicar la inclusión de tipos de riesgo, pero no cabe duda de que la ausencia del delito financiero de riesgo en el Proyecto es ampliamente significativa de la defectuosa técnica utilizada, dado el vacío legal que pretendidamente venía a colmar.

Se observa, en general, un desmesurado defensismo penal, que se concilia mal con el inevitable y fomentado caos de entorno que exige el funcionamiento de las grandes sociedades anónimas. Por ello muchos tipos nacen condenados a su inaplicabilidad, o quedan reducidos a una contradictoria declaración demagógica sin contenido autónomo real, ya que se trata de conductas claramente subsumibles en los tipos defraudatorios o falsarios generales. Junto a ellos se olvida, sin embargo, sin embargo, la contemplación de la específica actividad delictiva *bancaria*.

Político-criminalmente no se observa, finalmente, una preocupación por la delimitación del bien jurídico de naturaleza «pública» (interés social del orden público económico) por lo que se frustra la principal virtualidad de:

la peculiar inclusión específica de los delitos financieros en un Código penal. En refuerzo de lo anteriormente señalado hay que hacer constar que, tanto por el entorno socio-económico al que se va a aplicar el ordenamiento, como por la específica regulación contenida en este Cap. VI, los «delitos financieros» parecen dirigidos, fundamentalmente, a establecer un «orden» (?) en la actividad de la pequeña y mediana empresa (así, p. ej., los artículos 363, 366 y 368).

Así, pues, propongo una crítica general de los tipos del Cap. VI, desde la óptica de:

a) Remitir lo posible a los delitos falsarios, defraudatorios y de apropiación indebida, contra el patrimonio. Mantener la esperanza de una legislación específica sobre los delitos societarios.

Queda claro que «las maniobras tendientes a beneficiar a los directores de las empresas, en menoscabo de la sociedad misma, de sus accionistas o acreedores, o aquellas otras en que se apliquen de manera fraudulenta los bienes, dándoles fin distinto de aquél para el que fueron entregados, o, por fin, los supuestos de abuso de los bienes sociales, si el agente actúa con ánimo de fraude y produce un daño concreto» (S. 23-VI-1973), encajan perfectamente como delitos financieros de resultado en las figuras patrimoniales delictivas reseñadas.

b) Introducir o mantener, en su caso, figuras típicas que respondan a las necesidades de protección del interés social del orden público económico «por ausencia de sumisión al deber propio de las sociedades mercantiles y al interés mismo del Estado, prevalentes en su valoración y defensa sobre el mal quehacer que los postergue indebidamente» (S. 23-VI-1973).

c) Reducir la «huida al Derecho penal» para el control y ordenación de los principios de inalterabilidad del capital social, no desviación del patrimonio de destino y de intermediación del crédito. Huida que es manifiesta en el Cap. VI del Proyecto.

4.3.—Propuestas, en concreto.

Art. 363.

Es un tipo con constantes indeterminaciones, conceptos de dudosa interpretación («valerse de» (?)).

En abstracto carece de sentido, pues lo cierto es que la acción en él descrita (valerse de una sociedad mercantil) se subsumirá en la estafa («disimular en perjuicio de otro la auténtica actividad industrial»), en el fraude de fiscal («para eludir el cumplimiento de una obligación»), o, en su caso, en la insolvencia («para eludir el cumplimiento de...»). En esos ámbitos no cabe duda de que es correcta la intervención del Derecho penal. Pero al margen de ellos todo queda reducido a la «cómica» pretensión de control de la actividad comercial de las sociedades o de las razones por las que se crean en un régimen jurídico u otro, intentando sustituir con el Código penal deficiencias del propio sistema. No cabe duda de que las sociedades de fachada pueden representar un peligro para la economía nacional, pero lo será (al igual que el quebranto de la economía a través de las subsiguientes actividades delictivas que encubren: contrabando, fraude

fiscal. etc. Lo cierto es que ese «valerse de» al que alude el art. 363 (tan preocupante a nivel de seguridad jurídica) no es más que un medio para la comisión de delitos. Su punición a parte resulta, pues, indefendible.

Art. 364.

«Los administradores o directores que, para ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen los balances, haciendo lucir u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas, o usando de cualquier otro artificio que suponga inflación o disminución del activo, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.»

Su necesidad político-criminal es clara, dado el funcionamiento de las grandes sociedades y el efectivo perjuicio que suponen las actividades allí reseñadas. Sin embargo, en la formulación del Proyecto resulta irreal, parcial y defectuoso. Por varias razones:

En primer lugar, el balance está reconocido como documento mercantil a pesar de su «confidencialidad» (así, SS. 9 mayo 1956, 4 noviembre 1965, 30 junio 1972, 23 junio 1973, entre otras), por lo que no cabe duda de que su falseamiento puede reunir los requisitos para que constituya delito de falsedad de documento mercantil. Su específica contemplación es, pues, superflua.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el balance tiene una peculiar naturaleza jurídica en Derecho español, que se deduce fundamentalmente del tratamiento que recibe en la Ley de Suspensión de Pagos en orden a la calificación de la insolvencia como provisional o definitiva: el resultado contable del balance es prioritario al respecto. Sin embargo, hay circunstancias difícilmente cuantificables, manifiestamente el crédito o las posibilidades productivas, así como partidas que exigen una valoración dineraria que puede ser más o menos adecuada o actualizada: así, p. ej., las depreciaciones y plusvalías. En consecuencia, a la hora de analizar penalmente las conductas de ocultación de la verdadera situación económica no es buena técnica la referencia exclusiva al balance. Por otro lado, la referencia al balance no debe de hacerse sólo como documento contable formal, sino como demostración de un estado económico.

Por eso, el Proyecto Alternativo además se refería a la inexacta o falsa (*unrichtig*) reproducción o a la ocultación, no sólo en el balance, de condiciones o asuntos de la empresa o industria en un punto relevante para la apreciación de su situación económica (parágrafos 197 y 198 PA).

De todo ello hay que deducir la incorrecta técnica utilizada en el Proyecto al referir todo al balance y a su falseamiento, con lo que no sólo provoca en general un auténtico e innecesario concurso de leyes aparentes, sino que, además, evita la persecución de otras conductas que a nuestro entender lo merecen: me refiero a la referencia necesaria del art. 364 a otros documentos (de naturaleza interna o destinados a su publicidad) y de otros actos societarios, como medio para la ocultación de la verdadera situación económica de la sociedad. Al respecto la fórmula del 364 es to-

talmente inadecuada y, por tanto, lo es para la incidencia sobre la gestión autónoma o distanciada que caracteriza el funcionamiento de las grandes sociedades anónimas y que produce un efectivo perjuicio (lo cual no quiere decir, obviamente, un acto de disposición) a otros.

Parece posible, por lo demás, ofrecer un texto que subsuma el tipo o los tipos del art. 365, y que responda a la preocupación político-criminal de dirigir también la *conminación penal* a la *simulación de plusvalías*, aspecto éste especialmente interesante para el control del funcionamiento de los Fondos de Inversión, especialmente los inmobiliarios, o de cualquier otra sociedad en la que la revalorización se produzca precisamente a través de la incidencia a largo plazo de aquéllas sobre el valor de los títulos.

La siguiente redacción, semejante a la del P. A., podría justificar (aunque también es dudoso) su tipificación autónoma:

«Los directores o administradores que reproduzcan falsamente u oculten, en el balance o en cualquier otro documento o informe interno o destinado a ser hecho público, condiciones o aspectos económicos de la sociedad relevantes para la apreciación de su situación económica real, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituya delito más grave.»

Art. 365

Como se dijo antes, a mi entender, es perfectamente subsumible en el art. anterior. Su subsistencia, aun con independencia de la propuesta anterior, es de una utilidad muy dudosa por entrar en juego los tipos de estafa tanto si se captan nuevos créditos o aportaciones, como si se consolidan los ya obtenidos, dado que, a mi entender, la punición de la publicación de datos falsos sólo debe producirse, o bien en los términos de la propuesta anterior (art. 364), o bien cuando produzcan un acto de disposición, y en este caso la estafa cubriría el espacio penal. Desde este punto de vista no parece, pues, justificable que el texto del Proyecto se refiera a los que «con el propósito de...» y cifre el resultado en la propia acción de «publicar datos falsos» (?), ya que la consumación debe referirse al acto de disposición hacia el que se dirige el engaño del sujeto. Tras la propuesta anterior, pues, este artículo resulta superfluo.

Art. 366

«Los que, en perjuicio de otros o con ánimo de causárselo, aparenten haber desembolsado el capital social suscrito mediante entregas ficticias o simulación o inflación de aportaciones en especie, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.»

Es, también, reconducible a la propuesta del art. 364. en caso de que no constituya delito de estafa o simplemente falsario.

