

**RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL Y
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
¿HACIA UNA “ADMINISTRATIVIZACIÓN”
DEL DERECHO PENAL O UNA
“PENALIZACIÓN” DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR?**

*Laura Zúñiga Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

El tema que se presenta para este Libro Homenaje al Profesor Marino Barbero Santos, es uno de los asuntos que él ha tratado en su larga y prolífica vida académica. Fundamentalmente lo ha hecho en dos trabajos: claramente en “Heinz Mattes *in memoriam*”, publicado en el año 1974, en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, donde postula la imposibilidad de distinguir ontológicamente el injusto penal del injusto administrativo; pero también tangencialmente se había ocupado de este asunto antes en “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, publicado en la Revista de Derecho Mercantil del año 1957, pues cuando planteaba la posibilidad de penalizar a las personas jurídicas, lo hacía motivado por despojar de la Administración franquista un poder sancionador que se ejercía arbitrariamente, como después ha reconocido.

Sirvan pues, estas reflexiones sobre una discusión que actualmente cobra vida dentro del nuevo Derecho Penal económico y con la debatida cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para rendir tributo a una persona que ha dedicado su vida a la investigación y a la enseñanza, en tiempos donde no era nada fácil ser consecuente.

1. Marco histórico.

De las relaciones del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento jurídico son las vinculaciones con el Derecho administrativo sancionador las que más quebraderos de cabeza ha suscitado entre penalistas y administrativistas. Y es que desde Goldschmidt los intentos por diferenciar las infracciones administrativas y los injustos penales “ha producido la desesperación de los juristas”¹, desesperación que es aún mayor si observamos el tema en clave comparatista, ya que los desarrollos históricos de ambos Derechos no han sido similares en los países de nuestro entorno cultural, lo cual explica que la discusión en los diferentes sistemas jurídicos no discorra por parámetros totalmente similares.

Con el nacimiento del Estado de Derecho y con la pretensión de despojar a los funcionarios del Estado de potestades sancionatorias que supongan privación de libertad y de propiedad, se consolida la concepción de que sólo el Poder Judicial (independiente) tiene el monopolio para sancionar, cuando ello suponga vulneraciones de tan preciados bienes personales. Sin embargo, esta petición de principios se ha confrontado con el desarrollo real de una Administración que desde un primer momento ha tenido que regular con sanciones las llamadas “funciones de policía”, el orden disciplinario, orden público y las propias funciones que ha ido desarrollando en su desarrollo social. Estos recursos sancionatorios supusieron la habilitación real a los funcionarios públicos para privar a los ciudadanos de bienes jurídicos patrimoniales, a través de la multa administrativa, que fue convirtiéndose en la sanción por excelencia de este ordenamiento. El límite de estas potestades, marcado por la privación de libertad reservada para el sistema penal, podía soslayarse en base al arresto sustitutorio por impago de la multa. Además, se puso en evidencia que las cuantías de las multas a veces muy elevadas y la posibilidad de imponerlas sin garantías sustanciales y procesales propias del sistema penal, contrastaba con principios fundamentales del Estado de Derecho como es el principio de proporcionalidad en la intervención de los poderes públicos.

La legitimidad de un tal sistema sancionatorio administrativo más opresivo que el penal, por no estar sometido a los límites de las garantías sustanciales y procesales desarrolladas históricamente en el ámbito penal, ha sido denunciado por juristas de distinto signo (constitucionalistas, administrativistas, penalistas, procesalistas, principalmente) como un ataque a las bases mismas del Estado de Derecho, desde hace mucho tiempo.

¹ La afirmación es de HEPP, Cfr. TORIO LÓPEZ “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones), en *Estudios sobre la CE en Homenaje a García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, T. III, pág. 2529.

Ahora bien, dos fenómenos que se han hecho patentes en la segunda mitad de este siglo han complejizado aún más este panorama: el movimiento despenalizador iniciado en los años 60 y la actual mayor intervención de la Administración en los aspectos económicos y sociales. El movimiento despenalizador impulsado por el Proyecto alemán de 1962², ha conllevado que en varios de los países en los que rige el principio de legalidad³ y en los que las “infracciones de policía” estaban confiadas al juez penal, como Alemania, Italia, Francia y Portugal, se hayan descriminalizado las faltas (también llamadas contravenciones o delitos menores), relegando al ámbito administrativo sancionador las infracciones bagatelares, las meras infracciones del orden, sanitarias, etc. El recelo hacia la eficacia de la utilización de los sustitutivos penales para las infracciones menores, ha potenciado aún más el afán descriminalizador en pos de una utilización del Derecho administrativo sancionador en todos estos campos⁴. Lo característico en estos sistemas es que el poder sancionador se encuentra bajo control de los Tribunales civiles o penales, con efecto suspensivo de la sanción hasta que el Poder Judicial resuelva definitivamente⁵. Además, en estos países se ha logrado desarrollar una serie de principios generales prácticamente idénticos a los de los códigos penales⁶.

La potestad administrativa sancionadora ha tenido un desarrollo histórico diverso en España. Hasta el advenimiento del sistema constitucional se había venido desarrollando un desmesurado poder sancionador de la Adminis-

² Proceso que dio origen a la Ley Alemana de infracciones contra el orden público (OwiG), como se verá en nota 6.

³ Los países regidos por el *Common Law* poseen un tratamiento diverso de las contravenciones, porque el Juez puede escoger, de acuerdo a las circunstancias de la comisión del delito y de la personalidad del infractor, la sanción más idónea. Cfr. PORTERO GARCÍA, “La despenalización de las faltas y la potestad sancionadora de la Adm. La competencia municipal ante la derogación parcial del libro III del CP” en *PJ*, N° XII, pág. 280.

⁴ Cfr. PORTERO GARCÍA, ob. cit., pág. 281. Quien denuncia cómo la especial despenalización en aras de la administrativización de estas infracciones, ha llegado a extremos en Italia donde la Ley 689 de 1981, viene a mantener que caen dentro del dominio de las multas administrativas tanto las faltas como los delitos castigados con pena única pecuniaria.

⁵ PARADA VÁSQUEZ, “La sanción administrativa”, en *La empresa en la CE*, Madrid, Ed. Aranzadi, 1989, pág. 540.

⁶ Es de destacar, por su influencia en el ámbito penal, el caso de Alemania. La infracción administrativa aparece por primera vez en el Derecho positivo alemán con la Ley para la simplificación del Derecho penal de economía de 1949 (*Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsrecht*, WiSTG). Al poco tiempo, se aprueba la Ley de infracciones al orden de 1952 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, OWiG), que es una verdadera ley de principios generales de infracciones administrativas. La tarea de tipificar las distintas infracciones administrativas se fue dando por sectores, vinculados fundamentalmente a la materia económica. Finalmente, es en 1968 cuando una nueva OwiG termina con el proceso de traspaso de los principios penales a las sanciones administrativas. El resultado final es la coexistencia de un auténtico Derecho punitivo al lado del Derecho Penal, bajo la responsabilidad de los órganos de la Administración, pero con control del juez penal. Cfr. SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, pág. 139. De ahí que haya consenso en la doctrina alemana en sostener que el poder punitivo se desempeña a través de tres esferas legislativas: el StrGB o *Kernstrafrecht*, la OwiG o *Nebenstrafrecht* y Leyes especiales o *Besonderstrafrecht*.

tración (Ley de Orden Público, Ley de contrabando, etc.), por lo que el afán principal no era despenalizar, sino dotar a dicha potestad sancionadora de los principios fundamentales del Derecho Penal, en tanto garantías indispensables de todo Estado de Derecho. Así, si en Alemania, Italia y Portugal el debate se centraba entre delitos y contravenciones, haciendo un trasvase de estas últimas a los órganos de la Administración, en España el debate giraba en torno a los delitos y las infracciones administrativas⁷.

Con la consolidación constitucional del Estado social y democrático de Derecho, el proceso histórico de todos estos países converge para requerir que toda forma de intervención en la esfera personal tiene que estar regida por los principios de legalidad y proporcionalidad. En el caso español, con la CE, por otro lado, se legitima la potestad sancionadora de la Administración al imponer el respeto del principio de legalidad en materia punitiva, penal o administrativa (art. 25.1 CE), por el párrafo tercero del mismo precepto en el que, *contrario sensu*, se reconoce la posibilidad de sanciones administrativas que no impliquen privación de libertad y el art. 45.3 CE en el que se prevé sanciones penales o administrativas para las infracciones contra el medio ambiente⁸.

El segundo fenómeno al que se ha aludido, plantea nuevas cuestiones a la problemática. La intervención jurídica de la Administración en el Estado Social y más aún en el Estado del Bienestar se ha acrecentado y complejizado sobremanera. Ahora el Estado tiene que intervenir en la realización de derechos distributivos y asistenciales, actuando fundamentalmente sobre los desequilibrios y conteniendo los riesgos sociales que se han incrementado en los últimos tiempos. El Derecho del Estado del Bienestar es un derecho de intervención activa, creciente, reguladora, contenedora de los riesgos sociales, en el que el aparato sancionatorio juega un papel organizador de las actividades económicas, sociales, asistenciales, sanitarias, y demás funciones sociales. El carácter público de la intervención estatal en las esferas económico y sociales otorgan mayor legitimidad a las Administraciones Públicas⁹ para organizar las relaciones sociales con la coacción de la sanción administrativa y, en su caso, la sanción penal.

El Derecho económico que empieza a gestarse en los años 30 al hilo de la configuración de una serie de infracciones administrativas en este campo (contra la competencia, materias monetarias o fiscales, contrabando, etc.), al

⁷ Cfr. SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, Bolonia, Pulicaciones del Real Colegio de España, 1989, pág. 119.

⁸ Sobre estos extremos Cfr. PARADA VÁSQUEZ, "La sanción administradora", ob. cit., pág. 540.

