

Madrid, 19 de mayo de 1980

EL DIRECTOR

PO/ML. Ref. 586

Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Aguilar Moreno
Congreso de Diputados
M A D R I D

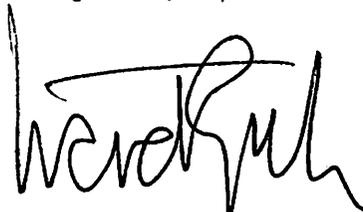
Mi estimado amigo:

El proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, actualmente en discusión por el Congreso, trata en el Título VIII del Libro II de los "Delitos contra el orden socio-económico".

Las Cámaras de Comercio y su Consejo Superior han podido detectar en el empresariado un clima de inquietud y preocupación ante la creación de nuevas figuras delictivas y el endurecimiento de las penas que el futuro Código prevé para la regulación y control de la actividad económica y sus posibles implicaciones en supuestos delictuales.

Consciente de esta preocupación, este Consejo Superior de Cámaras, ha elaborado el estudio que se remite adjunto sobre el que nos permitimos solicitar su atención en el que se estudia en conjunto y a la vez en detalle la problemática del delito socio-económico, a la vez que, para numerosos supuestos de la futura regulación punitiva, se proponen soluciones ponderadas, acordes con la verdadera naturaleza y función de este tipo de delitos, cuyo establecimiento debe ir dirigido a una mejor ordenación de las relaciones del mercado.

Confiado en que este trabajo pueda ser de interés para su labor en la Comisión de Justicia del Congreso, aprovecho la ocasión para saludarle muy atentamente,



Manuel Guasch



LEY DEL 29 DE JUNIO DE 1911

EXPLICACION PREVIA

Va dedicado este estudio al tratamiento que el Proyecto de Código penal de 1.980 otorga a la llamada delincuencia económica. Esta expresión requiere una cierta explicación porque el concepto de "delito económico" es menos claro de lo deseable. Para clarificar la cuestión se ha utilizado la vía de distinguir dos aspectos distintos del delito económico y se habla así de un sentido estricto y otro amplio. En sentido estricto el delito económico es la infracción jurídico penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país. A este concepto de delito económico responden los delitos de alteración de precios administrativamente controlados, los delitos monetarios, los de contrabando, los delitos contra la Hacienda Pública y los que afectan a la ordenación urbanística.

En sentido amplio el delito económico es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Bajo esta concepción se pueden incluir una lista ampliada de figuras delictivas, tales como los delitos de insolvencia, contra la propiedad industrial e intelectual, delitos financieros, abusos de crédito, estafa, fraudes alimentarios, delitos laborales, receptación, malversación de caudales públicos, cohecho, apropiación indebida, falsedad de documentos, estafas inmobiliarias, etc...

Por supuesto, no vamos a tratar de estudiar aquí toda esta delincuencia y su tratamiento en el Proyecto de Código penal, por la elemental razón de la heterogeneidad de las figuras delictivas que hemos citado. Por el contrario, vamos a reducir el estudio a aquellos delitos que se producen en el mundo de las relaciones mercantiles en general, es decir, delincuencia aplicable a cualquier

actividad empresarial, independientemente del sector económico concreto a que se dedique la empresa.

La referencia a las actividades empresariales en general explica el contenido de estas páginas y lo que se ha excluido de ellas. No me voy a referir, por eso, a los fraudes alimentarios, la expedición de medicamentos o las estafas inmobiliarias, por ser actividades específicas de un determinado sector mercantil. Excluyo también otros delitos como la malversación de caudales públicos, el cohecho y otras formas de corrupción político económica, porque, aunque son supuestos encuadrables en lo que se llama delito económico, tales actividades no están relacionadas necesariamente con la actividad empresarial.

Ahora bien, a la vez que dirijo estas páginas a estudiar el tratamiento que el Proyecto de Código penal del 1.980 da al delito económico producido en el mundo de las relaciones mercantiles en general, trato de investigar específicamente qué papel atribuye el Proyecto a la empresa en esta clase de delitos tanto en aspecto de perjudicada o víctima del delito como en el de responsable criminal o civil.

I. BREVE REFERENCIA AL SENTIDO Y ALCANCE DE LA LLAMADA DELINCUENCIA ECONOMICA.

La expresión delincuencia económica es la versión europea y moderna de White-Collar-Criminality que hiciera famosa en su día Sutherland en su discurso presidencial ante la Sociedad Americana de Sociología en 1.940. Se ha dicho que este discurso produjo en el mundo científico el mismo impacto que causó en 1.876 "L'Uomo Delinquente" del italiano Lombroso.

Con Sutherland la criminología va a dirigir sus estudios a un fenómeno delictivo nuevo y sugestivo; el de las infracciones penales cometidas por personas pertenecientes a ciertos niveles socio-económicos en el desarrollo de su actividad profesional mercantil.

El alcance de esta delincuencia es mayor de lo que normalmente se piensa en orden a la lesión de la confianza en el tráfico mercantil, la deformación del equilibrio del mercado y la eliminación de la competencia.

Nadie pone en duda que ningún sistema de mercado (dirigido o libre) puede soportar más allá de determinados niveles de delincuencia porque, precisamente, al superarlos se produce una pérdida de confianza que hace quebrar el sistema. En este sentido la delincuencia económica requiere una especial atención por la gravedad de uno de sus efectos característicos: el de resaca o espiral (Sog-und Spiral-wirkung) cuya descripción podría ser del siguiente modo. En un mercado de fuerte competencia la deslealtad en la competencia se produce cuando se han agotado todos los medios legales de lucha. En esta situación quien primero delinque presiona al resto a la comisión de nuevos hechos delictivos (efecto de resaca), y cada participante se convierte así en eje de una nueva resaca (efecto de espiral). Este efecto de especial contagio (Ansteckungswirkung) se ve además facilitado porque el autor potencial es consciente del número enorme de delitos económicos impunes, de la importancia de la cifra negra y de la benignidad de las penas previstas lo que le suscita a sí

mismo una imagen amable y positiva del delincuente económico.