Sin embargo, puede también defenderse la punición autónoma de esta conducta con independencia del perjuicio-resultado colectivo, dado que en

ese momento suele ser difícil el resarcimiento del perjudicado. Ello no tendría que suponer, sin embargo, la admisión de un tipo de peligro, sino el reconocimiento de que en algunos casos la conducta podría no constituir engaño idóneo a efectos del delito de estafa, aunque el perjuicio sea constatable. Al respecto es importante tener en cuenta que el desembolso del capital social cumple funciones de garantía, y que la apariencia de una garantía o de una garantía «reforzada» no es siempre causa idónea para el acto de disposición patrimonial. Me explico:

Se trata de evitar la simplificación que supone aludir a la «apariencia de haber desembolsado el capital suscrito», ya que las situaciones al respecto pueden ser muy distintas:

Como se sabe, la ley exige el desembolso de una parte del capital suscrito (25 por 100 para las sociedades anónimas) o de una cantidad determinada; por otra parte, hay que tener en cuenta que la cuantía fijada estatutariamente sólo puede alterarse mediante unos específicos trámites legales. En todo caso, como se dijo, el capital social actúa como garantía, y el desembolso refuerza a la misma: por eso no es lícito iniciar la actuación de la sociedad sin tenerlo *plenamente* suscrito y *parcialmente* desembolsado. Pues bien, penalmente hay que atender tanto a la apariencia (desvalorada, indudablemente) de una cuantía *mayor* de la realmente desembolsada, pero que en todo caso parte del efectivo desembolso del mínimo establecido legalmente, como a la apariencia de haber desembolsado, también, o exclusivamente, ese mínimo. La apariencia del desembolso redundante de muy distinta manera e intensidad en un caso o en otro, por lo que su idoneidad a efectos de engañar y causar así el acto de disposición patrimonial es perfectamente diferenciable. Lo mismo cabe decir de las ampliaciones o disminuciones del capital sin someterse a los trámites pertinentes, aunque así se haga creer: no cabe duda de que supone una apariencia fraudulenta o falsaria, generalmente, de muy distinto desvalor e idoneidad a la inicialmente significada de aparentar el desembolso del mínimo legal.

Con todo ello pretendo llamar la atención sobre lo criticable de una serie de aspectos del art. 366 del Proyecto:

1) La indeterminación e injusta generalización que implícita la fórmula de «aparentaren haber desembolsado el capital social suscrito», ya que al exigir la ley la suscripción plena del capital el tipo sólo podría alcanzar a quienes **NO HABIENDO DESEMBOLSADO EL 100 POR 100 DEL CAPITAL SUSCRITO** lo aparentaren. Ello constituye un auténtico contrasentido político-criminal, si se tiene en cuenta que puede parecer más grave aparentar tener desembolsado, p. ej., el 25 por 100 del capital suscrito de una sociedad anónima, por ser esta cuantía una garantía mínima exigida legalmente para el funcionamiento de la sociedad anónima.

2) La restricción de los medios para crear la apariencia a las «entregas ficticias o simulación de inflación de aportaciones en especie». Por una doble razón: porque en este terreno de la suscripción de acciones y su desembolso lo «ficticio» no constituye una categoría pacífica (al respecto es muy clarificadora la detallada legislación francesa al respecto), y porque no se alcanza razón suficiente para dejar fuera del tipo otras formas comisivas igualmente frecuentes. Lo que ocurre es que el Proyecto ha pretendido dirigir

su conminación penal hacia la específica protección de la negociación de las acciones suscritas mediante desembolso en dinero efectivo (acciones de numerario) o mediante aportaciones no dinerarias. Aunque éste sea un motivo destacado para la *incriminación*, no tiene por qué ser el único.

Pero es que, además, el tipo resulta inadmisibles en su redacción actual, por introducir una responsabilidad objetiva al expresar que serán penados los que «en perjuicio de otros o con el ánimo de causárselo», ya que admite la responsabilidad penal por el perjuicio con independencia del «ánimo» (aunque en realidad lo que pretende el Proyecto es mezclar en un solo texto el resultado efectivo (tipo de lesión) y el simple «peligro».

Por otra parte, sigue preocupando especialmente el tema de las revalorizaciones por plusvalías, ya contempladas en la propuesta del art. 364, pero que de mantenerse el tipo del 366 deberían de aludirse específicamente, ya que, normalmente, la materialización de las revalorizaciones suele diferirse bastante (piénsese en las sociedades inmobiliarias, que, al igual que las de seguros revalorizables o con participación en beneficios, suelen contratarse con posibilidad de materialización de esas plusvalías a plazo fijo).

En consecuencia, y como *alternativa a su supresión*, se propone el siguiente texto de trabajo:

«Los que, causando un perjuicio a otro, aparentaren haber desembolsado todo o parte del capital social suscrito o la cuantía fijada legalmente como obligatoria, o bien aparentaren revalorizaciones por plusvalías (?), serán penados con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que constituya delito más grave.»

Art. 367.

«Los que, abusando de firma en blanco o atribuyendo indebidamente el voto a quienes según la ley no les corresponde, consiguieren adoptar acuerdos sociales por una mayoría ficticia en contra de los intereses de la generalidad de los socios, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.»

Este artículo contiene la regulación incorrecta de algo que merece la pena tipificar autónomamente: las conductas no estrictamente defraudatorias o falsarias en contra del *interés social* (no sólo de los socios) mediante el abuso de la real desvinculación existente entre el capital y su gestión, especialmente en las sociedades anónimas. Se trata, pues, de una «parte» del auténtico delito financiero.

Sin embargo, el tipo resulta, tal y como está concebido en el Proyecto, inoperante. El problema principal lo representa la frase «en contra de los intereses de la generalidad de los socios», lo cual no es fácilmente constatable siempre, dado que en las sociedades anónimas este interés sólo podría ser cuantificable a través de las Juntas Generales. En ellas, sin embargo, el accionista (sobre todo en las grandes sociedades anónimas) no hace más que aceptar los datos de la gestión, siempre que éstos no sean escandalosos, en un espectáculo no precisamente participativo. Por ello resulta bastante difícil conformar y deformar el «interés de los socios».

Además, la alusión a la «generalidad» de los socios es bastante falaz en muchos casos, en los que de hecho las mayorías en cuanto a capital constituyen una auténtica mayoría, y por tanto generalidad, concertada y representativa de sus particulares intereses que son, al tiempo, intereses de la «generalidad». Habida cuenta de que una sociedad anónima es más un conjunto de capitales que de personas, la pretensión de protección de la mayoría numérica de socios resulta un contrasentido. Eso sin tener en cuenta que también pueden coincidir mayoría numérica y de capital sin que ello presuponga un interés público protegible.

Además, la fluidez de la vida económica de las grandes sociedades anónimas hace que las prácticas de «abuso» de firma o atribución indebida de voto no tengan que aparecer en sí mismas como perjudiciales definitivamente. De cualquier forma, insisto en que el concepto de «la generalidad de los socios» no constituye un concepto unívoco y unificable, ni tampoco lo es su «interés», que es siempre «aposterirístico» y sólo definible en base a la idea del particular beneficio en su apersonalizada inversión de capital, por lo que constituye un concepto relativo. La pugna abierta entre esta mayoría relativa del capital y la generalidad numérica o globalmente mayoritaria no es fácilmente imaginable más que en los últimos estadios de la crisis fraudulenta de la sociedad. En tal caso la protección penal se ejercería por otras vías, si es que el interés de la «generalidad» de los socios no sigue siendo, a pesar de todo, la sustanciación al margen del Derecho penal de sus pretensiones de mínimo perjuicio.

Por otro lado, el prevalimiento de la posición mayoritaria en una sociedad, al que alude el art. 369, es fácilmente enmarcable en el ámbito conjunto de la protección del «interés social» (que no de la «generalidad de los socios»). En efecto, tanto los tipos contenidos en el art. 367 como 369 deben responder a la protección de un bien jurídico «público»: el interés social en el funcionamiento correcto de estas sociedades, auténtico motor del sistema capitalista. En consecuencia, parece correcto sustituir la estrecha concepción de la protección del «interés de la generalidad de los socios» por la más amplia y adecuada de la protección del interés social, y no sólo de los socios. En este sentido el interés económico del conjunto de la colectividad social se puede identificar con el interés de la propia sociedad anónima. Se trata, pues, de vincular el interés del capital al de la colectividad, sin por ello olvidar que las sociedades anónimas no son, ni tienen que ser, sociedades precisamente filantrópicas.

En resumen, pues, se propone la fusión de los motivos de incriminación de los artículos 367 y 369 del Proyecto en un solo artículo, cuyo texto básico de trabajo sería:

«Los que, prevaliéndose de su posición mayoritaria en una sociedad o mediante la conformación de una mayoría ficticia, ejecutaren acuerdos sociales así seguidos, contrarios al interés u objetivo social, serán penados....»

Art. 368

«Los administradores que, en perjuicio de los socios, utilizaren el capital o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de-

otra sociedad o empresa en la que, directa o indirectamente, estuvieren interesados, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.»