⁹ Recuérdese que el Estado español se configura a través de una Administración central y otras periféricas, siendo éstas organizadas como Comunidades Autónomas con plenas competencias para legislar en algunas materias y ejercer el poder sancionador. Este asunto complejiza el tema, pues los ciudadanos pueden ser sujetos a los que se le puede dirigir una serie de infracciones y sanciones de distintas competencias. Cfr. SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, ob. cit., pág. 19.

tomar carta de naturaleza con el reconocimiento de los derechos sociales y económicos por el constitucionalismo moderno, empieza a dejar de ser regulado con el Derecho administrativo sancionador, para empezar a ser sancionado con el sistema penal.

2. La discusión actual del Derecho Penal económico como “piedra de toque” de las relaciones entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador.

Con la inobjetable función del Estado de intervención en la Economía, se actualiza la discusión de la utilización del instrumento penal o el instrumento sancionatorio para hacer frente con mayor efectividad a este tipo de infracciones. Como lúcidamente sostiene Tiedemann¹⁰, el futuro del Derecho Penal económico depende de la clasificación de las infracciones en injusto penal, injusto administrativo o como injusto de carácter privado. Precisamente las discusiones alemanas de las leyes de lucha contra la criminalidad económica (*Die Bekämpfung zum Wirtsschftskriminalität*), se centraron en este aspecto, en el estudio de cuál es el instrumento más idóneo para hacer frente a este tipo de criminalidad que representa grandes costos sociales y económicos.

En este debate, totalmente actual y de suyo importante para la discusión sobre las relaciones Derecho Penal y Derecho Administración sancionador, se ha llamado la atención sobre las ventajas e inconvenientes de uno u otro instrumento, fundamentalmente para hacer frente a las infracciones de orden socioeconómico (tributarias, societarias, medio ambiente, laborales, etc.). Entre las ventajas que se suelen aducir para afirmar la utilización de las sanciones administrativas en el campo económico son la necesidad de una alta capacitación técnica de sus funcionarios, la celeridad en el procedimiento, la movilidad de la materia que requiere sistemas de regulación más flexibles que los penales¹¹, características todas ellas que denotan mayor efectividad en la intervención, dando fê del principio de que la prontitud y certeza de la imposición de la sanción garantizan mayor prevención de conductas. Por el contrario, entre sus desventajas deben evocarse la imposibilidad de imponer la sanción de manera pública, con desmedro en el efecto motivador de las conductas¹².

En cambio, sobre las ventajas del sistema penal sólo puede hablarse –aunque no es poco– de sus garantías materiales y procesales, del cúmulo de principios ganados a lo largo de los dos últimos siglos, del sistema dogmá-

¹⁰ En *Lecciones de Derecho Penal económico*, Barcelona, PPU, 1993, pág. 229.

¹¹ Recordemos que las leyes penales requieren LO, mientras que las materias administrativas pueden ser reguladas por diversas reglas jurídicas, incluso de distinta competencia como las de las Comunidades Autónomas.

¹² Para contrarrestar esto se ha pensado en sistemas de publicidad de la sanción administrativa.

tico tan acabado que lo preside¹³ y que la sanción es impuesta en un proceso público y por un juez que forma parte de un Poder del Estado distinto del poder político (independencia judicial). Por otro lado, los cuestionamientos que se hace al sistema penal, ya conocidos y fuertemente denunciados por la criminología crítica, el abolicionismo y el garantismo, se centran fundamentalmente en la utilización de la pena privativa de libertad y sus efectos estigmatizantes y desarraigantes del medio social, sanción que, dicho sea de paso, ha experimentado un importante retroceso en países como Alemania o Italia¹⁴. Además, se sabe que los procesos penales son más lentos (por las propias garantías¹⁵) y no siempre los jueces se encuentran totalmente capacitados para moverse fácilmente por materias especialmente técnicas y cambiantes, como son las esferas económicas, tributarias, societarias, del medio ambiente, etc.

En el momento actual, la inflación del Derecho Penal a costa de la tipificación de conductas del orden socio-económico efectuada en nuestro ordenamiento con el CP del 95, al haber optado claramente el legislador por la vía de sancionar penalmente las infracciones socioeconómicas, nos plantea necesariamente la coordinación y relación de ellas con las infracciones administrativas, pues en muchos casos existe un solapamiento entre ambos tipos de infracciones¹⁶. La pregunta que surge irremediamente es ¿Se justificaba la intervención penal cuando muchas de esas conductas ya eran sancionadas por el ordenamiento administrativo sancionador? La respuesta necesariamente pasa por indagar si existe o no una justificación para proceder a sancionar con el instrumento penal.

En todo caso, para dar una contestación a esta cuestión de suyo compleja, es preciso observar los cambios que este ingreso del Derecho Penal económico ha producido en el sistema penal. En muchas tipificaciones de estos delitos se produce una serie de características que afectan principalmente al principio de taxatividad, pero también al de subsidiariedad y proporcionalidad. Leyes penales en blanco, tipos abiertos, normas de reenvío, problema de la accesoriedad administrativa, técnicas de adelantamiento de la intervención, delitos que sancionan la mera desobediencia, son todos aspectos de la nueva configuración de los tipos penales socioeconómicos. No en

¹³ Sobre los alcances de la teoría del delito como sistema general de resolución de los problemas criminales Vid. infra epígrafe 5, especialmente nota 47.

¹⁴ ROXIN, "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo" en *Dogmática penal y Política Criminal*, trad. de Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, pág. 452, pronostica que el desarrollo político criminal de las penas, se seguirá apartando de la pena privativa de libertad y, en su lugar, aparecerá la multa.

¹⁵ Aunque también por otros factores que no viene a colación desarrollar, como serían la falta de medios personales y materiales suficientes, entre otros.

¹⁶ Por ejemplo en los delitos tributarios, laborales, contra la seguridad social, contra la seguridad del tránsito, etc., con la cual cobra vigencia el principio de *non bis in idem*. Sobre este tema Cfr. LÉON VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio non bis in idem*, Barcelona, Bosch, 1998.

vano se sostiene que estamos asistiendo a un Derecho Penal meramente sancionatorio, caracterizado porque la norma penal se configura como “mero instrumento de cierre del sistema de control”¹⁷. Desconocer este hecho es desconocer la utilización de las nuevas técnicas de tipificación idóneas para configurar las infracciones de este orden, donde la sanción administrativa sería el instrumento directo de los destinatarios de la norma de conducta y la sanción penal el “brazo armado” de todo el sistema sancionatorio¹⁸. Y es que todo el orden socioeconómico necesariamente tiene que estar regulado por una ingente cantidad de reglas de conductas extra-penales, donde se trata de contener los riesgos, cuantificar los límites de los mismos, o simplemente regular instancias procedimentales obligatorias. Esta nueva vertiente del sistema penal también se ha dado en llamar “administrativización del Derecho Penal”¹⁹, pues en todos estos aspectos se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales.

Los efectos que tal caracterización de las modernas tipificaciones ha producido en el sistema dogmático penal, pueden concentrarse en la ya manida frase de “crisis del Derecho Penal”. En efecto, además de la vulneración de principios por parte de esta moderna legislación, debe anotarse que en la propia doctrina²⁰ también se han producido fisuras fundamentalmente por privilegiar en muchos casos la eficiencia, la estabilidad de la norma, la eficacia en la intervención²¹, sacrificando las categorías y sus reglas de imputación. Además de la garantía de taxatividad, quedan en entredicho los principios de ofensividad y culpabilidad, principales piedras de toque de la teoría del delito, así como las garantías de subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención.

¹⁷ Cfr. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Quaderni de Giurisprudenza commerciale, Milan, Giuffrè, 1997, pág. 414, Vid. págs. 413 - 450.

¹⁸ Sobre estas nuevas características del Derecho Penal se expresa PALIERO “L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penal dei codici?”, especialmente en *RIDPP*, 1994, pág. 1234: “El Derecho Penal es un mero segmento de refuerzo de subsistemas jurídicos autónomos de naturaleza prevalentemente administrativista, ... donde las sanciones penales representan el brazo armado que sostiene la autoridad misma”.

¹⁹ En este sentido, SILVA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 100. Este autor llama la atención de cómo también se empieza a razonar en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo, a propósito de los delitos de acumulación (*Kumulationdelikte*) (pág. 107).

²⁰ En Alemania es conocida la polémica entre la Escuela de Hassemer y sus seguidores (Escuela de Franckfurt) que postulan una vuelta al “Derecho Penal clásico” y los demás autores, como SHÜNEMANN, TIEDEMANN, ROXIN, etc. quienes ven legítima la intervención penal en materia económica. En esta disputa ha sido fundamental la obra de KHULEN, en *GA*, 1994. También puede señalarse la contribución de SHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 15-42.

²¹ Se arguye una “natural” transformación de la intervención penal a las peculiaridades de la moderna criminalidad, una cierta “adaptabilidad” de los principios a las exigencias actuales de control de conductas. Cfr. SHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, ob. cit., pág. 31: “el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas”.

El principio de lesividad u ofensividad, principal baluarte en los años 70 y 80, que preconizaba el concepto de bien jurídico como límite y justificador del *ius puniendi* del Estado, sustentando la máxima que todo delito consiste materialmente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pasa en los años 90 a un segundo plano en la discusión dogmática, por las nuevas técnicas de tipificación que suponen el adelantamiento de la intervención penal con la incorporación en el catálogo de delitos de figuras que castigan el peligro abstracto, crean bienes jurídicos vagos e imprecisos, infracciones que suponen meras desobediencias o infracción del deber, esto es, donde se privilegia sólo el desvalor del acto y en los que la dañosidad social (criterio iluminista para legitimar la intervención penal ya preconizado por Beccaria) es totalmente difusa.

Por otro lado, en el ámbito del principio de culpabilidad, dada la construcción típica de las infracciones centradas en el riesgo, esto es fundamentadas en el incumplimiento de una obligación jurídica, el tipo subjetivo por excelencia de las figuras penales modernas viene a ser el tipo imprudente, esto es, la infracción del cuidado debido, con lo que se pierde espacios en la expresión de la garantía de fragmentariedad, en el sentido que sólo debían quedarse en el ámbito penal las conductas dolosas y con excepción las conductas imprudentes. Hoy pareciera que la regla es la penalización de ámbitos de imprudencia, la infracción del deber de cuidado y son más bien residuales la penalización de ámbitos dolosos.