Especial importancia tiene también en esta delincuencia la llamada reacción en cadena (Kettenreaktion), cuya explicación es la siguiente: en un delito económico de elevados daños materiales, el perjudicado constituye el primer eslabón de una cadena de víctimas porque hace transmitir de unos a otros las dificultades de pago, las crisis y las quiebras, sobre todo en períodos de recesión económica. Además, los delitos económicos reclaman complementariamente otros delitos secundarios como falsificación de documentos, exhibición de justificantes falsificados, corrupción, etc. ... y entre sus efectos encadenados no sólo hay que referirse a las quiebras sucesivas, sino también a los despidos masivos de trabajadores, alza de interés en los institutos de crédito, encarecimiento o aumento de las condiciones de los seguros, etc. Por último, se ha hablado del poder corruptor que esta delincuencia ejerce sobre la Administración pública involucrando a los funcionarios que, efectivamente, es muy común verlos, en los procesos que conoce la prensa, enrolados en delitos de esta índole.

En la descripción de la importancia y alcance de los delitos económicos no debe de caerse en la demagogia. Pero tampoco puede ignorarse su lesividad. Se equivoca quien en defensa de los intereses de la empresa o intereses económicos liberales, trata de minimizar la delincuencia económica. Cada sistema económico tiene su propia delincuencia que socava, precisamente los pilares del propio sistema. En los países socialistas son característicos los delitos de corrupción, falsedades, mercado negro y, en general, la lesión de los planes económicos o normas de producción. En los países capitalistas son delitos característicos los acuerdos monopolísticos, competencia ilícita, espionaje industrial, delito financiero, etc. Cada uno de estos delitos mina y socava el propio sistema económico.

En un sistema de economía de mercado, luchar contra la delincuencia económica significa defender esa economía de mercado, el principio de la libre competencia y, por tanto, los intereses de los propios empresarios competidores.

II. OBJETIVOS QUE DEBE PERSEGUIR EL DERECHO PENAL EN SU LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ECONOMICA.

Es una imagen equivocada la que pretende describir la función del derecho penal como una función de castigo, represión y eliminación del delito y del delincuente. El pensamiento político criminal moderno es unánime en señalar la imposibilidad de la eliminación del fenómeno delictivo. Se parte del pensamiento de Durkheim según el cual el delito es un fenómeno inextirpable que se presenta como comportamiento irregular consecuencia de la sociedad reglada. Siendo esto así difícilmente puede otorgarse al Derecho penal la función de eliminar el delito. Desde este punto de vista, resulta entonces también equivocado pensar que la función del Derecho penal es la de castigar. La pena es un castigo que se impone para reprimir la comisión de un delito, pero con ese castigo el Derecho penal no persigue el simple castigar, objetivo más bien propio de sádicos, sino el de proteger determinados intereses sociales.

Pues bien, el Derecho penal económico que lucha contra la criminalidad económica, no pretende, porque no es ese su cometido, eliminar la delincuencia de esta clase, ni trata exclusivamente de castigar. Su objetivo debe de ser el de permitir el establecimiento de un medio adecuado para el desarrollo de los principios económicos.

En nuestro caso, el Derecho penal está obligado a proteger una determinada concepción de la economía consagrada en el artículo 38 de la Constitución: "Se reconoce la Libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

Este precepto de la Constitución recoge los intereses que en todo caso debe de tratar de proteger el Ordenamiento jurídico y, por tanto, también, el Derecho penal económico. La libertad de empresa, la economía de mercado, la productividad, la Economía general y la planificación son los intereses que enumera el precepto. Dejando

aparte las retóricas propias de un texto normativo constitucional podemos resumir tales intereses en: 1) la defensa de la economía de mercado; 2) La defensa de las partes intervinientes: empresarios, consumidores y trabajadores; y 3) la defensa de la política económica intervencionista.

1. Defensa de la Economía de mercado.

Desde que en 1848 el Código penal liberal de este año castigará el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, hasta nuestros días se ha producido una evolución que podríamos caracterizar por el paulatino aumento de la intervención penal en el mundo mercantil que, si en muchos casos implicó la protección penal de la planificación económica estatal, siempre tuvo como meta la defensa de un sistema económico liberal con las matizaciones que la época exigía. En esta tarea va colaborando progresivamente la propia jurisprudencia penal y el Derecho sancionador administrativo.

No otro sentido tienen los delitos de insolvencia o los delitos contra la propiedad industrial y revelación de secretos industriales, que a la vez que protegen los derechos particulares de crédito o de propiedad, también pretenden colaborar en la conservación de la libertad de competencia para asegurar el triunfo del empresario más digno o más adecuado en las relaciones comerciales. En esta misma línea se movió la Ley de 1.963 sobre prácticas restrictivas de la competencia o el Decreto de 1.974 sobre Disciplina de mercado.

Del mismo modo la aparición del delito de cheque en descubierto o la labor jurisprudencial sobre los supuestos de estafa de crédito cometidos por medio de letras de cambio, colaboraron en la tarea de desterrar prácticas abusivas que sólo servían para salvar al comerciante inidóneo para la actividad mercantil.

Pues bien, un Proyecto de Código penal sólo debe incriminar aquellas conductas que, al menos, sirvan para establecer estos objetivos económicos mínimos.