Aquí sí resulta, sin embargo, directamente relevante la delimitación del ámbito de los posibles perjudicados, así como la contrapartida subjetiva del beneficio particular, para establecer la correspondiente protección penal. De nuevo la técnica del Proyecto deja mucho que desear dogmática y político-criminalmente. Por varias razones:

1) No hay por qué reducir el ámbito de los sujetos activos a los «administradores».

2) Tampoco hay por qué reducir el del sujeto pasivo a los «socios», ya que se dejan fuera la mayoría de los delitos «bancarios» en perjuicio, fundamentalmente, de los depositarios, etc., o los cometidos en el marco de las sociedades de cartera, de inversión mobiliaria o inmobiliaria, etc.

3) Igualmente inadmisibles resulta la restricción del objeto del delito al «capital o beneficios sociales», con lo que queda fuera toda la problemática que supone la conducta tipificada en el art. 368 del Proyecto, pero referida al *capital o patrimonio de afectación o destino*.

4) Es innecesario aludir al «provecho de otra sociedad o empresa», y criticable en buena técnica jurídico-penal la indeterminación que introducen los términos «directa o indirectamente» en el tipo, así como el de «en la que estuvieren interesados». Por otro lado, de la correcta sustanciación de lo planteado en este apartado se deduce directamente la innecesidad de la última «coletilla» del art. 368 del Proyecto: «salvo que el hecho constituyere delito más grave».

Para la mejor comprensión de la propuesta que se hace al final, es conveniente tener en cuenta algunos aspectos de Derecho comparado.

Con el siempre alto y relativo valor técnico que tiene el P. A. alemán hay que citar su —por lo demás no plenamente satisfactoria— regulación en el parágrafo 183, y que se refiere al que «en el marco de sus facultades de representación dispone de propiedades de la sociedad o cooperativa o contrae obligaciones contrariamente a su deber y en un ámbito relevante».

Por su parte, en el concreto terreno de los delitos bancarios hay que citar el tampoco plenamente satisfactorio art. 38 de la Ley Bancaria italiana, que dispone que «los administradores, liquidadores, directores y miembros de los órganos de supervisión de las entidades bancarias no podrán contraer obligaciones o perfeccionar actos de compraventa, ya directamente, ya por persona interpuesta, con el capital que administran, dirigen o supervisan, si no es con previa deliberación del Consejo de Administración decidida por unanimidad y con el voto favorable de todos los componentes del órgano de supervisión».

A mi entender, ambas regulaciones resultan preferibles a la del Proyecto español, aunque el formalismo de la ley italiana contenga factores para su inaplicabilidad, así como la técnica alemana de la «contrariedad al deber» resulte, asimismo, criticable.

En resumen, la siguiente regulación del delito financiero podría ser útil (lo que no ocurre con la formulación del Proyecto):

«Los directores o administradores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuenta-participes o titulares de los valores o capital que administran, contraigan obligaciones o dispongan de propiedades sociales o del patrimonio de afectación, serán penados....»

5.—*Propuestas referentes a los delitos contra la Hacienda Pública* (Cap. VII).

Art. 370.

En general, el texto del Proyecto ha corregido las numerosas incorrecciones de que adolece el actual art. 319.

Por las razones explicadas en la introducción, considero correcto suprimir las cuantías del marco típico y no aludir a ellas ni siquiera como condiciones objetivas de punibilidad. En coherencia habrá que incluir la opción por la pena de multa, aunque vinculada a la escasa gravedad (no cuantificada) de la defraudación. La necesidad de incluir un párrafo referente a la pena de multa para los supuestos de escasa gravedad se justifica por la importancia político-criminal que tiene mantener la pena privativa de libertad como pena básica para las defraudaciones graves. Por eso no se puede conceder la opción por la multa en todo caso. Sin embargo, parece útil introducir una exclusiva pena «menos grave» (art. 67 del Proyecto) de multa para los supuestos de escasa gravedad que, sin embargo, no lleguen a ser irrelevantes, ya que en este último caso entraría en juego la regulación propuesta en la Parte general (principio de irrelevancia o insignificancia).

Por razones de política criminal que considero irrenunciables, sería importante la desaparición de la alusión a la reincidencia del tercer párrafo del art. 370 del Proyecto, lo que conllevaría la generalización de las consecuencias fiscales allí contempladas. Por pura coherencia habría que suprimir igualmente la alusión del art. 371.

El siguiente texto de trabajo podría ser significativo de cuanto se dice anteriormente:

«El que defraudare a la Hacienda estatal, autónoma o local, mediante la elusión del pago de tributos o el disfrute indebido de beneficios fiscales, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la defraudación.

Si la cuantía defraudada pudiese de manifiesto la escasa gravedad del hecho, la pena será de multa de tres a doce meses.

A los efectos de determinar la cuantía defraudada... (idem).

Además de las penas señaladas en el párrafo primero, se impondrá... (idem)...

Cuando la autoridad... (idem)....»

II.—DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1.—*Cuestiones generales de política criminal*

Paradójicamente, es en esta materia donde la reforma del Código penal vigente pretendida por el Proyecto se manifiesta no sólo como mera refor-

ma, sino, además, como reforma tímida y formal las más de las veces. Tal parece que la única preocupación hubiera sido la adecuación por disminución de las cantidades de pena. De la misma manera se podría decir que la casi exclusiva preocupación técnico-jurídica (y, por tanto, también, en alguna medida, político-criminal) ha sido la evitación de la fijación de cuantías objetivas como sistema básico para la individualización de las penas, aunque subsistan fundamentalmente como condiciones de la punibilidad referidas a numerosos tipos.

Ambos aspectos son positivos, pero no suficientes. Es preciso dar muchos pasos más en la dogmática y la política criminal de los delitos patrimoniales, especialmente de los de «apoderamiento», hasta conseguir erradicar de su ámbito ese predominio de lo estrictamente moral y de los supuestos «valores objetivos» que caracteriza su regulación. Frente a ello hay que imponer una regulación jurídica que obedezca al no menos estricto estudio político-criminal de la delincuencia patrimonial. Algunos ejemplos podrán ilustrar lo que se pretende decir: no deja de parecer indefendible, por ej., que el legislador siga empeñado en equiparar los ataques al patrimonio mediante violencia o intimidación en las personas a los realizados mediante fuerza en las cosas; o que se mantengan supuestos agravados de hurto en función de algo tan ajeno a la problemática de este delito, de estos «delincuentes», y de la función preventiva de la pena en este delito, como es que el objeto del delito esté destinado al culto, al servicio público o pertenezca a entidades benéficas; o que se mantenga en el Proyecto la figura típica de «robo acompañado (?) de violación». Así se podrían suceder los ejemplos.

En general se impone, pues, un replanteamiento global del tratamiento penal de los delitos patrimoniales, que simplifique su regulación y los jerarquice de forma coherente con la función preventiva de la pena. Hay que evitar el uso y abuso que en el Proyecto se hace de la reincidencia, mediante su supresión, en general.

Por lo demás, hay que dar por reproducidos aquí los planteamientos hechos en relación a los delitos socio-económicos sobre la solución preferida para el tema de las cuantías.

2.—Propuestas en concreto.

Art. 236: Hurto.

Debe reunir también al 237.

A mi entender, el elemento que jerarquiza el robo y el hurto como hechos punibles, es decir, el elemento que fundamente su distinta conminación penal, debe ser la existencia o no de violencia o intimidación en las personas, ya que es el único elemento que supone un cambio cualitativo político-criminalmente para su desvaloración.

En consecuencia, todos los supuestos de fuerza en las cosas deben quedar enmarcados en el tipo de hurto. Resulta poco menos que surrealista, a mi entender, reducir la aplicabilidad del hurto a los supuestos en que no se utilicen llaves falsas, ni haya escalamiento, ni fractura interior o exterior, ni se violen cerraduras, etc. Si se establece un margen de pena a individua-

lizar debe ser, precisamente, para que tengan cabida en él estos y otros supuestos. Lo contrario es invertir el orden de valores en favor del patrimonio frente a los de naturaleza personal, además de convertir en aparente la supuesta reducción de la pena en relación al Código penal vigente. Me explico: interesa destacar la importancia político-criminal que tiene la configuración de un delito más grave en base al peligro o efectiva lesión de bienes jurídicos de naturaleza personal en los ataques contra el patrimonio: parece una lamentable confusión desvalorativa equiparar la violencia e intimidación con la fuerza (grave) en las cosas, tal y como ocurre en el robo tipificado en el Proyecto, además de constituir una dudosa solución en política criminal la equiparación en las penas (pena básica de dos a cinco años).

La solución correcta no puede ser la injustificada «subida» de la pena en los supuestos de violencia o intimidación mediante el delito complejo, sino la unificación de los supuestos en que no exista dicha violencia o intimidación en las personas en una sola figura delictiva (el hurto), lo que permite construir un delito más grave en los casos en que sí se constate esa violencia o intimidación (el robo).

Esta propuesta altera obviamente toda la regulación del Proyecto al respecto, forzando a reunir artículos, a suprimir otros, etc.