Indudablemente estas nuevas caracterizaciones de las normas penales han dado lugar a una cierta alarma entre los penalistas, principalmente entre los sectores críticos, garantistas o minimalistas²². Se critica, como es lógico, que el Derecho Penal ha dejado de cumplir su función de *ultima ratio* para convertirse en un instrumento de *primera ratio* en manos del Estado, en suma que nos encontramos ante una cierta “huida hacia el Derecho Penal”. La evidente ampliación o expansión de la intervención penal, que se ha patentizado con la “flexibilización” de las categorías, la ingente normativa de las Comunidades Autónomas, la UE y la Administración central que sirven de norma de complemento a las penales, la penalización de infracciones que antes correspondían al ordenamiento sancionador, plantean necesariamente la cuestión de qué conductas debieran de *lege ferenda* permanecer en el ámbito sancionador administrativo y qué conductas en el ámbito penal. En fin, si estamos ante un *ius puniendi* general que se expresa indistintamente en un Derecho Administrativo sancionador o en el Derecho Penal²³, habrá que establecer qué criterios racionales se pueden admitir para determinar qué infracciones sancionamos con el Derecho Administrativo sancionador y qué infracciones castigamos con el instrumento penal.

²² Entre otros Ferrajoli, Baratta o Hassemer.

²³ Como lo expresa claramente la STC N° 18/1987.

3. ¿Distinción cuantitativa o cualitativa de los ilícitos?

Conocidas las ventajas y desventajas de uno u otro instrumento sancionatorio, corresponde verificar cuáles son las opciones teóricas que se han barajado históricamente para distinguir entre injusto penal e injusto administrativo. Desde la óptica penalista, el problema se ha discutido entre dos grandes opciones: la distinción cualitativa y la distinción cuantitativa, o también llamadas tesis diferenciadoras y tesis identificadoras, respectivamente.

Hay que decir que en España resulta rotundamente mayoritaria la postura de la identificación de los ilícitos, considerando que simplemente existen diferencias de grado, cuantitativas entre una infracción penal y una administrativa, donde las más graves deben pertenecer al sistema penal y las más leves al ordenamiento administrativo sancionador²⁴. Este argumento ha servido, sobre todo a la doctrina administrativista, para propugnar la generalización de las garantías y de los principios de atribución del ámbito penal al ámbito sancionador administrativo. Pero, esto queda en el ámbito de la pretensión de principios o meramente doctrinal, pues en la práctica el legislador ha procedido a regular algunos ilícitos administrativos con sanciones más graves que las penales²⁵ y la jurisprudencia también ha resuelto no aplicar los mismos principios en el ámbito administrativo sancionador²⁶. En la práctica,

²⁴ En este sentido en la doctrina administrativista Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1984, T. II, 2º ed., págs. 147 y ss. PARADA VÁSQUEZ “Las sanciones administrativas”, ob. cit., pág. 542. SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, ob. cit., pág. 34. “Nada hay, ontológicamente distinto entre unas sanciones y otras. Su sustancia es la misma y por consiguiente, nada justifica que los principios, que constituyen expresión de esa sustancia, sean diferentes en uno y otro caso” (el subrayado es mío). En el ámbito penal Vid. por todos BERDUGO / ARROYO / GARCÍA RIVAS / FERRÉ OLIVÉ / SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. PG*, Barcelona, Praxis, 1996, pág. 13: “la doctrina española se mantiene prácticamente unánime en la negación de una diferencia esencial entre ilícito penal e ilícito administrativo”. Vid. específicamente: MARTÍNEZ PÉREZ, “La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo”, en *EPC*, N° VI, 1983, pág. 205. GARCÍA ARÁN “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de norma penal”, en *EPC*, N° XVI, 1993, pág. 101. POLAINO NAVARRETE, en *RCLM*, N° 7, 1989, pág. 77 GONZÁLES GUITIÁN “Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, en *EPC*, N° XIV, 1991, pág. 117.

²⁵ Hecho que se ha denunciado como infractor del principio de proporcionalidad que debe regir toda forma de intervención de los poderes públicos en la esfera de los individuos y también como un “fraude de etiquetas”, pues se burla garantías y principios con la regulación de la infracción en el ámbito administrativo.

²⁶ Así la STC 246/1991, en su fundamento jurídico 2 sostiene: “Al respecto debemos recordar ahora que si bien es cierto que este TC ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990)”. ¿Estamos ante sanciones similares, pero de distinta naturaleza? ¿Cuáles son las matizaciones (léase excepciones) que hay que hacer a los principios para el orden administrativo? Sin duda la sentencia deja muchas dudas (valga la redundancia).

pues, se ha procedido a configurar dos sistemas sancionatorios punitivos, uno el penal en el que rigen las garantías y principios clásicos –aunque con una cierta relativización, como ya se ha visto²⁷, y otro, el administrativo sancionador, en el que se relativizan algunos principios como el de culpabilidad, para sancionar a las personas jurídicas²⁸.

Fuera de nuestras fronteras la discusión también es bastante intrincada, distinguiéndose el plano teórico (o del deber ser) y el plano práctico por donde discurre realmente la legislación y la jurisprudencia (o del ser); o a veces se hace una clasificación a partir de criterios formales (el órgano que la impone, o el ámbito de la infracción) o materiales. Para muestra veamos dos sistemas jurídicos: el alemán y el italiano. Hay que advertir antes que, como se ha dicho, el desarrollo histórico de estos Derechos divergen del español.

En Alemania, también se discute si habría diferencias materiales entre las infracciones reguladas en el *StrGB* y las infracciones reguladas en la *OwiG*. De este ordenamiento contravencional conviene señalar algunas características resaltables. Las contravenciones se caracterizan por estar conminadas legalmente con multas administrativas (*Geldbusse*)²⁹, art. 1. Las multas no pueden ser transformadas en penas privativas de libertad sustitutivas, pero si son reclamables mediante arresto coercitivo (*Erzwingungshalt*). La Parte General de la *OwiG* sigue en lo fundamental los principios de imputación del *StrGB*, con dos excepciones importantes: la autoría única (art. 14) y la posibilidad de imponer directamente sanciones a las personas jurídicas y demás asociaciones (art. 30). En el aspecto procesal, debe decirse que no rige el principio de legalidad sino el principio de oportunidad (art. 47) sujeto a la discrecionalidad del juez de contravenciones, en un proceso de tipo administrativo. El TC alemán (*BVerfG*) ha considerado que este Derecho de las contravenciones pertenece al Derecho Penal en sentido amplio³⁰. Por las propias características del sistema de contravenciones alemán, la doctrina germana

²⁷ En lo que atañe sobre todo al principio de lesividad y culpabilidad, con la ampliación de la concepción de omisión impropia y la aceptación de la penalización de las conductas que configuran una puesta en peligro abstracta de bienes jurídicos.

²⁸ Prosigue la STC 256/1991: “...Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). ...Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas y se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas...”. Tal parece que el TC no admite la responsabilidad objetiva ni siquiera en el ordenamiento sancionador administrativo, pero no explica la imputación subjetiva de responsabilidad a la persona jurídica. En todo caso, considero que esta sentencia constituye todo un hito en el tema de la responsabilidad de empresas.

²⁹ Ha de resaltarse la distinta nomenclatura cuando se está en el sistema penal (*Geldstrafe*) y cuando se está ante el ordenamiento sancionador (*Geldbusse*).

³⁰ Cfr. *BVerfG*, 27, págs. 19 y ss, 32 y ss.

mayoritariamente asume que se trata de injustos con diferencias cuantitativas³¹. Pero no faltan voces importantes que sostienen que en las contravenciones estamos ante un injusto y una culpabilidad cualitativamente propios³².

Las nuevas contribuciones de la discusión parecen demostrar que el problema es mucho más complejo que una mera diferencia cuantitativa o cualitativa. El debate actual debe tener en cuenta otros factores como: las garantías aplicables a las sanciones, principios de imputación para declarar la responsabilidad, especialidad y complejidad de la materia que requiere una regulación pormenorizada, el fin preventivo de la utilización de uno u otro recurso, el tipo de sanción aplicable a los autores a los que se dirige la norma de conducta, en suma, finalmente es un tema de decisión políticocriminal de considerar cuál es el instrumento más idóneo, el penal o el administrativo, para prevenir la conducta que se pretende evitar; decisión que debe respetar los principios generales de subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención.

Es verdad que cuando se habla de una decisión políticocriminal, poco se avanza en la racionalización de los criterios que deben regir dicha decisión. Además, dependerá de la óptica del análisis, ya sea que se centre la distinción en los injustos, en las sanciones, en las garantías, en las categorías del delito, en la eficacia (ventajas o desventajas), se puede llegar a distintas soluciones. Quizás lo primero que debe hacerse es ordenar el debate. Es decir, establecer cuáles son los presupuestos básicos y en un análisis lógico, cuáles deben ser los puntos de partida de la cuestión.

En primer lugar, creo que debe recordarse –aunque parezca una obviedad– que la naturaleza de la sanción depende de la naturaleza del ilícito y no al revés. La respuesta sobre la sanción aplicable no puede ser fruto de una decisión fundada sólo en la consecuencia jurídica más idónea para hacer frente a determinado tipo de criminalidad³³, sino en función de un criterio lógico previo (que tendrá, claro está, en cuenta la consecuencia jurídica), cual es la

³¹ Vid. por todos ROXIN, *Derecho Penal. PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, de Vicente Remesal, de la 2ª ed. alemana, Madrid, Civitas, 1997, pág. 72, quien valora que esta posición es “absolutamente dominante”. Vid. también JAKOBS, *Derecho Penal. PG. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. de la 29ª ed. alemana de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 68, para quien “No hay posibilidad de caracterizar cualitativamente a las contravenciones. Lo que sí puede señalarse es aquello que nunca puede ser contravención.