2. Defensa de los intereses de las partes intervinientes: empresarios, consumidores y trabajadores.

Un punto de partida equivocado, intolerable y perjudicial es el que pretenda establecer la presunción de que todo empresario es un evasor de capitales o un delincuente fiscal en potencia; o que todo trabajador es, mientras no se demuestre lo contrario, un defraudador de la seguridad social; o que el consumidor oculta al enemigo político que quiere socavar los cimientos del sistema económico.

Una Ley penal que partiera de estas presunciones quedaría totalmente descalificada y se presentaría como una norma injusta de imposible aplicación. La Ley penal, por el contrario, debe tratar de proteger los intereses de los tres participantes más importantes en el mundo económico, procurando colaborar con el resto del ordenamiento jurídico en el mantenimiento de unas reglas de juego adecuadas y justas.

No es la desconfianza hacia el deudor lo que debe servir de guía para la creación del delito de quiebra o alzamiento de bienes; ni la desconfianza al competidor debe de fundamentar el delito de usurpación de patentes; ni la desconfianza hacia el empresario deben de explicar los delitos monetarios, los delitos laborales o el delito fiscal. Muy por el contrario, la única guía del legislador penal ha de ser la protección del acreedor comerciante, la del inventor o la de los intereses de los trabajadores o los intereses económicos generales.

3. Defensa de la política económica intervencionista.

Con motivo de las dos guerras mundiales se produce un aumento importante de normas jurídico penales relativas a la infracción económica. Nace, a su paso, un Derecho económico y secundariamente un Derecho penal económico que trata de colaborar con los propios fines del intervencionismo estatal: cumplir las exigencias de una valoración di-

ferente del imperativo de justicia en orden a las relaciones sociales y económicas. Es una respuesta a la necesidad moderna de proteger la economía en su conjunto como un interés distinto que debe ponerse al lado de los intereses particulares de propiedad, patrimonio y fé contractual.

En todos los países van apareciendo normas penales protectoras de la planificación estatal. Y así, en nuestro país, podemos citar la Ley de delitos monetarios de 1.938, la Ley de acaparamiento de 1.939 y la Ley sobre cobro de primas en la negociación de viviendas de 1.946, hoy derogadas, y las reformas de nuestro Código penal sobre maquinaciones para alterar el precio de las cosas, la creación del delito laboral, el delito fiscal, etc. ... para acabar con la Ley de control de cambios de 1.979 y el propio Proyecto de Código penal.

Estas normas penales que sirven de cobertura al intervencionismo estatal en la economía, implican (no puede negarse) un alejamiento de la concepción económica del liberalismo librecambista, pero, sin embargo, no puede decirse que se explique sólo desde una perceptiva marxista, socialista o totalitarista. El intervencionismo estatal es la consecuencia, más bien, de todo un movimiento de evolución histórica caracterizado por el paulatino paso de una Economía individualista (regida por un Derecho patrimonial civil y un Derecho mercantil individualistas) a una Economía dirigida estatalmente caracterizada por el Plan, la planificación. Pero hay que tener en cuenta que, dentro de una economía de signo capitalista, este dirigismo parte de la idea de un mercado libre para regularlo y de la idea del libre juego de las relaciones privadas para estimularlas o coartarlas según los casos y, en cualquiera, para encauzarlas. En el intervencionismo estatal se trata de buscar permanentemente una situación de equilibrio entre la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa.

III.- CUMPLIMIENTO DE TALES OBJETIVOS EN EL TITULO VIII "DELITOS
CONTRA EL ORDEN SOCIO-ECONOMICO" DEL PROYECTO DE CODIGO PE-
NAL DE 1.980.

El Título VIII del Libro II del Proyecto de Código penal constituye, sin duda, una de las más importantes novedades. Es una novedad desde el punto de vista histórico como reconoce el propio Proyecto en su exposición de motivos, y lo es también desde el punto de vista del Derecho comparado, al menos en lo sistemático.

Es difícil encontrar vinculaciones entre este Título VIII del Proyecto y el que dedica el Código penal italiano a los delitos contra la economía, la industria y el comercio. Tanto el contenido como el sentido y finalidad del título italiano guardan escasa relación con el español. Mayores puntos de contacto tiene, sin duda, con los delitos contra la economía del Proyecto alternativo alemán. En todo caso, lo más importante de este título estriba no tanto en la invención de nuevas figuras delictivas como en la agrupación sistemática de las mismas.

El Proyecto trata de agrupar figuras delictivas cuyo castigo estaba hasta hoy en manos de la Administración pública con detrimento de los intereses de los propios infractores. Es necesario tener muy presente que la criminalización en un Código penal de conductas tales como los delitos monetarios, el contratando, las alteraciones de precios, las prácticas restrictivas de la competencia o los delitos contra la propiedad industrial, persiguen no tanto una agravación de las penas como conseguir someter a las garantías del procedimiento criminal la persecución de estas infracciones que, en gran parte, eran perseguidas a través de un Derecho administrativo sancionador tan poco respetuoso con el administrado que ha dado lugar a las más duras críticas tanto de administrativistas (Parada, García de Enterría) como de penalistas (Cerezo, Rodríguez Mourullo, Del Rosal, Bajo Fernández).

El Proyecto, en este sentido, no hace más que continuar la

línea ya comenzada por la Ley de 4 de enero de 1.977 que trasladó las competencias para la persecución y castigo de los delitos monetarios del órgano administrativo que se llamó juzgado de delitos monetarios al Juzgado Central número 3 y la Audiencia nacional, y el propio artículo 25 de la Constitución que prohíbe a la Administración pública la imposición de penas privativas de libertad, tanto con carácter directo como subsidiario.