Por lo demás, el segundo párrafo del art. 236 debe desaparecer en sus dos partes y del art. 237, que debe incluirse en el 236, sobran (por reiterativos o criticables materialmente) los criterios para la individualización de la pena. Es función que cumple sobradamente la parte general del Código penal. El último párrafo del art. 237 se debe suprimir y sustituir por la fórmula utilizada en los delitos socioeconómicos para los delitos de escasa gravedad por su cuantía.

Por último, los supuestos agravados de fuerza en las cosas se incluirán teniendo como base el art. 246 del Proyecto.

Así, pues, se propone el siguiente texto:

«El que, con ánimo de lucro, toma cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño (?), será penado con prisión de seis meses a dos años si para la ejecución del hecho no utilizó fuerza en las cosas, y con la pena de prisión de uno a tres años si se apoderó de ellas mediante fuerza en las cosas.

En todo caso, se impondrá la pena superior en grado, respectivamente, si el hecho se cometió llevando armas o si, mediando fuerza en las cosas, se cometiese en casa habitada o en sus dependencias.

Si no se empleó fuerza en las cosas, ni se llevaran armas, y de la cuantía de lo sustraído se dedujese la escasa gravedad del hecho, la pena será de arresto de uno a seis fines de semana o multa de tres a seis meses.»

La consecuencia inmediata de esta regulación sería la necesaria supresión de los artículos 237, 238 y 239, en coherencia con lo señalado al principio. Asimismo, habría que alterar la sistemática del Proyecto, y así, p. ej., en el lugar del art. 237 habría de incluirse la definición de lo que se entiende por fuerza en las cosas, casa habitada, etc., para lo que se utilizarían

como textos básicos los de los arts. 245 y 247 del Proyecto. Por cierto, que la formulación sobre lo que se entiende en Derecho penal por fuerza en las cosas debe someterse a una seria restricción de su contenido, así como a una corrección técnica. Así, por ejemplo, la utilización de llaves falsas o ganzúas no debe incluirse entre los supuestos de fuerza en las cosas, por suponer una extensión desmesurada de ese concepto, que imposibilitaría en numerosísimos casos la aplicación del tipo básico de hurto. Ello es especialmente significativo, como se verá, para la correcta regulación de los supuestos de utilización indebida de vehículos de motor. Por otra parte, tal vez fuera más correcto sustituir la añeja definición de la fractura interior y exterior, en su compleja formulación hecha por el Proyecto (art. 245), por la más sencilla propuesta por Quintano hace años, de «escalamiento, fractura de lugar, puerta u objeto».

Art. 241.—Robo.

En consecuencia con todo lo anterior, el texto del art. 241, o mejor dicho, la regulación del robo, debe limitarse a los supuestos de violencia o intimidación en las personas. El marco penal del Proyecto debe corregirse, agravándose la pena en estos supuestos. Además, se deben contemplar, como tipos agravados, los casos de utilización de armas, que no sólo se deben referir, como hace el Proyecto (art. 243), al «asalto» perpetrado por *dos o más* personas: es suficiente con que una persona utilice armas para que entre en juego el tipo agravado.

El texto básico de trabajo, en consecuencia, sería:

«El que, con ánimo de lucro, se apodere de cosas muebles ajenas mediante violencia o intimidación en las personas, será penado con prisión de tres a seis años.

Se impondrá la pena superior en grado si en la ejecución del hecho el autor o cualquier partícipe, en su caso, utilizase armas.»

Por lo demás, apenas es necesario repetir aquí las múltiples razones existentes para defender la desaparición del delito complejo que sigue contemplando el Proyecto de Código penal en su art. 242. Puede y debe suprimirse en favor del concurso de delitos.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la regulación propuesta conlleva la necesaria supresión, ya por estar parcialmente recogidos en los textos propuestos, ya porque entra en colisión con los mismos, de los restantes arts. del Capítulo II del presente Título dedicado a los delitos patrimoniales, y en concreto al robo.

«Utilización de vehículos (de motor) ajenos sin autorización».

(La rúbrica del capítulo del Proyecto alude a la «utilización indebida de vehículos», con lo que parece que se trata de una infracción de un deber o de una utilización no correcta. Sin exagerar, creo pertinente corregirla de forma que se aluda a lo que realmente se quiere perseguir, que es la «utilización de vehículos ajenos sin autorización»).

Art. 250.

Los párrafos tercero y cuarto deben redactarse de forma que sean algo más que una remisión a la pena del hurto, apropiación indebida o robo, ya que la no restitución en 48 horas demuestra la existencia de un ánimo de apropiación o lucro (salvo prueba en contra), por lo que el tipo de hurto con o sin fuerza en las cosas es materialmente aplicable, así como el de apropiación, en su caso. En lo que al robo se refiere, la existencia de violencia o intimidación «actúa preponderantemente junto al hecho de la ajenidad de la cosa, por lo que está plenamente justificada la remisión a las penas previstas en el art. 241 (robo).

El segundo párrafo es muy incorrecto. Resulta caprichoso y en algunos extremos digno de un Derecho penal de resultados: así se puede entender la agravación por los trastornos que cause la sustracción (?) al propietario. Respecto a la agravante de haber utilizado el vehículo para cometer otro delito cabe decir lo mismo, y, además, si lo que se pretende es activar la función preventiva de la pena de forma especial, la agravación resulta totalmente inadecuada (extensión del arresto de 24 a 36 fines de semana). En lo que se refiere a la utilización de fuerza para la comisión del delito de utilización de vehículo ajeno sin autorización la cuestión es un poco más compleja, dado que se suele considerar como tal «fuerza» la utilización de llaves falsas (ganzúas, etc.). Lo cierto, sin embargo, es que —con independencia de la propuesta de art. 238 en que no se incluye este caso entre los de fuerza en las cosas— parece inevitable la utilización de «fuerza» en la sustracción de vehículos para su uso: parece ridículo y político-criminalmente inútil, reducir el ámbito de aplicación del tipo no agravado a estos supuestos. Por eso, la fuerza en las cosas ha de servir exclusivamente para tipificar el hurto, en caso de que la acción admita esa tipificación por constatación del ánimo de apropiación/lucro. Así, pues, se propone la supresión del segundo párrafo del art. 250 del Proyecto.

En consecuencia, el texto quedaría como sigue:

«El que usare automóvil o ciclomotor ajenos sin la debida autorización y sin ánimo de apropiárselos, será penado con arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

Si no efectúa la restitución, directa o indirecta, en el plazo de cuarenta y ocho horas se deducirá, salvo prueba en contrario, la comisión de un delito de hurto o apropiación indebida de los arts. 236 y 261, respectivamente.

Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas se impondrán en todo caso, las penas previstas en el art. 241.»

III.—ESPECIAL CONSIDERACION DEL DELITO MONETARIO EN LA NUEVA LEY DE 10 DICIEMBRE 1979 Y EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980: ACOTACIONES JURISPRUDENCIALES.

La regulación del régimen jurídico del control de cambios está marcada por la naturaleza progresivamente más intervencionista del Estado en la

economía libre de mercado. Este intervencionismo estatal que, en general, se efectúa en función de intereses de la «economía nacional», se manifiesta aquí en la especial sumisión al control administrativo de los «movimientos de bienes o valores en medios de pago internacionales. susceptibles de afectar a los recursos del Estado, o simplemente a la estabilidad de su moneda», según conocida y constantemente reproducida definición.

En el concreto y específico ámbito penal, las leyes sobre delitos monetarios expresan también esa pretensión estatal de control. Así, todas las figuras típicas del genéricamente denominado «contrabando monetario» presentan, tal y como dice la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 junio 1977, «rasgos comunes y generales, ya que todas ellas tienden a proteger y salvaguardar el ordenamiento monetario regulado por el Estado español, en garantía de los intereses económicos de toda la nación (?), y el que se extiende a actos de comercio y tráfico de moneda».

1. *La cuestión del «bien jurídico protegido».*

Se delimita de esta manera un interés jurídico protegido que, genéricamente, puede identificarse con la «economía nacional», y que se concretaría más en su «ordenamiento monetario» tal y como está regulado en cada momento. A todo ello se refiere la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 1977, que entre sus considerandos motivadores de la absolución del inculpado alude destacadamente a que la conducta allí enjuiciada «no ha sido susceptible de originar perjuicio alguno a la economía nacional». En este mismo sentido hay que aludir al art. 6.º de la Ley de 10 de diciembre de 1979, que se refiere explícitamente a la finalidad de protección subyacente al delito monetario: «cometen delito monetario en perjuicio de la Economía Nacional...». También en este orden de aproximación genérica al bien jurídico protegido hay que tener en cuenta el Proyecto de C. P., que regula los delitos relativos al control de cambios» en el título VIII, instituido «delitos contra el orden socio-económico».