³² Cfr. GÖHLER, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, C. H. Beck, 1992, 10ª ed., pág. 12, quien cita autores como STRATENWERTH, SHÖNKE/SCHRÖDER /STREE, MAURACH o TIEDEMANN, siguiendo esta posición.

³³ Esta distorsión del discurso penal se observa en distintos campos del Derecho Penal económico, en la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la lucha contra la criminalidad organizada o en los delitos contra el medio ambiente. Es decir, el pragmatismo y efectivismo de la política criminal ha llevado que la discusión se centre en cuál es la clase de sanción más idónea, sin pensar en sus presupuestos. Así se explica que hayan ingresado en el Derecho vigente consecuencias jurídicas como el comiso y las consecuencias accesorias, sin reflexionar sobre los criterios de aplicación.

necesidad o no de la intervención penal para la protección de los bienes jurídicos fundamentales en juego³⁴. Indudablemente este tema nos lleva a si es posible establecer un injusto penal con características materiales propias, distintas a las infracciones administrativas.

Sobre este punto conviene también plantear la cuestiones previas que deben reflexionarse. Desde un punto de vista formal, delito es sólo la conducta que se sanciona con una pena. Pero a lo largo del desarrollo de la teoría del delito se ha meditado mucho si habrían características generales materiales que pudiesen servir de referente al legislador para establecer cuándo una conducta debe ser sancionada con una pena y cuando no, esto es, si existiría un contenido material de delito o injusto propiamente penal.

4. Carácter secundario o autonomía del Derecho Penal.

Dado que el delito a partir del principio de legalidad se expresa en una norma penal, la cuestión se ha venido planteando en la doctrina en los siguientes términos: si es posible sostener la autonomía del Derecho Penal en la configuración de sus normas o, se trata de un Derecho de naturaleza accesorio, meramente sancionatorio como sostenían Binding³⁵ y Mayer³⁶. La opinión mayoritaria de los autores es que el Derecho Penal produce normas autónomas, caracterizadas por expresar no meramente la prohibición jurídica de una conducta, sino “la prohibición jurídica bajo amenaza de pena”³⁷. Así se traslada la discusión hacia los fines de la pena, porque lo que daría en todo caso sustantividad al Derecho Penal es la pena. Existe pues una dependencia funcional del ilícito con la pena. Los fines que se atribuya a la pena determinarán las funciones del Derecho Penal y, por tanto legitimarán la utilización del recurso a la pena o a otros medios de control social. La respuesta que se dé a las funciones de la norma penal en el ordenamiento jurídico, condicionará la concepción del injusto y de la sanción penal, dando luces sobre la posible existencia de un propio injusto penal.

La pregunta por la existencia de específicas instituciones punitivas (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad propias) evidenciaría las características

³⁴ Como recuerda TERRADILLOS, *Derecho Penal de la Empresa*, Madrid, Trotta, 1996, pág. 12: “acudir a la sanción para calificar la naturaleza de sus presupuestos (procedimiento intentado con magros resultados para diferenciar el Derecho Penal del Derecho Administrativo sancionador) es invertir los términos del raciocinio, que requiere adecuar la consecuencia al presupuesto y no viceversa”.

³⁵ Según este autor, el Derecho Penal se limita a imponer sanciones penales por la infracción de normas que no le son propias. Por lo demás, su famoso libro *Theorie die Normen* (1916) nunca fue traducido al español, siendo una obra clave del Positivismo jurídico.

³⁶ Para quien las normas que se dirigen a los ciudadanos imponiéndoles una conducta bajo amenaza de una pena no son normas penales, nisiquiera normas jurídicas, sino “normas de cultura”, normas sociales. Su obra es *Rechtsnormen und Kuturnormen* (1903).

³⁷ Cfr. por todos SILVA, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 317.

diferenciales del delito y de la pena respecto de otros ilícitos (civiles, administrativos) y de otras sanciones extrapenales. Entonces, habrá que responder primero acerca de todas estas cuestiones antes de definir la existencia de un propio ilícito penal.

En todo caso, la experiencia histórica y el Derecho Comparado nos enseñan que hay conductas que han permanecido invariablemente en el ámbito penal, como el homicidio, la violación, el hurto, etc., las que pertenecerían al “Derecho Penal clásico”³⁸, mientras que con el desarrollo histórico, como se ha visto, se han complejizado las relaciones sociales, y con ellas se ha producido la incorporación de nuevas figuras al elenco de delitos. Hoy por hoy, las figuras que resultan más problemáticas en su legitimidad, son sin duda, los delitos socioeconómicos de nuevo cuño, como los delitos contra los trabajadores, contra la Hacienda Pública, societarios, contra el medio ambiente, etc. Son éstos los llamados a pasar el filtro de la discusión dogmática y políticocriminal si deben, desde una perspectiva de *lege ferenda*, considerarse injustos penales o injustos administrativos.

Hoy más que nunca esta cuestión cobra vida, por los efectos dinamizadores que está teniendo la incorporación de estas nuevas figuras en el sistema penal. Tal como ya se vió, la nueva legislación socioeconómica está desminuyendo en la *praxis* lo que la doctrina ha negado rotundamente durante mucho tiempo: el Derecho Penal de un sector se está convirtiendo en un Derecho meramente sancionatorio más grave de otros sectores del Ordenamiento. El riesgo de que estas características tomen carta de naturaleza en nuestra disciplina se aprecia en la ya evidenciable flexibilización de las categorías del delito, como sucede con la ampliación de los contornos de la omisión impropia y la consideración de posiciones de garante que provienen irreflexivamente de otros ordenamientos³⁹. En suma, estamos asumiendo el riesgo de que el Derecho Penal se convierta en un sector (el socioeconómico) en un Derecho meramente sancionatorio, en el que el paradigma es la infracción de deberes, en desmedro del “clásico” Derecho Penal fundado en la ofensa a los bienes jurídicos. El efecto potenciador del retroceso en los principios y categorías penales ganadas durante los últimos dos siglos, es pues, una amenaza real y latente.

La pregunta es: ¿Estamos dispuestos a seguir utilizando el Derecho Penal para prevenir las conductas de estos delitos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos socioeconómicos? O realizando la pregunta en los

³⁸ Con la terminología de HASSEMER, es decir, al Derecho Penal que nació con el Estado Liberal y respondía a la protección de bienes jurídicos individuales. No se hace necesariamente referencia a la Escuela Clásica.

³⁹ Tal sucede, por ejemplo, con los delitos de omisión del titular de la empresa por los delitos que cometen sus subordinados. Aquí se toman los deberes de los titulares de las sociedades que provienen del Derecho Mercantil, sin reflexionar que estamos ante otro ordenamiento donde está de por medio las garantías de los ciudadanos.

términos de la amenaza a las garantías del sistema penal: ¿Es posible asumir la posibilidad de que una ingente normativa y una serie de concepciones doctrinales que la sustentan puedan sacrificar los principios consolidados del Derecho Penal a los efectos de responder a una demanda políticocriminal eficiente? Como todas las preguntas complejas, las respuestas no pueden ser simples en un sentido afirmativo o negativo. La solución quizás deba sintetizarse en la frase: sí, pero en determinados casos, bajo determinadas condiciones. A explicar esta solución llegaremos, al final del trabajo, cuando se hayan analizado todos los presupuestos que la sustentan.

Por ahora conviene delinear la discusión en los aspectos generales de la diferencia entre injusto penal e injusto administrativo. Considero que no se puede sostener que entre ambos hay sólo una diferencia de grado. Como agudamente sostenía ya Antón Oneca⁴⁰, si bien en las zonas fronterizas se puede constatar una diferencia cuantitativa, en la medida que se va llegando a los puntos extremos las diferencias cuantitativas valen tanto como una cualitativa⁴¹. Así, aunque en algunos ilícitos las diferencias de grado (tope de cuantías, por ejemplo) hayan servido para deslindar claramente entre unos u otros, como en las infracciones tributarias, de tránsito, o las faltas contra el patrimonio o las propias lesiones, en estos casos debe entenderse, al igual como sucede con la edad penal, de una delimitación políticocriminal que responde a consideraciones generales de oportunidad en la intervención penal⁴², pero ello no quiere decir que optar por una vía penal o no penal no tenga consecuencias sustanciales.

Entonces, habrá que distinguir distintas esferas o “especies”: Hay ámbitos que indefectiblemente deben pertenecer al Derecho Penal nuclear (delitos contra la vida, la libertad sexual, en general las figuras que tutelan bienes jurídicos fundamentales), porque se trata de la protección de los bienes jurídicos básicos para la organización y subsistencia de la Sociedad. Por otro

⁴⁰ Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, anotado y corregido por Julián Hernández y Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986, 2ª ed., p. 22.

⁴¹ Así lo entienden también otros autores Cfr. TORIO “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en Estudios sobre la CE en Homenaje a García de Enterría, Madrid, Iuris, 1991, T. III, págs. 2538-2539: “La referencia a un momento solamente gradual, o cuantitativo, entre ambos campos es quizás poco rigurosa... La inviabilidad material o lógica de los criterios cualitativos o cuantitativos ha despejado el camino para hallar la pauta metódica desde la cual el problema puede ser finalmente abordado. Esta pauta tiene un carácter normativo, es decir, valorativo”. Con posiciones muy próximas JAKOBS, *Derecho Penal. PG* ob. cit., pág. 68 “No hay posibilidad de caracterizar cualitativamente a las contravenciones. Lo que sí puede señalarse es aquello que nunca puede ser contravención, sino sólo infracción penal o exento de todo castigo: la infracción de las normas del ámbito central o nuclear, por difusas que sean sus límites” (el subrayado es mío). En sentido similar también GÖHLER, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, ob. cit., pág. 12: “Existe un ámbito nuclear (*Kernbereich*) del Derecho Penal cuyo deber es proteger los valores fundamentales de la vida en Sociedad”.