1. El empresario como sujeto activo del delito.

Los artículos 358, 374 y 544 relativos respectivamente a los delitos laborales, monetarios y desobediencia a órdenes del Gobierno relativas a materias económicas, establecen ciertas reglas para determinar la persona criminalmente responsable. Sin embargo, un defecto técnico de coordinación de estos preceptos entre sí y en relación con la cláusula general del artículo 35 pueden producir graves desigualdades y resultados altamente insatisfactorios en orden a determinar la responsabilidad criminal del empresario.

En efecto, tales preceptos establecen reglas para fijar la persona física que debe responder criminalmente cuando el delito se comete en el seno de una persona jurídica. Estas reglas son necesarias porque se presentan como consecuencia obligada de la vigencia en nuestro Derecho penal, al igual que en todo el continente europeo, del principio de la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas (*Societas delinquere non potest*). Sin embargo, han sido elaboradas estas reglas con falta total de criterio unitario y ausencia grave de coordinación. Es inexplicable, por ejemplo, por qué en los delitos laborales responden criminalmente los administradores o encargados del servicio, mientras que en los delitos monetarios responden los directores y gestores y en el artículo 544 los Directores generales, encargados y miembros de los Consejos de Administración.

La falta de un criterio único pone de relieve las dudas que el autor del Proyecto tiene sobre las personas que deben responder criminalmente cuando los delitos se cometen por medio de personas

jurídicas. Estas dudas son argumento suficiente para que se restrinja y no se aumente, como realmente se hace, la responsabilidad criminal.

Pero no acaban aquí los resultados improcedentes de esta deficiente regulación: En efecto, frente a lo dispuesto en los preceptos citados, ya contradictorios entre sí, el artículo 35 establece con carácter general otra norma distinta que aporta un nuevo caos ya que hace recaer la responsabilidad sobre los directivos u órganos de la persona jurídica o sus representantes.

Al existir una norma general (artículo 35) con contenido distinto que las normas específicas (arts. 358, 374 y 544), se corre el peligro de que se interpreten estas últimas normas como disposiciones extensivas de la responsabilidad criminal incluso a personas que no hayan realizado ninguno de los hechos que configuran la respectiva descripción típica. Así, por ejemplo, podría entenderse que en un delito monetario consistente en constituir bienes o derechos en el extranjero responderán criminalmente, cuando el titular del derecho sea una persona jurídica, no sólo aquél que concluyó el negocio en representación de la persona jurídica (artículo 35) sino también los directores y gestores a que se refiere el artículo 374, hayan realizado o no operación alguna (aunque se tratara de una simple orden, acuerdo, aprobación o incitación) relativa al hecho delictivo.

A mi juicio es urgente una coordinación racional entre lo establecido en los artículos 35, 358, 374 y 544 del Proyecto a efectos de determinar quién debe responder criminalmente cuando el delito se comete por medio o en nombre de una persona jurídica.

2. Responsabilidad civil de la empresa por hechos delictivos ajenos.

El Proyecto muestra cierta preocupación por los intereses de la víctima. Supongo que producto de esta preocupación es el artículo 118 sobre responsabilidad civil subsidiaria que afecta, de forma imper-

tante, a la empresa.

Este precepto del Proyecto extiende el ámbito de la responsabilidad civil más allá de lo que lo hizo la jurisprudencia en aplicación del artículo 20 del Código penal vigente. Pero, además, mientras en aplicación del citado artículo 20 cabía siempre la posibilidad de limitar la responsabilidad civil del principal a los supuestos en los que le era exigible la previsión de la Comisión del hecho ilícito por parte del dependiente, en el artículo 118 del Proyecto parece ser voluntad legal supeditar dicha responsabilidad a la concurrencia de culpa sólo en contados supuestos (números 2 y 3) mientras el resto de casos dependen de consideraciones objetivas.

A mi juicio, una responsabilidad civil objetiva por delitos cometidos por los representantes o gestores (número 4 artículo 118), o con la utilización de medios de difusión (número 5), o cometidos por los dependientes (número 6), o por cualquiera que utilice medios peligrosos propiedad del responsable civil (número 7), etc. ... es una extensión muy insatisfactoria de este tipo de responsabilidad.

No se puede olvidar que la responsabilidad objetiva que pretende en el ámbito de la llamada responsabilidad extracontractual en el ámbito del Derecho privado, parte de la base de ciertos principios (richesse oblige o assurance oblige) que no se cumplen en los casos a que se refiere el artículo 118 del Proyecto. En efecto, no se puede explicar cuál es el fundamento de responsabilidad civil que se hace recaer en el número 5 del artículo 118 sobre los propietarios de una emisora de radio por los delitos cometidos a través de la misma por una banda asaltante. Dado que la letra de la Ley es de total objetivación no permitiendo la prueba de la diligencia, no cabe la exoneración de responsabilidad. Y en este caso, sin embargo, aparte de no haber culpa de ninguna clase, tampoco se puede decir que el propietario se enriquezca con el hecho (richesse oblige) o que esté amparado por seguro alguno (assurance oblige).

No se puede olvidar que el propio Código Civil cuando regula

la responsabilidad civil extracontractual permite la prueba de la diligencia (artículo 1.903) para exonerarse de la obligación. Y tampoco se puede olvidar que, aunque en leyes especiales se prevén casos de responsabilidad objetiva, parten siempre de la existencia de un seguro o de un enriquecimiento claro a costa del peligro que se desarrolla para los demás. Vease, por ejemplo, si no es éste el sentido de la responsabilidad objetiva prevista en la Ley de Navegación aérea o en la Ley de uso y circulación de vehículos de motor o en la Ley de Energía nuclear o en la Ley de Policía de Ferrocarriles.