No se pueden ignorar las razones aducidas por Miguel Bajo en el sentido de delimitar más concretamente el bien jurídico protegido y lesionado, en su caso, hasta identificarlo con el «interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales», matizando que «el interés de la Economía Nacional» no sería más que «la finalidad última» o motivo de la incriminación. Por mi parte considero que esa delimitación del bien jurídico es plenamente coherente con una concepción formal del delito monetario; concepción que puede encontrar su fundamento en la propia ley (tanto en la de 1938 como en la de 1979) y en una doctrina jurisprudencial dominante.

Pero precisamente la crítica también debe dirigirse hacia esa naturaleza o carácter formal con que normalmente es analizado el delito monetario, porque de esa crítica dependerá en gran medida el correcto tratamiento jurídico-penal de estas conductas y la solución adecuada para determinados supuestos. Se entra así de lleno en una de las cuestiones fundamentales que se suscitan en relación al delito monetario: la de la autorización administrativa previa como elemento del tipo de gran parte de las figuras delictivas

de contrabando monetario. Sin perjuicio de un ulterior tratamiento más detenido de esta importante cuestión (cfr. infra) hay que señalar ahora que, en efecto, no puede ignorarse, por obvio, que la mayoría de los tipos de delitos monetarios parecen estar contruidos en base a la formalidad de la no existencia de la aludida autorización administrativa, y que en todos ellos, sin excepción, subyace un interés de la Administración en el control formal de los medios de pago internacionales; pero ello no debe llevar a la genérica delimitación técnica del bien jurídico protegido en el delito monetario en función sólo de ese elemento de algunos (la mayor parte) de los tipos o, en todo caso, de ese interés formal subyacente.

En efecto, como decía anteriormente, es exigencia del actual estado del Derecho penal, a mi entender, la evitación de la configuración de delitos cuyo contenido de la antijuricidad sea de naturaleza formal. En este caso ello tal vez se consiga evitar introduciendo el efectivo perjuicio para la economía nacional como elemento del tipo del delito consumado. Aunque, como se verá, esta aportación dogmática debe complementarse con otras elaboraciones paralelas para lograr conseguir el objetivo propuesto, no es menos cierto, sin embargo, que con su simple consideración en los términos propuestos se consigue ya desviar el contenido de la antijuridicidad, la materia de prohibición descrita en el tipo, respecto al simple formalismo de la ausencia de una autorización administrativa previa. Ello implica, a mi entender, que se dan pasos importantes para la solución de la cuestión de la validez o invalidez de la autorización concedida *ex post*. Como se dijo, esta cuestión tiene una importancia capital para determinados supuestos, como son, por ejemplo, los relacionados con la actividad de las empresas de importación y exportación que además se complicarán o simplificarán, respectivamente, según se vaya alejando o aproximando la integración de España en la Comunidad Económica Europea (razón que se suma a otras muchas para fundamentar la opinión —que comparto— de que estos delitos deben quedar fuera del Código penal, por su coyunturalidad en concreto). Piénsese que en los casos aludidos, a título de ejemplo (y en general también), lo que subyace muchas veces a la problemática del contrabando monetario es —aunque no exclusivamente— una cuestión de evasión fiscal, que en numerosos supuestos puede obviarse, sin embargo, mediante la exigencia de *comunicación* de la inversión a la Administración.

Así, pues, la autorización *adva ex ante* no debe constituir el elemento básico sobre el que construir, en todo caso, la teoría sobre el bien jurídico en el delito monetario. Porque, en efecto, en este ámbito la exigencia de una autorización administrativa previa es inútil. Ahora bien, desde la perspectiva de la evitación de la devaluación de la moneda (peseta) es comprensible la exigencia de autorización administrativa previa. En el siguiente sentido: hay que partir de la necesaria intervención del Banco de España para mantener un equilibrio en el cambio, dada la debilidad de nuestra moneda como medio de pago internacional. La actuación estatal al respecto sólo puede ser la de comprar (con divisas) pesetas colocadas en el mercado internacional. De ahí se deduce un doble interés del Estado: por un lado en la persecución de conductas que engrosen ilegalmente la cantidad de pesetas en dicho mercado; por otro lado, en la de aquellas

ótras que reduzcan, también ilegalmente, la disponibilidad de divisas. Sólo en el caso de que el atesoramiento de divisas por parte del Estado fuese cómodo podría pensarse en liberalizar el sistema de control de cambios. Ello ocurre en España sólo coyunturalmente, dado el raquitismo de nuestras exportaciones y la magnitud, sin embargo, de nuestras importaciones.

Sin embargo, tampoco esta óptica de evitación de la devaluación justifica, a mi entender, la delimitación del bien jurídico protegido en función exclusivamente de ese elemento formal de algunos tipos (autorización administrativa o su ausencia) fundamentado en el ya aludido interés subyacente y coyuntural.

Y es que, en general, no se debe seguir manteniendo una concepción formal de la antijuricidad o, mejor dicho, la diferencia entre concepto formal y material de delito debe superarse; se deben dar pasos efectivos para la delimitación material entre delito e infracción administrativa.

Me explico: cuando el artículo 10.1 de la Ley de 1979 configura infracciones administrativas «graves» en función de la exclusiva ausencia de autorización administrativa, es porque está considerando, obviamente, que con cualquier infracción de las *normas* reguladoras del control de cambios se está conculcando el «interés de la Administración en el control de los medios de pago internacionales» (interés que Miguel Bajo considera, como se vio, como bien jurídico). Sin embargo, sólo cuando el objeto del delito supera los dos millones de pesetas (art. 6.º) la infracción pasa a considerarse delictiva. Pues bien, estos dos datos interrelacionados extraídos de la ley pueden interpretarse material o formalmente.

En un sentido formal habría que decir que tanto la conducta tipificada como infracción administrativa, como la que lo está como delito, lo son en función del ataque a un mismo bien jurídico (interés de la Administración en el control de cambios), pero que, dado el carácter fragmentario del Derecho penal éste sólo se ocupa de los ataques más graves, lo cual se delimita OBJETIVA y FORMALMENTE en base al dato de la cuantía objeto del delito.

En un sentido material, sin embargo, esa explicación resulta insatisfactoria: no se puede explicar formalmente el carácter fragmentario del Derecho penal. ¿Cómo puede depender la diferencia entre delito e infracción administrativa del dato objetivo de que el objeto del delito oscile entre los dos millones y algunas pesetas, o sea, de un millón novecientas noventa y nueve mil pesetas? Sólo cabe una interpretación material satisfactoria frente a ese predominio de lo «caprichoso»: ambas conductas conculcan el «interés de la Administración en el control de los medios de pago internacionales», pero sólo cuando por cuantía se demuestra una especial gravedad de la *conducta* para el *interés de la economía nacional* la infracción puede y debe considerarse delictiva. Porque en este caso el bien jurídico lesionado es algo más que el mero «interés de la Administración en el control de los cambios».

Ahora bien, si se admite esta interpretación material del delito resulta evidente que el criterio delimitador en base a la fijación de una cuantía determinada debe considerarse inadecuado, puesto que como máximo permite una orientación respecto a lo que coyunturalmente es considerado como demostrativo de una especial gravedad de la conducta, es decir, lesivo; en

su caso, del bien jurídico protegido «interés de la economía nacional». Por ello la supresión de la alusión a la cuantía es perfectamente posible y deseable, siempre y cuando se elabore el delito sobre la materialidad del interés de la economía nacional (sobre propuestas de lege ferenda al respecto, cfr. infra).

Pero retomando el tema que preocupaba inicialmente de la evitación del formalismo en la configuración del delito y, por tanto, del bien jurídico protegido (formalismo de que hacen gala tanto la reciente ley como el proyecto del Código penal), debe concluirse, pues, que es posible y deseable una concepción material de la antijuricidad típica que tenga por base la conducta del sujeto activo, y en la que el bien jurídico protegido sea el «interés de la economía nacional».

¿Qué hacer, entonces, con el elemento de la «ausencia de autorización administrativa previa», si ya no es el que define el contenido de la antijuricidad junto a la cuantía señalada como delictiva? ¿Qué consecuencias tiene esa interpretación para la validez o invalidez de la autorización administrativa ex post a efectos de impunidad? ¿Cómo sustituir el criterio de la cuantía determinada como método de delimitación entre delito e infracción administrativa (grave)?

2. *La ausencia de autorización administrativa previa. Problemática de la autorización posterior. El dolo.*

Ni la jurisprudencia ni la doctrina ofrecen la más mínima duda sobre la caracterización de la ausencia de autorización administrativa como elemento del tipo en el delito monetario. Así se constata en los tipos referentes a la importación y exportación de cualquier medio de pago o crédito, o en aquellos relativos a adquisiciones onerosas de bienes o derechos patrimoniales o crediticios en el extranjero (núms. 8, 14 y 19 del artículo 1 de la Ley de 1938; artículo 6 A) tercero, de la Ley de 1979; artículo 372 A) tercero del Proyecto de C. P.), o a la realización o aceptación de pagos en pesetas (generalmente mediante la utilización ilícita de cuentas corrientes) de los núms. 15, 16 y 17 del artículo 1 de la Ley del 38 y artículo 6 A) cuarto de la del 79 (artículo 372 del Proyecto de C. P.); que explícitamente aluden a ese elemento de la ausencia de autorización administrativa. Otros muchos tipos aluden también a dicho elemento, y la generalidad de ellos se conforman en base a la infracción de una determinada regulación administrativa sobre el control de cambios.