⁴² Donde finalmente se establece un tope general, que como se ha sostenido comunmente, es ciertamente consensual, al no responder a ninguna diferencia de naturaleza óptica.

lado, hay esferas que no pueden estar en el ámbito penal porque sancionan meras infracciones del deber o desobediencias, las cuales tendrían un lugar “natural” en el Derecho Administrativo sancionador (el Derecho disciplinario, por ejemplo). Luego habrá zonas discutibles, figuras que se puede cuestionar su legitimidad dentro de la esfera penal, ya sea porque no protejan bienes jurídicos fundamentales para la Sociedad, el grado de ataque es lejano a la ofensividad, se tratan de bienes jurídicos derivados de otros que ya lo son, se trata de conductas que ya pueden sancionarse penalmente con otras figuras vía concursos. Algunos supuestos sólo se pueden plantear con diferencias cuantitativas, otros por el modo de ataque, otros por la materia que requiere una regulación previa ingente que está intrínsecamente vinculada, por lo cual la eficacia y la especialidad recomiendan un tratamiento fuera del CP⁴³, etc. Lo que está claro es que las conductas de mayor dañosidad social permanecerían en el Derecho Penal y las más leves en el Derecho Administrativo sancionador; el problema siempre está presente en las zonas intermedias.

Para estas zonas intermedias, habrá que precisar criterios claros valorativos o normativos que sirvan al legislador para decidir sobre la idoneidad de uno u otro sistema de imputación, el del injusto penal o el del injusto sancionador. Para ello, entonces, hay que aplicar indefectiblemente los principios de subsidiariedad y fragmentariedad en su genuina expresión, esto es aplicar el principio de *ultima ratio* o *extrema ratio* para la intervención penal y utilizar el Derecho Administrativo sancionador u otros recursos jurídicos y/o no jurídicos, cuando sean por lo menos igual de eficaces para conseguir el comportamiento deseado⁴⁴.

Si, según se propone el injusto penal estaría fundamentado en el desvalor social de la conducta y el injusto administrativo, lo estaría en la desobediencia al Estado, habría que reflexionar sobre el alcance y los contenidos mínimos de conceptos como dañosidad social, ofensividad, bien jurídico-penal, desvalor de resultado, antijuricidad penal y todos ellos, nos podrían dar luces sobre los contornos máximos del injusto penal.

⁴³ Es el caso de las infracciones contra la competencia, que aquí se regulan conforme a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. La oportunidad de la regulación fuera del ámbito penal no ha sido discutido por la doctrina por su eficacia. No obstante, hay que recordar que en otros países estas infracciones (con las mismos supuestos de hechos y consecuencias jurídicas) son consideradas penales. Cfr. TIEDEMANN “Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales”, en *EPC*, N° VI, 1983, pág. 309.

⁴⁴ Hay que decir que con el Derecho administrativo sancionador también se logran los efectos preventivos deseados. No se puede negar que las multas de tráfico están constituyendo un instrumento idóneo para que la ciudadanía condicione comportamientos (de exceso de velocidad, consumo de alcohol) y que los ciudadanos que han sido sancionados no vuelvan a realizar la infracción. Claro está que la eficacia de las mismas está conectada, muchas veces, con propaganda publicitaria, campañas educativas, etc., pero esto no desdice de su carácter preventivo.

Antes de pasar a analizar todos estos temas, hay dos cuestiones vinculadas a esta discusión, que son de suyo esclarecedoras y enriquecedoras del análisis. Me refiero al debate de si las figuras modernas socioeconómicas que nos preocupan deben ser reguladas dentro del CP o en leyes especiales. Y, también, la cuestión tan debatida de si deben trasladarse todas las garantías del ordenamiento penal al Derecho administrativo sancionador y en qué términos. Ambos asuntos tienen que ver con el futuro del Derecho Penal, esto es, si estamos tendiendo hacia sub-especies del sistema penal, con categorías cuasi-penales, no totalmente encuadrables dentro de las categorías actuales, o debemos seguir pensando en un Derecho Penal monolítico, en el que se debe bregar por el mantenimiento de las garantías y los principios alcanzados.

5. El proceso de de-codificación de la legislación penal: las relaciones entre Parte General y Parte Especial.

Todos estos temas están siendo estudiados especialmente por la doctrina italiana, porque su experiencia legislativa ha puesto en el tapete estas cuestiones, fruto de la discusión de la reforma penal. Como se sabe, Italia, pese a ser un país post-moderno en su desarrollo social y económico, está siendo regulado por el Código Rocco de 1930. El carácter vetusto del CP explica que todas las nuevas incriminaciones, sobre todo los delitos económicos, se hayan producido con una legislación especial. Por eso se habla del “fenómeno de decodificación de la materia penal económica” y se preguntan por la redefinición del rol central y protagónico del código en el ámbito del sistema penal, especialmente, si esta nueva legislación debe respetar los principios generales del CP o puede diseñar principios propios.

Esta decodificación de la ley penal, el carácter sancionatorio y la inflación penal son fenómenos estrechamente vinculados, porque responden a una misma lógica, la crisis del concepto de bien jurídico y de la configuración liberal de las técnicas de intervención penal⁴⁵. En efecto, se constata un proceso similar al seguido por el CC en los siglos pasados, donde la especialidad y complejidad de las materias que reclaman una intervención penal, requieren de una normativa especial y exhaustivamente reglamentada.

Se produce, pues, una “erosión centrífuga” del proceso de codificación penal iniciado en el siglo XIX, donde la tutela de nuevos bienes y las nuevas formas de agresión propias de la evolución social y tecnológica de nuestros días, recomiendan una regulación pormenorizada de las infracciones y sanciones⁴⁶. La pregunta es ¿El CP mantendría su propia función

⁴⁵ Cfr. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, ob. cit., pág. 433.

⁴⁶ FOFFANI, op. ult. cit., pág. 434.

esencial de garantía, cumpliendo con el rol de sede natural de los principios generales del sistema? O, ¿nos encontramos frente a la disgregación del Derecho Penal con la existencia de varios sub-sistemas con reglas de aplicación propias?

Aquí hay un tema de fondo previo, debe recordarse que el proceso de codificación del Derecho Penal iniciado el siglo pasado y el desarrollo dogmático que le ha acompañado, responden a una fenomenología delictual muy distinta a la existente actualmente, centrada fundamentalmente en el homicidio, en la protección de bienes jurídicos individuales, realizada por sujetos individuales. La teoría del delito, el sistema de conocimientos científicos más acabado sobre el comportamiento prohibido al que se le asocia una pena, cuyo desarrollo se produce fundamentalmente con el positivismo, se ha construido metodológicamente en base a la generalización inductiva de las normas vigentes, a partir de las cuales se han derivado los conceptos y las instituciones penales⁴⁷. Luego, cuando los principios fundamentales tuvieron anclaje en el texto constitucional, se produce una metodología legitimadora deductiva a partir de estos principios generales. De ahí que se hable de la “generalidad” de la teoría del delito y de la constante antinomia entre los métodos inductivos y deductivos, donde las exigencias de “aplicación” de lo abstracto a lo concreto, de individualización del *nomos*, produce una constante búsqueda de mediación entre la “tiranía” de ambos métodos⁴⁸.

Dicha “generalidad” de la teoría del delito que se expresa en los conceptos dogmáticos (causalidad, imputación objetiva, resultado, dolo/ culpa, culpabilidad, autoría y participación, etc.) ha sido edificada sobre paradigmas parciales del homicidio y las lesiones, específicamente bajo una dimensión naturalística del delito, donde las categorías fueron pensadas bajo tipologías de conductas centrada en la ofensa del bien jurídico (el resultado) y realizada por un sujeto individual. Las categorías fundamentales, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, son pues, construcciones generales diseñadas a partir de un hecho naturalístico realizado por una persona con voluntad⁴⁹.

La cuestión cardinal es que dicha “Parte General” ha servido constantemente para solucionar los problemas de la “especie”, de la “Parte Especial”. Se produce así, un perseverante esfuerzo de readaptación de la “especie” a la

⁴⁷ Cfr. PALIERO “L’autunno del Patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penal dei codici?”, en *RIDPP*, 1994, pág. 1242 y DONINI “Selettività e paradigmi della teoria del reato”, en *RIDPP*, 1998, pág. 390.

⁴⁸ Cfr. con extraordinaria claridad DONINI “Selettività e paradigmi della teoria del reato”, ob. cit., págs. 350-353.

⁴⁹ Cfr. DONINI, op. ult. cit., págs. 366-367. Además, Cfr. PALIERO “Il alutunno del patriarca”, ob. cit., pág. 1242, donde resalta “el déficit de representatividad” de las “Partes Generales” elaboradas sobre paradigmas demasiado parciales.

“generalidad”, de sumiso pero científico proceso de verificación empírica⁵¹. En este proceso de readaptación, se expresa la dialéctica del método deductivo e inductivo, donde la tiranía y el efecto totalizante de los principios (del método deductivo) tiene el atractivo de legitimar la intervención penal y dar garantías a los ciudadanos. La lógica deductiva es, pues, bastante más fascinante porque los principios se imponen como dogmas, como premisas insoslayables, como paradigmas, como categorías obligatoriamente vinculantes; mientras que la lógica inductiva más vinculada a la realidad y a la política legislativa, se nos presenta siempre con la duda del interés o la funcionalidad pragmática de la eficacia, alejada de los valores que se asientan en la base del sistema.

Pero, si el objeto del Derecho Penal es la ley penal positiva, se puede constatar que en muchas materias penales, las generalizaciones de la Parte General no corresponden con las categorías que se inducen de la Parte Especial, v. gr., la taxatividad del tipo penal es defraudada con las normas penales en blanco, el dolo como voluntad de lesionar el bien jurídico no se puede constatar en muchos preceptos, la distinción error de tipo y error de prohibición es difícilmente realizable en elementos normativos conglobantes, etc. etc. Esta constatación ha dado lugar a una “crisis de identidad” o “crisis del poder definitorio” o “crisis de representatividad” del Derecho Penal⁵².