Pero, cuando, como es el caso del artículo 118 del Proyecto, la responsabilidad civil procede de hechos delictivos cometidos por un tercero que, por ser hechos delictivos, siempre están cometidos al margen de los deberes asignados al sujeto o, como es el caso del número 5, pueden cometerse por personas que no tienen relación alguna con el responsable, establecer aquí una responsabilidad objetiva sin posibilidad alguna de prueba de diligencia, implica una extensión desmesurada de la responsabilidad civil.

A mi juicio, es preciso abrir la posibilidad de exonerarse de la responsabilidad civil bien probando la diligencia de un buen comerciante, bien exigiendo que los delitos cometidos entren dentro de las previsiones del responsable civil.

3. Otros supuestos generales de extensión de la represión que pueden afectar a la actividad mercantil.

El Proyecto establece dos cláusulas generales, una sobre el principio de personalidad en la aplicación extraterritorial de la Ley penal española y otra sobre el error vencible de derecho, que extienden desmesuradamente las posibilidades represivas del Código y pueden afectar a actividades empresariales.

En efecto, en el artículo 10 del Proyecto castiga los delitos cometidos por los españoles en el extranjero sin las limitaciones que se establecen en el Derecho vigente en los artículos 339 o 341 de la Ley Orgánica del poder judicial. Esto significa que la Ley penal

española, además de ser aplicable a todos los delitos cometidos en territorio español conforme a lo dispuesto en el Título preliminar del Código civil y en el artículo 8 del Proyecto, se aplicará también a todos los delitos cometidos por españoles en el extranjero aún cuando no se afecte a intereses del Estado español ni el hecho fuera delito en el país en que se perpetró. Así, por ejemplo, sería castigado conforme a la Ley penal española, un hecho contra la propiedad industrial cometida por español en el extranjero contra intereses extranjeros, aunque el hecho no fuera delito en el lugar en donde se cometió ni se querelle el ofendido.

Sólo un legislador que se cree poseedor de una delegación divina de justicia puede extender hasta tal grado la represión penal.

Por otra parte, el Proyecto cuando regula el error vencible de derecho en el último párrafo del artículo 20, sigue la llamada en Dogmática "teoría de la culpabilidad" que entraña un tratamiento más severo de esta clase de error. En efecto, según la redacción del Proyecto, ha de imponerse la pena del delito doloso, aunque atenuada, en los casos en que el autor obra en la creencia errónea de que el hecho es lícito, siempre que tal error pudiera haberse corregido desplegando el cuidado debido.

En consecuencia, todos los delitos son punibles aunque el sujeto sufra error sobre la ilicitud del hecho, si tal error hubiera podido ser evitado. Pues bien, hemos de tener en cuenta que en los delitos económicos abundan los casos en que el delito remite para la determinación del hecho punible a distintas normas administrativas que, como ocurre en los casos de delitos monetarios, son de una enorme complejidad y de muy difícil conocimiento por el administrado. Esto significa que en delitos monetarios, contra la propiedad industrial, delito fiscal, delito de contrabando, delitos de precios o contra la competencia, etc. ..., son muy abundantes las posibilidades de incurrir en un error vencible de derecho y, pese a ello, el hecho será punible con la pena del delito doloso atenuada.

La punición del error vencible de derecho, tan abundante en los delitos económicos por la complejidad de la normativa que los disciplina, debe de quedar reducida a los supuestos más graves claramente determinados por la Ley.

4. Los delitos de insolvencia.

La regulación de los delitos de insolvencia en el Proyecto (artículos 330 a 333) implican, a mi juicio, un tratamiento más severo de esta clase de infracciones sin que tenga justificación en razones político criminales.

En todo caso esta nueva regulación de los delitos de insolvencia peca del defecto de la falta de oportunidad. No tiene sentido que se modifique el Código penal en esta materia cuando en estos momentos la Comisión de Codificación está estudiando una nueva Ley Concursal que va a variar radicalmente, adecuándolo a la regulación europea, todo lo relativo a quiebras, concursos y suspensiones de pagos. No tiene sentido, repito, modificar ahora el Código penal para que vuelva a ser modificado de inmediato cuando entre en vigor la nueva Ley Concursal.

El Proyecto, además, ha creado dos nuevas figuras delictivas relativas a la suspensión de pagos que no resisten la menor crítica. Castiga en primer lugar en el artículo 332 "conseguir la declaración de suspensión de pagos con el fin de agravar la situación de insolvencia y el final perjuicio de los acreedores". El motivo de la creación de esta figura delictiva parece encontrarse en el hecho de que el insolvente acude al sistema de suspensión de pagos con el fin de evitar la quiebra. Ahora bien, este comportamiento del comerciante insolvente es lícito conforme a lo establecido en la Ley de suspensión de pagos de 1.922 que permite eludir la quiebra aún cuando el comerciante sufre una insolvencia definitiva. En todo caso, lo criticable aquí es la Ley de 1.922 y no el comportamiento del comerciante amparándose en una disposición legal. Por otra parte,

los acreedores siempre tienen oportunidad de solicitar la declaración de quiebra si el comerciante hubiere sobrepasado el pago de sus obligaciones.

El artículo 332 del Proyecto sólo puede ir referido a supuestos distintos a aquellos que declara lícitos la Ley de 1.922. Tales casos podrían ser: bien el del comerciante insolvente que oculta al Juez su situación de insolvencia definitiva para evitar la quiebra, o el del comerciante que acompaña a la declaración de suspensión de pagos comportamiento que tratan de ocultar sus bienes.