La jurisprudencia, por su parte, se ha manifestado estrictamente formalista al respecto, siendo suficiente, en general, la constatación de la ausencia de autorización en el ámbito de las conductas típicas para motivar una sentencia condenatoria. Ello es especialmente frecuente en el supuesto del número 16 del artículo 1 de la Ley de 1938, en el que la mera existencia de un ingreso en pesetas en la cuenta de un no residente, sin autorización del órgano competente, fundamenta la responsabilidad criminal: así, por ejemplo, la sentencia 18 mayo 1977 («y con el fin de satisfacer dicha cantidad en pesetas, transfirió dicha suma a favor de una cuenta corriente en pesetas ordinarias, sin contar con la necesaria autorización adminis-

trativa»); lo mismo ocurre en los supuestos comprendidos en el número 17 de la citada Ley y artículo («procedió a la apertura de tres cuentas corrientes en pesetas normales; no obstante, su condición de no residente, sin haber obtenido la autorización previa..., efectuó operaciones de ingreso y abono, movilizándolo el saldo... *consistiendo la antijuricidad de su conducta en realizar tales operaciones dinerarias sin haber solicitado la autorización que se requería...*»); igualmente significativa resulta la ya citada Sentencia de 27 mayo 1977, en relación a la exportación de billetes (núm. 12 del artículo 1 de la Ley de 1938): «ya que tal falta de autorización es *elemento integrante del tipo* de los delitos referenciados...».

Por otra parte, en lo que se refiere al momento de la autorización administrativa, la doctrina y la jurisprudencia casi unánimes se han manifestado con absoluta claridad respecto a la exigencia típica de que la autorización sea previa: así lo recibe la Ley de 1979 (art. 6) con carácter general (en la Ley del 38 también se aludía al carácter previo de la autorización en determinados tipos (núm. 8), aunque en otros aludía simplemente a «sin mediar autorización» o «sin autorización»). En todo caso parece lógico interpretar los términos legales en el sentido indudable de que el elemento al que se alude en el texto legal es la ausencia de autorización administrativa *previa*. Así lo tiene reconocido también la jurisprudencia: «es menester que se demuestre que la autorización administrativa... no se haya concedido, ya que tal falta de autorización es elemento integrante del tipo...» (S. Aud. Nac. 27 mayo 1977, núm. ...). En puridad dogmática, así opina también Miguel Bajo.

Ahora bien, la jurisprudencia últimamente citada prosigue: «... y la constancia de que tal licencia fue *solicitada* en su día por el obligado a ello implica también que la actuación enjuiciada aparece ausente de dolo..., en su actuación no puede presumirse *conciencia alguna de ilicitud...*, su aprobación en su día por el competente órgano administrativo *ha venido a revestir de legalidad las actuaciones enjuiciadas... que no han sido susceptibles de originar perjuicio alguno a la economía nacional al haberse obtenido con posterioridad la correspondiente autorización* del Ministerio de Industria...».

Así, pues, al tenor de la sentencia (que no puede considerarse doctrina jurisprudencial aislada), por un lado no existe dolo-conciencia de la antijuricidad cuando, tratándose de un contrato legal y autorizado (lo que suele implicar la autorización para la correspondiente exportación monetaria), es constable la existencia de una solicitud —todavía no resuelta— de autorización para hacer la aludida exportación de moneda. Y además, por otro lado, la autorización *ex post* convierte en «legales» las conductas por ausencia de perjuicio para la economía nacional.

Se trata de dos cuestiones o argumentaciones perfectamente diferenciables, aunque puedan tener, como se verá, una continuidad.

El primer argumento resulta francamente inadmisible desde la perspectiva jurisprudencial de la teoría del dolo, ya que el hecho de haber tramitado la pertinente solicitud debería ser demostrativo, precisamente, de la conciencia del actuar antijurídico que supone exportar moneda sin esperar a la autorización o respuesta afirmativa a esa solicitud. Lo máximo que se podría

argumentar es un error de prohibición, en el sentido de que se creyese que era suficiente la solicitud y la aprobación anterior del contrato que la sustenta. Pero no es ése el caso, ni por tanto la argumentación utilizada por el tribunal.

Parcialmente distinto podría ser el panorama si se intentase la aplicación de la teoría de la culpabilidad que, como se sabe, es la que —según entender generalizado— mantiene el Proyecto de C. P. Aunque, si se sigue considerando la ausencia de autorización administrativa como elemento del tipo legal, tampoco esta teoría es capaz de fundamentar la inexistencia de dolo en los supuestos en que la autorización administrativa se produce con posterioridad. Y no es capaz porque el dolo, que tiene que referirse a los restantes elementos del tipo legal, habría captado (en estos supuestos en que existe la solicitud, pero no la respuesta afirmativa a la misma por parte de la Administración) el elemento típico de la «ausencia de la autorización», por lo que no podría hablarse de inexistencia de dolo por error sobre circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal (error sobre el tipo). Pero sobre los problemas de error y de la caracterización dogmática de la «ausencia de autorización administrativa previa» se vuelve ulteriormente (cfr). Interesa ahora retomar el hilo de las argumentaciones de la citada sentencia. Se decía que el argumento de la inexistencia de dolo por haber presentado el autor la solicitud parece dogmáticamente indefendible.

Ahora bien, al hilo de la segunda argumentación de la sentencia, se podría intentar desde la teoría de la culpabilidad afirmar la posible ausencia de dolo por no pretensión de lesión de un interés. Tal interpretación es, desde mi punto de vista, incorrecta, ya que entiendo —con un amplio sector doctrinal— que el conocimiento de los elementos del tipo legal (dolo del tipo) conlleva inevitablemente la conciencia de la lesión de un interés. Sin embargo, esta vía de pensamiento puede acercarnos a la solución correcta de estos supuestos y a la consiguiente delimitación de la validez penal de la autorización administrativa concedida *ex post*.

Obsérvese, en efecto, que la Sala viene a decir, en resumen, que no existe *ilegalidad* (antijuricidad tipificada), dada la efectiva ausencia de lesión del bien jurídico protegido, a pesar de haberse consumado la acción típica (por haberse exportado moneda sin la debida autorización previa). No se trata aquí ya, pues, de una ausencia de dolo (lo que ya ha sido criticado, y que además, desde la óptica jurisprudencial, equivaldría a la negación de la *culpabilidad* dolosa, en su caso), ni tampoco de una falta de dolo del tipo, en el sentido de inexistencia de pretensión de la lesión de un interés, dado que, como se dijo, el conocimiento-volición de los elementos del tipo implica la consiguiente conciencia-volición de la lesión de un interés.

Sin embargo, creo mantenible la validez de la autorización administrativa *ex post* para conceder «legalidad» a la conducta, por una doble vía, sugerida por el tenor de dicha sentencia.

Una vía es la de negar —con otras argumentaciones— que efectivamente en tales supuestos de autorización posterior exista dolo y, por tanto, tipo doloso. Y ello porque considero el resultado-lesión del bien jurídico (interés de la economía nacional) como elemento típico al que ha de referirse, como conocimiento y volición, la intención del sujeto activo. Si se entiende, pues,

que el delito no se rellena formalmente en su antijuricidad; si se admite, tal y como he propuesto anteriormente, que el bien jurídico no es de naturaleza formal, sino material, podrá concluirse que la no pretensión de realizar la lesión del bien jurídico ha de equivaler a la inexistencia de dolo. Así ocurriría en muchos supuestos en los que la ausencia de autorización previa es exclusivamente demostrativa del incumplimiento de un requisito formal. La prueba sería, precisamente, la existencia ulterior de la citada autorización, lo que equivale a afirmar que la Administración reconoce la conducta como materialmente correcta. Se suscribe así, por tanto, la traslación al Derecho penal del control de cambios, que tanto tiene que ver con el Derecho administrativo, de la argumentación administrativa, de que la autorización posterior no afecta al interés público, siempre y cuando no se haya dictado sentencia firme, porque en este caso lo impediría el obstáculo formal de la cosa juzgada.

Pero existe una segunda vía, a mi entender mucho más sugestiva, pero que implica una serie de propuestas de lege ferenda, lo cual no me parece desacertado si se tiene en cuenta que el C. P. está todavía en fase de Proyecto, y si éste pretende regular el delito monetario en los mismos términos que la actual ley sobre régimen jurídico del control de cambios.

Se trata de reconocer en la declaración jurisprudencial de que la autorización posterior reviste de legalidad las actuaciones por no haber sido susceptibles de originar perjuicio alguno en la economía nacional, en el sentido de la admisión en Derecho penal español del principio de irrelevancia o insignificancia. Ello supone, obviamente, al tiempo, el reconocimiento de la naturaleza material del delito.