Como dice Paliero⁵³ hay dos tipos de Derecho Penal en la realidad jurídica, italiana y europea, que se enfrentan entre sí: un “ideal-tipo” que corresponde al Derecho Penal “clásico” que todos conocemos y enseñamos en las aulas, en el que la elaboración dogmática prima como método de análisis y, frente a él, coexiste un “real-tipo” “moderno” del Derecho Penal que evoluciona legislativamente, al amparo del desarrollo de la realidad social, en el que el método que prima es la Política Criminal. Este aspecto dialéctico del Derecho Penal que es su constante, a lo largo de todo su desarrollo histórico, es una muestra de sus funciones antitéticas de garantía y libertad, eficacia y garantías, prevención y represión, funciones reales y funciones latentes; la búsqueda del equilibrio es el reto de todos los tiempos⁵⁴.

⁵¹ Cfr. TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1969, págs. 28 y 22, quien destaca la necesidad de repensar “en el campo” la especialidad de las funciones del “hecho típico” en relación al sector del Derecho Penal complementario y de la Economía.

⁵² Cfr. DONINI “Selettività e paradigmi della teoria del reato”, ob. cit., págs. 370 y 371. Y también de los juristas, muchas veces academicistas aferrados a preceptos y dogmas, sin capacidad de reacción frente a la política legislativa eficientista. Llama la atención, cómo el jurista se está quedando relegado a un segundo plano en su función de agente regulador de los conflictos sociales. También Vid. PALIERO, “Il autunno del patriarca”, ob. cit., pág. 1229, quien señala cómo curiosamente, la dogmática, que normalmente “llega después” de la norma, ha consolidado el devenir de la legislación y de la praxis, directamente condicionada por el derecho penal “viviente”.

⁵³ “Il autunno del patriarca”, ob. cit., pág. 1226.

Estas transformaciones reales del Derecho Penal que están sucediendo vertiginosamente en los últimos tiempos, de las cuales el CP de 1995 no se ha apartado un ápice (pues, buena muestra lo son la incorporación de los delitos socioeconómicos, con muchas figuras que no responden al tipo penal “clásico”), parecen ser una muestra de “un cambio de paradigma”⁵⁵ que se está efectuando en el sistema penal. En efecto, una mirada atenta a la legislación última de nuevo cuño, nos permite verificar que el modelo “clásico” de delito no se manifiesta en un porcentaje bastante elevado de ellos. Un síntoma, a nuestro entender, bastante evidente de esa falta de representatividad de la Parte General es el que se establezca que las personas jurídicas no son sujetos activos de delitos, pero en la Parte Especial, prácticamente todos los delitos socioeconómicos pueden y son en la realidad realizados por ellas.

La realidad fenomenológica de la criminalidad moderna es totalmente distinta, a la que sirvió de modelo a la codificación del siglo pasado y se puede decir, que es mutante, diversificada, compleja, variable⁵⁶. De ahí, que el “cambio de paradigma” que se propone es el de analizar inductivamente la nueva criminalidad, por áreas fenomenológicas. Se trata de una óptica criminológica, visualizando los nudos problemáticos de cada campo de la criminalidad⁵⁷.

En la confrontación entre las dos soluciones extremas: el mantenimiento “maximalista” de los principios penales en todo el sistema penal, y la conservación o el incremento de penas y delitos para hacer frente a nuevas formas de ilícitos que van presentándose en la Sociedad, se encuentra la discusión fundamental Hoy de la legitimidad del Derecho Penal.

En una perspectiva pues de futuro, se observan “fuerzas centrífugas” que tienden a la conformación de sub-sistemas: el D P tributario, urbanístico, ambiental, alimentario, financiero, de la banca, laboral, societario, de la criminalidad organizada, del menor, etc.⁵⁸ Pero también hay “fuerzas centrípetas” que tienden a “administrativizar” el Derecho Penal, despojándole de sus garantías fundamentadas en los principios de lesividad y culpabilidad. Como

⁵⁴ Claramente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 193, para quien los fines del Derecho Penal están en permanente tensión y la Política Criminal no es más que la expresión puntual del estado de equilibrio, más o menos inestable, entre las finalidades básicas del entramado jurídico-penal en un determinado momento histórico.

⁵⁵ La expresión es de PALIERO “Il autunno del patriarca”, ob. cit., 1233.

⁵⁶ Especialmente la criminalidad organizada, ha demostrado una extraordinaria capacidad de transformación, aprovechando cualquier resquicio de impunidad.

⁵⁷ Cfr. PALIERO “Il autunno del patriarca”, ob. cit., 1233.

⁵⁸ En este proceso de-codificador, en lo que respecta a la materia económica, podría verse definido en términos de re-codificación, bajo una lógica de formación de un poli-sistema que gravita alrededor de la empresa. Cfr. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, ob. cit., pág. 449. Sobre la formación de un futuro Gran Derecho Penal de la Empresa, Vid. también: PALIERO “Il autunno del patriarca”, ob. cit., 1247.

acertadamente manifiesta Donini⁵⁹, hoy en día “no es el ‘penal’ que domina la escena, sino el “extra-penal”: el ilícito (penal) parece un ‘apéndice’ de la antijuricidad (general o extrapenal)” .

Ante esta situación, hay dos cuestiones que cobran vida en el debate moderno. Primero, la necesidad de mantener “un núcleo duro” del Derecho Penal fundamentado en la dañosidad social, la lesividad, el Derecho Penal del hecho, en el mejor sentido de la tradición iluminista⁶⁰. Y, segundo, dejar muchas de las nuevas formas de infracciones que más que proteger bienes jurídicos fundamentales de la Sociedad, protegen funciones⁶¹, esto es, objetivos de organización política, social, económica, contextos para el desarrollo de los derechos individuales, para otras formas de control social, como el Derecho administrativo, Derecho civil, Derecho de seguros, disciplinario, políticas sociales, etc., en claro respeto al principio de subsidiariedad.

Considero que en estos momentos de embate legislativo, de acrecentamiento de los poderes públicos en la intervención de la vida de los ciudadanos propias del carácter Social del Estado, cobra especial relevancia el principio de subsidiariedad, para determinar cuándo intervenimos con el Derecho Penal, dejando ese “núcleo duro” del sistema de control social para la protección de los bienes jurídicos más graves, frente a sus ataques más importantes (principio de fragmentariedad)⁶² y privilegiando los otros instrumentos de control social, que pudiendo ser más eficaces y menos lesivos, deben intervenir primariamente (carácter secundario del Derecho Penal). Principio de subsidiariedad conectado con el principio de proporcionalidad que debe regir toda forma de intervención de los poderes públicos, pues siendo toda sanción pública (esto es, que no es meramente compensatoria, sino tiene fines preventivos y aflictivos) una privación de bienes jurídicos impuesta por órganos públicos (ya sea administrativo o judicial), debe respetar los principios de necesidad y menor lesividad posible para legitimar cualquier forma de coacción pública.

⁵⁹ DONINI “Selettività e paradigma della teoria del reato”, ob. cit. pág. 388.

⁶⁰ Claramente en Alemania, Hassemmer y sus seguidores, Naucke, Lüdersen, la llamada Escuela de Frankfurt. En Italia Vid. DONINI “Selettività e pargidmi della teoria del reato”, ob. cit., pág. 386; MOCCIA “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos liberales”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, págs. 138 y 139. En la doctrina española, Vid. reivindicando la cultura del garantismo iluminista, MORALES PRATS “Funciones del Derecho Penal y Sociedad Civil”, en RdPP, N° 1, 1999, p. 24.

⁶¹ MOCCIA “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos ileberales”, ob. cit., pág. 118. Siguiendo a HASSEMER “Il problema del bene giuridico e la scelta delle snzioni”, en DDDP, 1984, pág. 108 y PADOVANI “Il problema del bene qiuridico e la scella delle pansioni” en DDDP, 1984, pág. 119.

⁶² Los alcances exactos de esta propuesta conectar en la concepción del bien jurídico y las técnicas de tipificación.

6. La propuesta de mantener un “núcleo duro” del Derecho Penal y las garantías.

La propuesta de mantener un “núcleo duro” del Derecho Penal sólo puede considerarse más expansiva de la libertad de los individuos y, por tanto, más progresista en la meta de avanzar en el alcance de mayores cuotas de realización efectiva de los derechos humanos, si llevamos todo el sector sancionatorio menos grave de las infracciones públicas al Derecho Administrativo sancionador. Es decir, si se trata de minimizar la intervención penal, entendiéndose que ésta es la forma más grave de coacción que posee el Estado sobre los individuos.

Queda por ver si para ese sector y para todo el ordenamiento administrativo sancionador se puede predicar las mismas garantías y categorías que existen en el ámbito penal. En este punto se observa un cierto temor de algunos autores por asimilar principios y garantías en todo el ordenamiento sancionador, como si al plantear la asimilación el Derecho Penal se va a “administrativizar”, es decir, perder los principios que durante siglos se han consolidado en el saber penal. El Derecho Penal perdería así su autonomía y se vería conformado por las reglas extra-penales, disminuyendo en taxatividad, ofensividad y culpabilidad⁶³. En suma, eso puede suceder si legitimamos como “penal” las nuevas formas de incriminación que han proliferado en los países postindustriales de esta última década⁶⁴.

⁶³ Especialmente preocupado por este tema se muestra DONINI “Selettività e paradigmi della teoria del reato” ob. cit., passim., especialmente pág 393, donde sostiene las diferencias “cuantitativas” entre las áreas del ilícito penal y el ilícito administrativo, no debe llegar al “género” común de un específico Derecho punitivo que transformaría fácilmente el Derecho Penal ‘criminal’ en un Derecho Penal de autor, más que del hecho. Quizás este temor esté fundado en la observación de la experiencia alemana. Vid. siguiente nota. También se observa este resquemor en CID MOLINÉ “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de identidad de garantías entre las sanciones punitivas”, en *RAP*, N° 140, 1996, pág. 141, quien al encadenar la siguiente argumentación, postula garantías menores para los ilícitos administrativos: a) el criterio relevante de clasificación de las sanciones de cara a la atribución de garantías es el de severidad; b) las sanciones materialmente penales deben imponerse, dada su extraordinaria gravedad, con las máximas garantías...c) en atención al principio de *ultima ratio*, la utilización de sanciones materialmente penales deberá limitarse a los casos en que no exista posibilidad de proteger los bienes con sanciones de menor gravedad; d) para que las sanciones de menor gravedad puedan operar como efectivo medio de tutela será necesario un incremento del grado de certeza de la sanción, el cual requerirá, en determinados casos, una moderación de las garantías con las cuales se impongan tales sanciones; y e) la competencia –judicial o administrativa– para tutelar bienes mediante sanciones no materialmente penales deberá decidirse en atención a dos criterios, la gravedad de las sanciones y la capacidad de tales órganos para desempeñar con certeza la función sancionatoria”.