En el primer caso habrá, en su caso, delito de estafa procesal o delitos de falsificación o, incluso, alzamiento de bienes. Y en el segundo caso no es más que un delito de alzamiento de bienes. Pero, además, si no cupieran estas figuras delictivas nos encontraríamos muy probablemente con un simple incumplimiento de obligaciones sin trascendencia penal o ante supuestos de suspensión de pagos que, a pesar de todo, quedan amparados por la criticable, sin duda, Ley de 1.922.

Y en el artículo 333 castiga el Proyecto el incumplimiento del convenio con los acreedores. Ciertamente hay que reconocer que este precepto es inaudito. Se trata de castigar el simple incumplimiento de las obligaciones que asume el suspenso con sus acreedores, es decir, se trata de reinstaurar en nuestro Derecho penal la prescripción por deudas. En este sentido no podemos evitar calificar este precepto de regresivo.

En efecto, es hoy principio elemental de los delitos contra el patrimonio que el incumplimiento de las obligaciones económicas no desencadenan actividad penal alguna a no ser en los casos en que el desvalor de acción sea especialmente grave por concurrir comportamientos fraudulentos o violentos. De ahí que no se pueda admitir este precepto que quiere castigar el incumplimiento de una obligación sin exigir más características. El único caso en que sería prudente una intervención jurídico penal es aquél en que al incumplimiento se acompañan comportamientos de ocultación de bienes, pero tal supuesto

ya está castigado en el delito de alzamiento de bienes.

Deben de suprimirse estos delitos sobre la suspensión de pagos que no tienen más fundamento que la deficiente y criticable regulación de la Ley de 1.922 y debe de esperarse a la Ley Concursal que está en fase de elaboración en la Comisión General de Codificación.

5. De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito.

Bajo esta rúbrica castiga el Proyecto los delitos de letra de cambio vacía y el de cheque en descubierto. Se trata de dos formas de abuso de medios de pago y crédito que ha preocupado al medio mercantil y cuya necesidad de control nadie discute. En lo relativo a la Letra de cambio vacía, el Proyecto es bastante innovador en cuanto que no se conoce más antecedente que el Código penal belga y el Proyecto alternativo alemán.

Pese a que la idea de castigar el abuso de la letra de cambio vacía (o letra financiera o papel pelota) no es descabellada, la regulación que hace el Proyecto no tiene el menor sentido.

Hay que partir de la base que las letras financieras no sólo son lícitas sino también útiles y de uso común por iniciativa, incluso, de los propios Bancos descontantes. Sin embargo, hay que reconocer la necesidad de control para evitar los peligros del abuso de este medio de obtención de crédito. En determinados casos este abuso implica una estafa (quien siendo insolvente finge tener relaciones comerciales para obtener el descuento de una letra vacía o financiera) y en otros casos es una práctica irregular cuya nocividad no puede ignorarse. En efecto, el abuso de las letras vacías puede producir fenómenos inflacionistas y crea riesgos para todos los participantes en la operación. El firmante de favor, por ejemplo, se puede ver obligado a pagar lo que no debe, al vencimiento del documento. El Banco descontante puede encontrarse con excepciones procesales o con firmantes insolventes. Y el propio librador puede

verse tentado a la cabalgata de letras girando sucesivas letras de importe cada vez superior hasta la quiebra.

Pues bien, dados los riesgos que entraña el abuso de la letra financiera resulta correcta una defensa penal cuando el descontante oculta la condición del efecto mercantil. Pero resulta que el artículo 353 del Proyecto sólo castiga las letras financieras no aceptadas, mientras excluye de lo punible la letra financiera aceptada.

Castigar el giro de letras no comerciales sin firma de acepto carece del menor sentido porque, se oculte o no el carácter no comercial de la Letra, el Banco que descuenta sabe que lo que tiene en la mano carece del valor genuino de la letra de cambio. En efecto, el Banco sabe que sólo asume obligaciones cambiarias el librador por ser el único firmante y, por otra parte, el Banco no puede negociar la letra mediante el redescuento al Banco de España porque el artículo 178 del Código de comercio prohíbe a los Bancos descontar letras sin la garantía de dos firmas de responsabilidad y solvencia.

Castigar a quien trata de descontar una letra no comercial no aceptada, por el simple hecho de ocultar el carácter financiero de la letra, cuando el Banco tiene prohibido el descuento de tales efectos y, además, cargará en el tipo de descuento el escaso valor que el documento tiene, carece de sentido.

6. De los delitos relativos al control de cambios.

El Proyecto de Código penal recoge las figuras delictivas que ya son derecho vigente tras la entrada en vigor de la Ley sobre Régimen jurídico del Control de Cambios de 1.979 que sustituye a la derogada Ley penal y procesal de Delitos monetarios de 1.938.

Pues bien, si pudo decirse en su día que la Ley de 1.938 era excesivamente benigna en comparación con otras leyes de la época (por ejemplo, la Ley de acaparamiento que castigaba con la pena de muerte,

reclusión mayor e incautación de fortunas) y en comparación con las penas previstas en otras leyes extranjeras sobre delitos monetarios, puede decirse hoy que la regulación actual de los delitos monetarios, tanto en la Ley de control de cambios como en el Proyecto de Código penal, es demasiado severa.

No hay que olvidar que la Ley de 1.938 nace en plena guerra civil y se aplica en los tiempos del régimen autárquico, mientras que la Ley de Control de Cambios o el Proyecto de Código penal conviven con el sistema de convertibilidad de la peseta y plenas relaciones comerciales y monetarias con el exterior por lo que han de partir de un sistema de liberalización de los cambios aunque sometidos a control.