Me explico: ya antes se dijo, al tratar del problema que suponía la fijación de una cuantía determinada como medio para delimitar la infracción administrativa del delito, y la naturaleza formal que implícita ese método, que si se querían dar pasos efectivos en la solución material de las cuestiones suscitadas en torno al delito monetario (o patrimonial, o socio-económico, o incluso en general) no sólo había que ordinar el perjuicio a la economía nacional en el tipo, y considerar el interés de la economía nacional como bien jurídico protegido, sino que, además, había que sustituir el método de «cuantías» (más de dos millones de pesetas, en el delito monetario) por una fórmula que resolviese materialmente el problema del concepto del delito frente a la infracción administrativa.

Esa fórmula que, insisto, ha de sustituir a la de las cuantías (en general) y que, en el caso concreto del delito monetario ha de sustanciar además correctamente el tema de la autorización administrativa ex post, se compone de dos estados: por un lado habría que introducir en el Libro I del Código Penal (Parte General) el reconocimiento del principio de «irrelevancia» o «insignificancia», de forma que venga a confirmar que *no existe delito cuando la acción corresponde al texto literal del tipo legal, pero, sin embargo, «las repercusiones del hecho sobre los derechos o intereses de los ciudadanos o de la sociedad (y la culpabilidad del autor) son irrelevantes»*. Por otra parte, y para sustanciar el concreto problema de las escasas cuantías (Bagatelldelikte) en determinados delitos, habría que imponer una fórmula distinta a la tradicional entre nosotros de la división entre delito y falta

(método igualmente formal y criticable). La solución podría ser recurrir a una pena leve (cfr. art. 67 del Proyecto C. P.), generalmente de multa, para los casos en que *de la cuantía se deduzca la escasa gravedad del hecho*.

Retomando el tenor de la sentencia que nos sirvió de base para intentar un nuevo tratamiento del problema de la autorización posterior, parece fundamentable, como conclusión, la ausencia de dolo en tales casos, en los términos ya vistos, o mejor la irrelevancia de la conducta por efectiva ausencia de lesión del bien jurídico protegido.

De ello se deduce, inicialmente, que la naturaleza jurídica de la autorización previa es distinta a la de la autorización posterior. Ahora bien, ¿es realmente la autorización previa (o su ausencia) un elemento del tipo del delito monetario? ¿Es satisfactoria esa dogmática unánimemente admitida para sustanciar los problemas de error?

3. *La autorización administrativa (previa) como «momento especial de la antijuricidad» El dolo y su presunción en el delito monetario.*

Según opinión generalizada y aquí mantenida sobre el dolo del tipo, éste es conocimiento-volición de las circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal. Luego el error sobre cualquiera de ellas impide la afirmación del tipo doloso, subsistiendo, sin embargo, la posibilidad de que se haya realizado el tipo imprudente, si es que el error era evitable. El dolo no tiene que ver, pues, con el conocimiento de la antijuricidad del hecho (en su caso, error sobre la prohibición), aunque el conocimiento del tipo por parte del sujeto activo permite afirmar que se ha actuado una «función de llamada» del tipo: llamada al sujeto sobre la posible prohibición de su acción típica.

En base a estos presupuestos se intentará dar una solución aceptable a la caracterización dogmática de la ausencia de autorización administrativa previa, al tiempo que a los problemas de error, ya de tipo, ya de prohibición. Pero antes es imprescindible detenerse brevemente en la solución jurisprudencial de estas cuestiones, vinculada lógicamente a la teoría del dolo.

Ni de la Ley del 38 ni de la del 79, ambas en relación forzosa con el sistema de la imprudencia en el vigente C. P., puede deducirse la imposibilidad de la comisión imprudente (culposa) de los delitos monetarios. Lo cierto, sin embargo, es que la jurisprudencia no se ha ocupado de este tema. Por el contrario, es frecuente encontrar alusiones explícitas en numerosas sentencias a la «presunción de voluntariedad» establecida en el artículo 1 del C. P. (entendiendo la «voluntariedad» como comprensiva del dolo y de la culpa —así, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 mayo 1977—, para acto seguido dilucidar supuestos de error sobre el tipo o sobre la prohibición.

En consecuencia, resulta normal en la praxis jurisprudencial tomar el punto de partida de la presunción del dolo en el delito monetario, es decir, desde la óptica dominante, de la culpabilidad dolosa. Por lo demás, la doctrina jurisprudencial sobre el error es, como es sabido, poco rigurosa, fundamentalmente por la constante confusión entre el error sobre el tipo y el que versa sobre la prohibición. Al concluir ambos en la exclusión del

dolo, según la teoría dominante, es frecuente encontrar mezclas argumentaciones sobre uno y otro error, conjuntándose, a veces, en una misma razón absolutoria por falta de «intención de delinquir».

En concreto, es norma la afirmación de la irrelevancia del error sobre la prohibición (es decir, según expresión jurisprudencial, la no ruptura de la presunción «*iuris tantum*» de voluntariedad que establece el art. 1 C. P.) cuando se trata de personas dedicadas habitualmente a las transacciones internacionales (cfr. S. Aud. Nac. de 7 junio 1977). Por el contrario, cuando el inculpaado no detenta dicho «status», el tribunal puede ponderar las peculiaridades del caso, dando relevancia excluyente del dolo a la firme convicción en la juricidad de la conducta por parte del autor. Esta praxis ha conducido a una concepción preponderantemente formal, de nuevo, del conocimiento de la antijuricidad y de la antijuricidad misma, ya que ésta se hace depender —según expresión jurisprudencial— «en gran medida de normas no penales de difícil conocimiento para personas que no intervienen habitualmente en transacciones internacionales». Este formalismo en el tratamiento de la antijuricidad y su traslación al terreno de la culpabilidad, a través de la solución de los casos de error, hace que no sea de extrañar que la solución de los supuestos de error sobre el tipo (por ejemplo, sobre la cualidad de no residente del titular de una cuenta corriente) guarde un estricto paralelismo con la que se ofrece respecto al error sobre la prohibición: es decir, que también en los supuestos de error sobre el tipo alude la jurisprudencia a la presunción de voluntariedad establecida en el artículo 1.º C. P. En ambos casos se excluye, en su caso, el dolo (la voluntariedad), sin que, por lo demás, haya interesado a la jurisprudencia, especialmente la investigación de la evitabilidad o no del error a efectos de la imprudencia (culpa).

Esta construcción jurisprudencial resulta, en general, insatisfactoria. En concreto se muestra incapaz de resolver correctamente la cuestión del error sobre el elemento de la «ausencia de autorización administrativa», tal y como se puede comprobar cuando se intentan abordar supuestos como el que ocupó al tribunal en la Sentencia de 27 mayo 1977: es perfectamente posible que una persona que se dedica habitualmente a las transacciones internacionales confíe firmemente en la juricidad (material) de su conducta», cuando tiene la convicción de que la autorización que ha solicitado será concedida, aunque con ulterioridad a la exportación de moneda; ese error sobre la prohibición puede ser relevante en sede de culpabilidad, a pesar de tratarse de una persona dedicada a la exportación e importación. Pero es que el supuesto contrario también es demostrativo de la incorrección de la solución jurisprudencial: una persona que no se dedique habitualmente a esas transacciones puede creer que la solicitud a la que la Administración no responde explícitamente equivale a la autorización de una determinada operación monetaria. Se trataría, entonces, de un error sobre el tipo, según doctrina unánime, lo cual no quiere decir que se desconociese la prohibición de exportar moneda sin autorización ni que no deba investigarse sobre la evitabilidad de ese error, a efectos de imprudencia.

Para llegar a una solución más correcta lo primero que se impone, a mi entender, es acabar con la unánime consideración de que la «ausencia de

autorización administrativa previa» es un elemento del tipo. La demostración de que el cambio de caracterización dogmática es posible parte de la convicción de que ese elemento es perfectamente sustituible por la expresión de «ilegalmente»: «cometen delito monetario los que *ilegalmente...*» (en vez de «los que sin la debida autorización administrativa»). Esta no dificultad en la sustitución de un término por otro pone de manifiesto que, en realidad, esa expresión del texto legal, más que un elemento del tipo, es lo que desde Welzel se viene en denominar un «especial momento de la anti-juricidad». Estos «momentos» o elementos se caracterizan, a diferencia de los elementos del tipo legal, porque su conocimiento implica que el autor conoce también la total antijuricidad del hecho. Por eso el error al respecto no puede considerarse un error sobre el tipo, sino sobre la prohibición. La consecuencia es que en caso de ser inevitable ese error quedará excluida la *culpabilidad*, en tanto que, de ser evitable, nada impediría la afirmación de que se ha realizado el tipo doloso (es decir, de que se ha actuado con conocimiento y volición de los elementos del tipo objetivo), aunque sea posible, en tal caso imponer la pena inferior por culpabilidad disminuida.