⁶⁴ Cuestión que critica DONINI “Selettività e paradigmi della teoria del reato” ob. cit., pág. 389-390, como experiencia sucedida en Alemania. “el idealismo alemán que ha abolido las contravenciones, manteniendo numerosos tipos de peligro abstracto-presunto en la inobservancia de reglamentos administrativos, procesales, etc. y reconfortándose a sí mismos el haber realizado la *extrema ratio*”, sólo porque se aplica en concreto la pena privativa de libertad.

Para dar una solución al asunto de si es procedente asimilar todos los principios y categorías del Derecho Penal al Derecho administrativo sancionador, considero que no tiene por qué conectarse con las características de la sanción privativa de libertad que ha regido todo el desarrollo de la disciplina en los últimos siglos, tal como se está proponiendo últimamente⁶⁵. Según esta postura, se legitimaría el desarrollo dogmático garantista y la rigidez de los principios del Derecho Penal por la pérdida de bienes jurídicos personalísimos, como sucede con la pena privativa de libertad, sanción penal por excelencia hasta hace muy poco tiempo.

Pero, si bien comparto el razonamiento de que la configuración del delito, sus principios y categorías, tiene una dependencia directa de la sanción penal, la pena, su configuración y su teleología⁶⁶, no considero que este argumento pueda servir para renunciar a una asimilación de garantías para el Ordenamiento Administrativo sancionador.

Que para el núcleo duro del Derecho Penal, en el que normalmente se protegen bienes jurídicos fundamentales para la Sociedad, se sancione normalmente con pena privativa de libertad y, por tanto, las exigencias para su sancionabilidad sean extremas, no se desprende lógicamente que tengamos que renunciar al paradigma penal (garantías y principios de atribución) para sancionar con otros instrumentos menos personalísimos, pero que igualmente pueden ser aflictivos y preventivos, como puede ser una multa administrativa grave.

Hay varios factores que deben tenerse en cuenta para reflexionar sobre la conexión ilícito penal y pena privativa de libertad a los efectos de predicar garantías sólo para el sector del núcleo duro del Derecho Penal. Primero, debe meditarse sobre el peso específico que actualmente tiene la pena privativa de libertad en las sociedades postindustriales. Si analizamos concienzudamente el significado real de la pena privativa de libertad en las sociedades postmodernas, como se ha podido ver anteriormente, se puede constatar que ha dejado de ser –felizmente– la pena por excelencia, pasando más bien a ser una consecuencia jurídica residual, en países como Alemania o Italia⁶⁷. Si esto es así allí y ahora, en perspectivas de futuro se puede sostener que la

⁶⁵ El primero en exponer la vinculación entre calidad de la pena y calidad del delito fue FERRAJOLI *Derecho y Razón*, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Trola, 1995, págs. 387-389. También argumenta en este sentido SILVA, *La expansión del Derecho penal*, ob. cit., pág. 116.

⁶⁶ Porque la gravedad de la pena, sus fines, su carácter de *ultima ratio* han condicionado el contenido del ilícito penal y proque cierta proporcionalidad o “retribucionismo” históricamente determinado lo explica.

⁶⁷ Recordemos el análisis de ROXIN “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo”, ob. cit., pág. 452: “En el año 1882, el 76,8% de todas las condenas en Alemania se refería a una privación de libertad efectiva, y el 22,2% a una multa. Poco menos de 100 años más tarde, en 1990, las privaciones efectivas de libertad solamente alcanzaban a 5,3%, es decir sólo una quinceava parte aproximadamente”.

tendencia es a ir limitándola cada vez más y en su lugar se tiende a la revitalización de las penas alternativas pecuniarias y restrictivas de derechos⁶⁸.

Además, una revisión de las transformaciones últimas en el ámbito de las consecuencias jurídicas en la esfera penal, nos permite afirmar que la tendencia moderna es que éstas no se centren en la persona en sí, sino en sus bienes personales, en su patrimonio o en sus derechos. En efecto, si bien el Derecho Penal tradicionalmente centró su sanción en el propio autor, en la persona, hoy coexisten y en muchos casos se aplican más, consecuencias jurídicas que salen de la esfera personal para atacar el patrimonio criminal, el instrumental del delito (que puede ser una persona jurídica) o al propio ente, como lo hacen las nuevas sanciones de comiso y consecuencias accesorias. Como más arriba se ha analizado, la tendencia actual es transferir la discusión de la intervención penal en la clase y cantidad de las consecuencias jurídicas; y, si éstas están tomando vida, no son precisamente las penas privativas de libertad. En definitiva, si la pena privativa de libertad está en retroceso y justamente es otro el elenco de penas que en los momentos actuales centran la atención de la Política Criminal, no creo que sea recomendable centrar el núcleo duro del Derecho Penal en los delitos a los que se le impone pena privativa de libertad⁶⁹, sino más bien en el injusto penal que signifique dañosidad social. También porque esto traería consigo una serie de inconvenientes. Primero, se podría burlar fácilmente la rigidez de los principios, decidiendo el legislador no sancionar con pena privativa de libertad, aunque se trate de injustos y de sanciones graves. Esto significa que esta propuesta no resuelve la problemática de fondo de dar pautas al legislador cuándo se reacciona con el instrumento penal y cuándo con la sanción administrativa. Por otro lado, se dejaría consolidar un Derecho Penal de la pena privativa de libertad, donde todos sabemos irían a parar sólo los desheredados de la Tierra, cuestión por la que creo no debe darse ni un paso en su legitimación. Mientras que la “administrativización” de todas las infracciones económicas, puede producir “una peligrosa bagatelización de los *white collar crimes*”⁷⁰. Si algo se había avanzado desde la denuncia de la criminología crítica en contrarrestar el carácter desigual de la intervención penal con la criminalización de conductas realizadas por los poderosos, con esta propuesta se daría un retroceso importante en este camino, consolidando la pena privativa de libertad para los delincuentes calle-

⁶⁸ Cfr. ROXIN ob. ult. cit., pág. 452: “El desarrollo políticocriminal se seguirá apartando, entonces de la pena privativa de libertad”.

⁶⁹ Por lo demás, si éste fuese el criterio para definir el campo estrictamente penal, en el CP de 1995 quedarían muy pocos delitos fuera de esta clasificación.

⁷⁰ Estas palabras son de PALIERO “La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, en AA.VV., *Hacia un DP económico europeo libro Homenaje a K. Tiederman*, Madrid, MN. de Justicia, 1995, pág. 480.

jeros y para los delincuentes de cuello blanco existirían sanciones pecuniarias que, incluso se podrían asegurar o privatizar.

Es decir, el problema no es la ampliación del Derecho Penal en relación a la pena privativa de libertad, sino el problema es la expansión de la capacidad sancionatoria del Estado en general, sin limitaciones, sin controles. Dado que el extraordinario incremento de este poder sancionatorio es fruto de las modernas tareas de regulación social y económica del Estado Social, es prácticamente iluso plantear un retroceso en este aspecto, por lo que el peso de las garantías cobra especial importancia.

Entendiendo las garantías en su significado fundamental, no sólo vinculadas a la calidad y cantidad de la sanción, sino de acuerdo a su función esencial que no es otra que limitar el arbitrio de los poderes públicos para intervenir en los bienes jurídicos de los ciudadanos⁷¹. Precisamente en estos momentos, que por sus propias funciones sociales el Estado tiene que intervenir en la vida social y económica, adquiere la mayor relevancia el predicar la actualidad de las garantías penales –las de mayor desarrollo sistemático–, para contrapesar ese embate de nuevas incriminaciones y nuevas sanciones.

Si vamos a la *ratio* de las garantías, de la construcción sistemática de la teoría del delito, de la rigidez de los criterios de atribución, su desarrollo en el ámbito penal no se debe sólo a que se sancionaba⁷² primordialmente con pena privativa de libertad, sino fundamentalmente para limitar el poder del Estado, es decir el *ius puniendi* del poder político. Como sostiene Díez Ripollés⁷³ “...no deberíamos olvidar cuál ha sido el origen de ese enérgico impulso hacia la depuración conceptual y sistemática... La razón de fondo, digámoslo claramente, es la persistente y profunda desconfianza del penalista hacia el poder público, del que teme un uso arbitrario del sistema de sanciones que el Derecho Penal le posibilite...”. Es decir, garantías y criterios de atribución son –o deben serlo– una constante búsqueda de control y limitación para que el poder político no pueda ser arbitrario y omnipotente. Además, como se sabe, las garantías sustantivas y materiales, así como las categorías sistemáticas que las expresan, representan una serie de “filtros” para asegurar que los poderes represivos se ejerzan rectamente y sobre los verdaderos sujetos que son responsables de los hechos que se imputan⁷⁴. Entonces, las garantías penales son

⁷¹ Como dice FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, ob. cit. pág. “La función específica de las garantías en el derecho penal, en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimizar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva”. También expresa este transfondo de los principios y garantías DIEZ RIPOLLÉS “Exigencias sociales y política criminal”, ob. cit., pág. 51:

⁷² Hablo en pasado porque, como ya se vió, en los países postindustrializados esta pena viene a ser residual; pero hay que reconocer que en otros países todavía no lo son.

⁷³ “Exigencias sociales y política criminal”, ob. cit., pág. 51.