Esto significa que los delitos monetarios aparecen hoy como simples delitos formales. En efecto, no se puede encontrar en los delitos monetarios una lesión o puesta en peligro de la Economía nacional sino que afectan simplemente al interés de la Administración en el control de los medios de pago internacionales. Para el castigo del delito monetario no es necesario probar que el hecho haya puesto en peligro la Economía nacional, o haya afectado a la balanza de pagos, la posición de la peseta en el mercado internacional o las posibilidades del país para hacer frente a las obligaciones crediticias con el exterior.

Por otra parte, en la mayor parte de los supuestos no sería posible probar tales efectos. Sólo en delitos de enormes cuantías podrían las técnicas de la macroeconomía detectar el impacto del hecho en la balanza de pagos o en el mercado de divisas, pero aún en tal caso, la valoración de si tal impacto resulta lesivo o no para la Economía nacional varía sensiblemente según la posición teórica del intérprete.

En efecto, mientras unos piensan que el control riguroso de los cambios con el exterior facilita el desarrollo del país, la política del pleno empleo, impide la dependencia económica del capital

extranjero y evita la desestabilización de la moneda nacional, otros economistas piensan que el control produce unos costos adicionales perjudiciales. Por otra parte, estos últimos siguen admitiendo que la liberalización de cambios con el exterior permite, con la entrada de inversiones del extranjero, incrementar la competencia, favorecer a los consumidores, desarrollar la tecnología propia, etc.; y con la exportación de capitales españoles se abre un acceso a los mercados financieros extranjeros, se asegura el flujo de entrada de divisas, se facilita la exportación de mercancías y se ayuda a la política de pleno empleo.

Con estas observaciones trato simplemente de poner de relieve lo discutible que resulta demostrar el carácter lesivo para la Economía nacional de esta clase de infracciones. Por poner algún ejemplo: juzgo muy dudoso poder afirmar que la adquisición a título oneroso en el extranjero de bienes con contenido patrimonial perjudique a la Economía nacional, el sistema monetario o la balanza de pagos siempre que se hace sin autorización administrativa, y no produce tales efectos cuando media tal autorización. Del mismo modo, no alcanza a comprender cómo puede hablarse de la lesión de la Economía nacional por parte del residente que retiene divisas sin cederlas al Banco de España, cuando resulta que todos los economistas, de cualquier signo político e ideológico, entienden que en estos momentos nuestro país tiene un nivel de reservas excesivo.

En definitiva, si partimos, al contrario que en 1.938, de un sistema de liberalización de cambios, si, además, observamos que éste es también el punto de partida de las leyes europeas sobre divisas en cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado de Roma, si, por tanto, los delitos monetarios no son más que infracciones de desobediencia al control administrativo, el número de delitos y las sanciones impuestas en la Ley de Control de Cambios, y en el Proyecto de Código penal parecen excesivos.

A mi juicio, los delitos monetarios deben de reducirse, como hace la Ley italiana de 1.976, a los comportamientos de exportar divisas o moneda nacional, constituir bienes o derechos en el extranjero,

y no ceder las divisas que posean los residentes.

Por otra parte, es necesario simplificar el sistema de control de cambios que parte de la presunción de que todo empresario es un evasor en potencia y de que todo funcionario encargado de conceder o denegar las autorizaciones para los cambios con el exterior adquieren cualidades de probidad y equidad.

7. Los delitos urbanísticos.

Los delitos urbanísticos recogidos en los artículos 382 a 385 del Proyecto contienen tal cúmulo de deficiencias que pueden dar lugar a notables injusticias y una total ineficacia de la protección que pretende la Ley.

En primer lugar, hay cláusulas valorativas de muy difícil determinación como "excediéndose notoriamente en las alturas" o "notoriamente contrarios a las normas urbanísticas". Pero además existe una clara falta de coordinación con la Ley del Suelo y el Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1.978, lo que puede dar lugar a una enorme inseguridad jurídica

Todas estas razones abogan por un replanteamiento de estas infracciones y su inclusión en la propia Ley del Suelo para conseguir mayor claridad en la determinación del injusto punible.

8. Breve referencia a otras disposiciones.

Para completar el estudio sobre el tratamiento que el Proyecto concede a la empresa, y sin ánimo de exhaustividad, acabo refiriéndome a otras disposiciones de menor trascendencia.

En el artículo 329 se castiga al que ordena, autoriza o realiza transportes peligrosos "incumplimiento cualquiera de las normas establecidas para la seguridad". La expresión "cualquiera" da una extensión desmesurada al hecho delictivo que, probablemente, no ha querido el propio redactor del precepto. A mi juicio, el hecho de

lictivo debe de reducirse a los casos en que se incumplan normas que "directamente" afecten a la seguridad en el transporte.

Cuando en el artículo 339 números 3 y 4 se castiga la sustitución o eliminación del nombre del fabricante o de la marca no se puede olvidar que a lo largo de los procesos de fabricación y comercialización de un producto existen distintos sujetos con titularidad suficiente para usar su nombre y su marca. De ahí que los tipos delictivos debían de contener la salvedad de que el comportamiento se realiza "indebidamente". Así ambos preceptos deberían de haber comenzado: "Los que indebidamente ...".

En la competencia desleal castigada en el artículo 341, el Proyecto debiera haber recogido algo que desde todos los frentes se reclama, y es la posibilidad de que el Juez penal pueda acordar el cese de las prácticas desleales. Porque de poco sirve la penalización de la conducta cuando el perjudicado carece de medios jurídicos rápidos y eficaces que hagan cesar la competencia ilícita.