Parece claro —desde mi punto de vista— que esta dogmática es capaz de introducir elementos de generalización frente al casuismo que caracteriza, como se ha visto, a las soluciones actuales. No cabe duda de que cada caso concreto seguirá presentando sus peculiares dificultades de prueba. Pero no es menos cierto que es preciso corregir el confusiónismo de las sentencias actuales sobre el error. Además, con independencia de la aceptación o no de la propuesta respecto a la caracterización de la «ausencia de la autorización administrativa previa» (es decir, del elemento «ilegalmente», según propongo), lo cierto es que se impone una solución que, en caso de progresar la propuesta del Proyecto de C. P. sobre el error, no puede ser otra que la de la teoría de la culpabilidad, a pesar de que existen dudas fundamentadas sobre la efectiva adscripción del Proyecto a esta teoría.

Otra importante razón en favor de la solución apuntada es la regulación que hace el Proyecto de la imprudencia. En efecto, al no ser punible la imprudencia más que cuando se contemple específicamente por la ley, se comprobará que el número de delitos que admiten el tipo imprudente es muy reducido; y entre los que no está prevista la punición de la imprudencia hay que contar a los delitos monetarios. Pues bien, si se sigue manteniendo que la ausencia de autorización administrativa es un elemento del tipo, es decir, que el error sobre él es un error sobre el tipo, se estará dejando abierta una puerta a la impunidad generalizada, ya que lo máximo que podría afirmarse en esos casos de error sería la existencia de imprudencia (por evitabilidad del error), y ésta sería impune, por no estar específicamente contemplada. No cabe más solución, pues, a mi entender, que considerar ese error, en todo caso, como un error sobre la prohibición, y terminar definitivamente con tan reiterada por la jurisprudencia presunción de «voluntariedad» (culpabilidad): *la pena*.

No quisiera terminar estas notas sobre el delito monetario sin aludir, si quiera brevemente, al sistema de penas que imponen la nueva ley y el Proyecto de C. P., así como a algunas particularidades de naturaleza procesal.

De un sistema asentado sobre la pena de multa como básica, y la de

comiso, si ésta fuese posible, a las que el juez podía adicionar la de prisión hasta un máximo de tres años (art. 7 de la Ley de 24 noviembre 1938), y en el que se contempla la prisión subsidiaria hasta un año por insolvencia (aunque, en realidad, sólo ha funcionado la pena de multa, excepto para el «maletero»), se pasa en la nueva Ley de 10 diciembre 1979 al sistema que se podría denominar «inverso», y que consiste en la pena privativa de libertad y multa para cuantías superiores a los cinco millones de pesetas y, en escala descendente, en la pena de multa, exclusivamente, para las también delictivas cuantías superiores a los dos millones, pero inferiores a cinco. Estas penas pueden considerarse producto de la progresiva agravación, según la cuantía del contrabando, que se inicia en las sanciones administrativas pecuniarias para infracciones administrativas leves y graves (arts. 10 y 11 de la Ley del 79). Se puede decir, en general, que se ha corregido la escandalosa benignidad de las penas que caracterizó a la Ley de 1938.

Sin embargo, el sistema no es, ni mucho menos, satisfactorio. Al margen de la propuesta hecha anteriormente para la sustitución del método de las cuantías para delimitar penas entre sí, o bien respecto a las infracciones administrativas, al margen de ello —digo— es insatisfactorio el hecho de que la pena básica siga siendo de naturaleza pecuniaria. Con el decomiso previsto en el C. P. y en la propia ley, y con la adición de una multa, se consigue ciertamente un efecto preventivo, pero resulta insuficiente, además de privilegiado comparativamente. En todo caso la pena básica debe ser privativa de libertad. En este sentido parece mucho más correcto el sistema que impone el Proyecto de C. P., ya que conmina con pena privativa de libertad de uno a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses (art. 373) la realización de los hechos tipificados como delito monetario en el art. 372. De esta forma el Proyecto evita, además, ese trasnochado casuismo (uso y abuso del sistema de las «cuantías») que caracteriza a la vigente ley sobre régimen jurídico de control de cambios. Sin embargo, la pena privativa de libertad es comparativamente desproporcionada en el Proyecto de C. P. en relación a los restantes delitos contra el orden socio-económico, por lo que sería de desear su reducción hasta esos términos medios (prisión entre seis meses y tres años).

Tal vez lo más interesante al respecto, como innovación, sea la explicitación en la nueva ley de una serie de causas de atenuación de la responsabilidad criminal (pena inferior en un grado), y que se recogen igualmente en el Proyecto de C. P. (art. 374). Abstracción hecha de la disminución de la pena en función de la «personalidad del culpable», que podría y debería desaparecer, el resto de las causas tienen una impronta marcadamente utilitaria y posibilista de efectos positivos en política criminal. Así hay que entender la disminución de la pena por reparación o disminución de los efectos del delito, y la repatriación del capital. En el fondo todas ellas podrían reconducirse a la genéricamente contemplada en primer lugar (número 4 del art. 7 de la Ley de 1979): «los tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia económica del hecho para los intereses sociales...».

Aunque en la Ley de 1938 no se contemplaban específicamente esas causas, no es menos cierto que la amplitud que concedía el art. 6 al juez para la apreciación de atenuantes (y agravantes) ha llevado a considerar como más

frecuentes las causas de atenuación ahora explicitadas legalmente. La jurisprudencia siempre ha considerado, efectivamente, dichas conductas de restitución o repatriación como atenuatorias de la pena de multa (?).

4. *Organo competente. Las potestades administrativas.*

La Ley de 24 noviembre 1938 extrajurisdiccionalizó el enjuiciamiento del delito monetario al crear el juzgado y tribunal de delitos monetarios. En efecto, éstos no eran más que organismos administrativos, pero con capacidad punitiva, a los que rodeaba una compleja organización de investigación y control de los cambios: Ministerio de Orden Público y sus delegaciones y Comité de Moneda Extranjera, con su Cuerpo de Investigación y Vigilancia.

La absoluta libertad procesal a la que se refiere la Ley del 38 (art. 16) no era más que la especificidad más anacrónica del sistema. Pero no era la única: también concedía a los funcionarios del citado comité potestades de registro y examen de contabilidades, que no estaban sujetas ni siquiera a la previa autorización del órgano judicial (?) de delitos monetarios, sino a la simple decisión previa del propio órgano administrativo. Se producía así una auténtica sustanciación en el marco administrativo de la investigación y punición de las conductas «delictivas».

Esta situación cambió relativamente con el Real Decreto Ley de 4 enero 1977, que creó los Juzgados Centrales y la Audiencia Nacional, en sustitución del vergonzante Tribunal de Orden Público, y atribuyó a estos órganos jurisdiccionales (especiales) la competencia sobre delitos monetarios, entre otros, según términos que se reformularon ulteriormente por Real Decreto Ley de 23 noviembre 1979. Con ello se consiguió corregir un defecto fundamental de la Ley del 38 hasta entonces vigente, al jurisdiccionalizar la competencia. Subsistieron, sin embargo, tanto la absoluta libertad procesal del no derogado artículo 6 de la Ley de 1938 como las potestades de actuación extrajudicial de los órganos administrativos especiales, en orden a la investigación y prevención de las actuaciones relativas al control de cambios. Por otro lado, el propio tribunal (Audiencia Nacional) es un órgano especial en función de la competencia, por lo que sigue siendo criticable. Sin embargo, hay que decir que en lo que a la libertad procesal se refiere, la propia Audiencia Nacional se ha autolimitado, asumiendo, como era obligado, los términos establecidos por la L. E. Cr. (cfr. S. de 3 marzo 1977).

Parte importante de estas especificidades criticables se han reproducido en la Ley de 10 diciembre 1979, ya que no sólo sigue atribuyendo la competencia a la Audiencia Nacional, sino que también mantiene una trasnochada atribución de competencias no sometidas plenamente a control judicial en favor de la ahora denominada Comisión de Vigilancia de las Infracciones del Control de Cambios.

En efecto, resulta inadmisibles, a mi entender, que estos órganos administrativos puedan «llevar a cabo por propia iniciativa actuaciones de investigación cerca de los particulares» (art. 17.2), que comprenden, además, «el acceso a los establecimientos o lugares en los que las personas físicas o jurídicas sometidas a investigación desarrollen actividades que pudieran ser

constitutivas de delito monetario, con el fin de practicar registros y examinar toda clase de documentación relacionada...» (art. 18), si bien en lo que se refiere a la entrada en lugar cerrado es preceptiva la autorización judicial (art. 18.2). La remisión al Reglamento ulterior (art. 18.3) para la regulación del procedimiento de realización de dichas actuaciones «de forma que su eficacia no se logre en perjuicio de la dignidad y de los derechos de la persona», resulta poco tranquilizante, de momento. Es de esperar, pues, que se reconduzcan mientras tanto a los términos generales del Derecho Procesal Penal. Por último, considero necesario que se produzca la atribución de competencia a la jurisdicción ordinaria, aunque en función de la especificidad de la materia sería conveniente la existencia de un órgano administrativo de asesoramiento y colaboración con la autoridad judicial en materia de control de cambios.