⁷⁴ En este sentido SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, ob. cit., pág. 53, quien prosigue: “Las garantías constitucionales se establecen porque así lo exige el derecho constitucional de defensa que asiste a todos

expresión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

Y si ahora el *ius puniendi* se expresa también –y a veces mayoritariamente– en otro ámbito sancionatorio no propiamente “penal”, en el sentido de otros injustos (administrativos) y otras sanciones (cualitativa y cuantitativamente distintas), debemos preocuparnos de las garantías y de los principios de atribución también en ese ámbito, porque sino estaríamos dejando en manos del Estado la potestad de intervenir en la vida y bienes de los ciudadanos de manera excesiva, con un mero “fraude de etiquetas”.

7. Hacia un sistema sancionatorio general: el traslado de los principios y garantías penales al Derecho Administrativo sancionador.

¿Por qué conviene mantener el paradigma penal de principios y garantías y trasladarlos a todo el sistema sancionatorio del Estado?

Primero, porque nos aseguramos un mínimo de rigidez en las garantías y en los criterios de atribución, para no dar la posibilidad de soslayarlos con un cambio de ordenamiento, o con un cambio de competencias de los órganos que las aplican. Segundo, porque el sistema de garantías y de criterios de atribución plasmados en la teoría del delito es el más elaborado y se encuentran ya sistematizados los problemas fundamentales de la atribuibilidad de una sanción pública (causas de justificación, error, participación, etc.), por lo que ha servido y sirve de modelo para otras ramas del ordenamiento jurídico⁷⁵.

Y, tercero, porque los ámbitos penal y administrativo están estrechamente relacionados en algunas materias, como las socioeconómicas. Tal como sostiene Paliero⁷⁶, “existen esferas de actividad cuyo control se reparte, de manera dosificada, entre el instrumento penal y el instrumento administrativo sancionador: La experiencia neocapitalista ha demostrado que existen sectores en los cuales la sinergia de los dos modelos represivos resulta indispensable para llevar a cabo una racionalización del (sub)sistema de control”. Por tanto, distinguir cualitativamente ambos ilícitos en lo atinente a garantías y criterios de atribuibilidad, podría llevar a incoherencias sistemáticas, en claro desmedro de los principios de unidad del ordenamiento y de seguridad jurídica.

los ciudadanos. Eso es cierto, pero también lo es que dicho derecho está, en último término, al servicio del esclarecimiento de la verdad. Se trata, en fin, de evitar algo tan simple como el castigo del inocente”.

⁷⁵ Cfr. Díez RIPOLLÉS, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de Razón Práctica*, Nº 85, 1998, pág. 51 cuando se refiere al desarrollo de la dogmática jurídico-penal. “Creo que puede sostenerse sin riesgo de exageración que su nivel de precisión y sutileza han superado al existente en cualquier otro sector de ordenamiento jurídico; hasta el punto que la teoría general del derecho se está elaborando en la actualidad en buena parte en torno a la dogmática jurídico-penal, frente a tradiciones precedentes centradas en la dogmática jurídico-civil”.

⁷⁶ “La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, ob. cit., pág. 479.

Se puede objetar que “la tiranía de los principios” impide una lucha eficaz contra determinada criminalidad. Considero que el tema de la posible necesidad de “flexibilizar” los principios –cuestión de obligada exigencia, por otra parte, en algunos casos– no se debe sólo a las demandas de eficacia, sino más bien a las configuraciones de las materias en juego, en concreto a las características del bien jurídico, sus formas y sujetos de afectación. Lo que quiero decir es que, si en algunos casos existirán infracciones que no respeten en su totalidad el principio de lesividad al sancionar meros ilícitos de peligro abstracto, no es sólo por una mayor efectividad en la persecución, sino, sobre todo, porque hay materias que requieren una regulación preventiva previa, contenedora de los riesgos, como puede ser el medio ambiente o las infracciones societarias.

Es decir, necesariamente tenemos que contar con la ampliación o flexibilización de los principios, pero esta extensión de las garantías, debe hacerse desde el núcleo de los principios penales, quienes mantendrían su función de paradigma de todo tipo de sanción pública. Lo importante será determinar, entonces, cuál es ese núcleo del ilícito penal y sus garantías, digamos cuál es el contenido esencial del ilícito penal centrado en la dañosidad social, donde yace el substrato infranqueable de las garantías en toda su rigidez; y, luego, un segundo nivel, donde se extenderían de ese núcleo esencial los principios, disminuyendo sus exigencias, confin donde no podría darse la intervención penal y se tendría que reaccionar con otros recursos distintos a los penales.

Además, si observamos detenidamente, el verdadero problema de las garantías se reduce a los principios de ofensividad y culpabilidad, ya que el principio de legalidad es una garantía que el art. 25.1 CE consagra con carácter general para todo tipo de sanciones. Concretamente, respecto al principio de lesividad, los formas jurídicas que entran en colisión con sus máximas se condensan en las infracciones que por proteger formas de organización social generales no alcanzan el carácter de bien jurídico penal, o por la lejanía de la lesión al bien jurídico se trata de meros peligros abstractos o hipotéticos. Manteniendo el núcleo de la dañosidad social en el ámbito penal, con la protección de bienes jurídicos fundamentales (individuales y colectivos), dichas infracciones caben fácilmente en el ordenamiento administrativo sancionador.

Por otro lado, respecto al principio de culpabilidad la dificultad más grande para conciliar las máximas penales y el uso del ordenamiento sancionador, es la cuestión de la sancionabilidad a personas jurídicas. La dificultad más grande para conciliar las máximas penales y el uso del ordenamiento sancionador, es la cuestión de la aplicación de los criterios de dolo o culpa a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Tratado este aspecto por la STC 246/1991 sobre vinculaciones injusto penal e injusto administrativo, el TC ha señalado que el principio de culpabilidad le es aplicable a este último

“con matices”, porque no es admisible un régimen de responsabilidad objetiva. La sentencia prosigue: “Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distante a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz”⁷⁷.

El intento más serio hecho en este campo, por construir un contenido del principio de culpabilidad del Derecho Administrativo sancionador es de Alejandro Nieto. Para este autor, la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas pero no en los mismo términos que en el Derecho Penal, porque mientras éste se ocupa de bienes jurídicos que están individualmente identificados, el Derecho Administrativo sancionador, salvo excepciones, se ocupa de bienes jurídicos generales, colectivos o públicos⁷⁸. Pero, según Nieto, las personas jurídicas no son susceptibles de una imputación por culpabilidad, porque ésta se encuentra reservada por su naturaleza a los seres humanos; lo que tendrían es capacidad para soportar la sanción⁷⁹.

En todo caso, el tema de fondo es que en el Ordenamiento Administrativo sancionador nos vemos ante la disyuntiva de sancionar a las personas jurídicas por la mera infracción (responsabilidad objetiva), o tendremos que delinear elementos de imputación subjetiva para sancionarla, es decir, trasladar las construcciones de esta categoría del Derecho Penal. Como no es posible la primera alternativa, esto es, sancionar soslayando la garantía de que, por lo menos la persona jurídica pueda prever la infracción para imputársela, porque con ello se le estaría conculcando derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva⁸⁰, necesariamente tendrá que darse la segunda alternativa, esto es, pensar en criterios de imputación subjetivos para los entes colectivos, que en estos momentos representan los agentes económicos y sociales fundamentales de la Sociedad.

⁷⁷ Fundamento jurídico Nº 2. Vid. comentarios de NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, Barcelona, Praxis, 1995, págs. 205-209. También LOZANO “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991), en *RAP*, Nº 129, 1992, especialmente págs. 115 y ss.

⁷⁸ NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1993, 1ª ed., págs. 303- 304.

⁷⁹ Ob. ult. cit., pág. 312.

Si esto es así en el ámbito administrativo sancionador, por la obligatoria sinergia con el ordenamiento penal, por la necesidad de coherencia en todo el sistema sancionatorio del Estado, por el logro de una cierta unidad en los fines preventivos, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se tendrá que replantear también⁸¹.

En síntesis y para concluir, las vinculaciones del Derecho Penal con el Ordenamiento sancionador del Estado van a condicionar el desarrollo dogmático del sistema penal en el futuro, porque denotan la cuestión central de la legitimidad de la intervención penal para sancionar conductas vinculadas a bienes jurídicos colectivos, fuertemente formalizados y se dirige también a sujetos fundamentalmente jurídicos (como las personas jurídicas) o revestidos de deberes jurídicos. Esta sinergia de los ordenamientos propiamente penal y sancionatorio del Estado hace que la Política Criminal a diseñarse, deba realizarse partiendo de la entidad del bien jurídico, los sujetos a quienes se dirige la norma (garantes de dichos bienes jurídicos) y las formas de ataques más graves, privilegiando los instrumentos menos lesivos para los derechos ciudadanos y más eficaces para prevenir conductas de riesgos para los bienes jurídicos, como lo pueden ser las normas administrativas y civiles⁸².

⁸⁰ La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas es un tema también hoy discutido en el Derecho Constitucional. La CE no ha contemplado ninguna disposición al respecto, pero el TC ha reconocido, en relación a ciertos derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva, la titularidad de las persona jurídica. Cfr. FIGUERUELO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 62: "... la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de éstos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones. De este modo se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica de derecho privado (art. 18.2 CE) –Cfr. sentencia del TC 137/1985, de 17 de octubre".

⁸¹ Vid. más ampliamente: ZUÑIGA RODRÍGUEZ *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra Aranzadí, 2000, Passini., especialmente págs. 193 y ss.; también, BACIGALUPO, SILVINA, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, J. M. Bosch, 1998.

⁸² En sentido similar, MORALES PRATS "Funciones del Derecho penal y Sociedad Civil", en RDPP, nº 1, 1999, p. 25: "Cada opción despenalizadora debe quedar condicionada por el bien jurídico tutelable a proteger; sólo una vez valoradas las necesidades de tutela de cada bien jurídico es posible prever cuál será el instrumento alternativo más apto, lo cual supone que, en ocasiones, el Derecho Privado (Civil o Mercantil), deberá erigirse en el instrumento de tutela".