El artículo 346 que se refiere a las prácticas restrictivas de la competencia contiene una de las descripciones típicas más vagas e indeterminadas de todo el Proyecto. En efecto, obsérvese que la conducta punible consiste en "prevalerse para impedir o limitar". No se describe ningún comportamiento concreto y basta con que el sujeto "se valga o aproveche de " (según el significado que el Diccionario da al reflexivo "prevaler") para que se consuma el delito. Esta vaguedad debe de ser corregida, por ejemplo, exigiendo un resultado concreto que consista en impedir o limitar la competencia. De este modo, al convertir la figura delictiva en tipo prohibitivo de causar, se consigue una mayor concreción en cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de Legalidad.

El artículo 359 relativo a la apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social es un precepto innecesario. Estos hechos han sido claramente resueltos por la jurisprudencia a través del delito de apropiación indebida. El Proyecto parece despreciar la labor normativa de la jurisprudencia al sentir necesidad de elevar a delito

específico los hechos que los Tribunales castigan ya, adecuadamente, conforme a otra figura delictiva tradicional en la que encajan perfectamente. Este precepto sólo puede dar lugar a pensar que se parte de una desconfianza respecto del empresario lo cual es impropio de un texto legal.

El artículo 369 castiga al socio mayoritario que consigue condiciones abusivas o leoninas en perjuicio de los restantes socios. Da la impresión que el precepto se quiere referir no a la mera imposición de acuerdos que la mayoría realiza sobre las minorías en el seno de una sociedad, lo cual es perfectamente lícito, sino a algo más, en concreto a decisiones "abusivas o leoninas". A mi juicio, el precepto es de una total imprecisión para, además, por el propio carácter de la cuestión, no es posible concretar cuál es la voluntad legal. Debería de reducirse el comportamiento típico a la imposición de condiciones en perjuicio de los intereses sociales.

9.- El arresto sustitutorio como optativo de la pena de muerte.

El artículo 58 establece la obligatoriedad del pago de la multa en caso de solvencia del condenado, sin posibilidad de que éste opte entre pagar o quedar sometido a la responsabilidad personal subsidiaria. El Proyecto, en este sentido, se separa de lo que resultaba habitual en nuestro Derecho vigente desde el Código penal de 1.932. En efecto, la doctrina era unánime al advertir que el artículo 91 del Código penal vigente (al igual que el artículo 94 del Código de 1932) permitía al condenado optar entre pagar la multa o cumplir el arresto (en este sentido Ferrer Sama, Rodríguez Devesa, Ruiz Vadillo, Del Toro Marzal), al limitarse el texto legal a decir: "si el condenado no satisficiera la multa impuesta quedará sujeto a una responsabilidad penal subsidiaria". Era obligado interpretar, como así se hizo, que la satisfacción de la multa era voluntaria.

Sin embargo, el Proyecto en su artículo 58 cambia esta situa-

ción redactando el precepto de la siguiente forma: "Si el condenado no satisficere la multa impuesta, voluntariamente o por vía de apremio, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria". La pretensión del Proyecto es impedir la opción del condenado entre pagar o cumplir el arresto.

La tesis del Proyecto tiene a su favor numerosos argumentos. En primer lugar, la doctrina española y extranjera que, a nivel teórico suele entender que no debe de concederse la opción. En segundo lugar nuestra propia historia que, hasta el Código penal de 1.932, tampoco concedía voluntariedad alguna al condenado respecto del pago de la multa si era solvente (artículo 95 Código penal de 1.822, artículo 48 Código penal 1.848, artículo 180 Código penal 1928). En tercer lugar, la jurisprudencia española que se pronunció en defensa del pago forzoso de la multa, en contra de la interpretación doctrinal del Código vigente (así Ss. 21 octubre 1.948, 27 junio 1.951, 13 noviembre 1.971, 16 enero 1.976). Por último el Derecho comparado en que sólo pocos países admiten la opción por parte del condenado.

La cuestión, con todo, presenta ciertos matices que deben de conducirnos a la duda de la oportunidad de la instauración del pago forzoso en el Proyecto de Código penal. En efecto, hay que tener en cuenta importantes excepciones del Derecho comparado. En Estados Unidos, nos dice Manzanares en su monografía sobre la pena de multa, "se fué imponiendo paulatinamente el encarcelamiento del multado como consecuencia del puro descubierto en el abono de dicha pena pecuniaria", lo que implica reconocer el carácter voluntario del pago.

Pero la consideración que más preocupación ofrece se deriva del hecho del radical cambio de concepción de la pena de multa en el Proyecto. No se puede olvidar que el sistema de multa temporal del Proyecto de Código penal, importante innovación que coloca este cuerpo legal en la zona de vanguardia en el Derecho comparado, va a implicar una radical modificación de la gravedad de la pena de multa. En efecto, piénsese por ejemplo en la pena de multa prevista en el artículo 352 para las infracciones de los derechos de autor que abarca la

extensión de 6 a 24 meses. Pues bien, esta pena conforme a los límites del artículo 55 alcanza desde 18.000 pts. a 14.400.000 pts. Esta enorme extensión de la pena llama la atención no sólo por el arbitrio judicial que concede, sino por la enorme gravedad que puede alcanzar para el condenado.

Este cambio, frente a la pena de multa vigente, que puede llegar a producir importantes perjuicios al multado, aconseja que no se modifique la regulación del Código actualmente vigente en orden a la admisión de la voluntariedad en el pago de la multa, es decir, la opción entre pagar o sufrir el arresto sustitutorio.

La grave trascendencia económica que para el reo, y, en su caso, la unidad familiar en que puede estar incluido, puede tener la pena de multa, justifica que ésta sea optativa. Piénsese que la actual fiscalidad española -Impuesto sobre la Renta- gira en torno a la unidad familiar y que la estabilidad patrimonial de ésta se encontrará gravemente amenazada si no se permite al condenado elegir entre satisfacer la multa o ir a prisión.

- - - - -