

Observaciones para una futura reforma de la Ley de delitos monetarios *

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y LA INEFICACIA DE LA VIGENTE LEY DE DELITOS MONETARIOS.—II. PRINCIPIOS QUE DEBEN ORIENTAR LA FUTURA REFORMA: 1. *Introducción*. — 2. *Cuestiones de parte general*. — A) Bien jurídico.—B) Sujeto activo.—C) Vigencia espacial de la Ley.—D) Vigencia temporal de la Ley.—E) Culpabilidad y error.—3. *Las infracciones delictivas en particular*.—4. *Las penas y su determinación*.—5. *El procedimiento*: A) Valoración de la prueba.—B) La transacción penal.

I. LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y LA INEFICACIA DE LA VIGENTE LEY DE DELITOS MONETARIOS

La materia relativa a los delitos monetarios se encuentra regida todavía por una Ley que data de 24 de noviembre de 1938, nacida según su exposición de motivos por “exigencias de la guerra” y de algunas de cuyas disposiciones se dijo irónicamente que podrían producir extrañeza, “si de algo hay que extrañarse en esta ley” (1). Con motivo de los diferentes planes de desarrollo (Leyes de 28 de diciembre de 1963, 9 de mayo de 1969 y 15 de junio de 1972) se dispuso que el Gobierno adaptaría la legislación vigente sobre delitos monetarios a las nuevas circunstancias creadas por la liberación de transacciones y pago con el exterior, es decir, al abandono del régimen autárquico. Tal adaptación aún no se ha hecho. Pero no es sólo la inadaptación lo que constituye motivo de insatisfacción, sino fundamentalmente la ineficacia y la inseguridad jurídica a que conduce una Ley lesiva de los principios jurídicos más elementales que informan nuestro Derecho penal y procesal ordinarios.

* Este trabajo es parte de uno más amplio sobre delitos monetarios que fue realizado con ayuda de una beca de la Fundación Juan March.

(1) A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, III, Madrid 1965, pág. 914. Una visión amplia y crítica de la Ley en R.-F., SUÁREZ MONTES, *Particularités des délits économiques dans le droit espagnol*, en *Travaux de l'Association H. Capitant*, XIII, 1963, págs. 732 y sigs.

1. La Ley es ineficaz porque ha olvidado, quizá intencionadamente, que solo una pena proporcionada a la gravedad del hecho puede cumplir las exigencias preventivas de una ley penal. La Ley de delitos monetarios se conforma con los efectos de intimidación general que se derivan de la publicidad y que se intentan vanamente conseguir con una técnica casuística oscura, reiterativa y falta de rigor que se podría calificar de auténtico galimatías. Al lado de ello, y por razones que sería necesario estudiar, otorga un intolerable trato de favor a esta clase de delincuentes que la conducen a la ineficacia.

En efecto, las penas previstas en la Ley son especialmente benignas dentro del contexto de nuestro Ordenamiento penal (2). Hay que tener en cuenta que las normas penales dictadas durante la guerra y la postguerra en España (y en toda Europa) en represión de infracciones contra la economía preveían penas de rigor draconiano. Penas como las de muerte, reclusión mayor o incautación de fortunas aparecían en la Ley de 26 de octubre de 1939, en referencia al delito de acaparamiento. Tan graves como estas conductas contrarias al régimen legal de abastecimientos lo eran los delitos monetarios y, pese a ello, las sanciones eran sensiblemente menores.

Pero incluso de una comparación entre las penas previstas en el Código penal para los más simples delitos contra la propiedad, resulta una especial benignidad de las leyes que castigan los delitos monetarios. El máximo de la pena de prisión previsto para los delitos monetarios es de tres años que, en la práctica, debido a la aplicación de las instituciones penales de la libertad condicional o de redención de penas por el trabajo, no alcanzan nunca el año de duración. De suerte que una estafa de 50.001 pesetas, cometida por un reincidente puede ser castigada, conforme al Código penal, con una pena privativa de libertad tres veces superior a la que la Ley de delitos monetarios permite imponer a quien evada cientos de millones de pesetas. Esta situación difiere sustancialmente de la existente en otros países en donde las penas de delitos monetarios, que ya en otros tiempos habían tenido un rigor insólito (3), presentan la misma severidad, al menos, que los más graves atentados contra la propiedad privada. Que nuestra ley de delitos monetarios sólo persigue la intimidación general, pero no el castigo de los infractores lo prueba, además, el hecho de que no admita recurso contra las sentencias absolutorias y que las penas carezcan de límite mínimo, situaciones ambas insólitas en una ley penal.

(2) La Ley prevé las penas de multa hasta el décuplo del importe del contrabando, prisión hasta el máximo de tres años, pérdida de la nacionalidad española, comiso y prisión subsidiaria por impago de la multa hasta el máximo de un año.

(3) Sobre esta severidad cfr. A. VITU, *Réglementation des changes et Droit pénal*, en *Le contrôle des changes. Ses repercussions sur les institutions juridiques* (Centre Français de Droit comparé), bajo la dirección de Hamel-Bertrand-Roblot, París 1955, pág. 75; R. LEMKIN, *Droit pénal en matière de devises*, en *Giustizia penale*, 1939, (Parte terza. Leggi speciali), pág. 451 y F. LIEBRICHT, *Elemente des Devisenrechts*, Basel 1956, pág. 116.

2. En cuanto a la seguridad jurídica es necesario poner de relieve la escasa satisfacción que produce la actual Ley de delitos monetarios desde la perspectiva de las exigencias derivadas del principio de legalidad. Las garantías perseguidas por el principio de legalidad consistentes en la seguridad del ciudadano frente a posibles arbitrariedades del poder implican que la "Ley penal debe revestir las notas de claridad y exhaustividad en la descripción del presupuesto y ser precisa al señalar la consecuencia" (4). Pues bien, la Ley de delitos monetarios de 1938 carece de la claridad y exhaustividad en la descripción de las figuras delictivas y de la precisión en la determinación de las penas exigidas por aquél principio.

En efecto, aunque en el preámbulo de la Ley de 1938 se viene a decir que la descripción de las figuras delictivas persigue establecer *garantías*, hay que entender que la tipificación más obedece a conseguir efectos de intimidación general que a cumplir las exigencias derivadas del principio de legalidad. Dice el preámbulo que "es de conveniencia pública la promulgación de la presente Ley que... establece las garantías de previa definición de las figuras delictivas y de procedimiento, sin menoscabo de la justicia rápida y ejemplar". Esto, en realidad, no es más que pura y mendaz retórica, bastando para demostrarlo observar que habla de justicia ejemplar cuando la Ley destaca por su benignidad, y habla de garantías de procedimiento cuando al Juez se le concede "libertad procesal absoluta".

La descripción casuística que la Ley hace de las infracciones no implica, en absoluto, ninguna claridad y exhaustividad en la determinación de los comportamientos delictivos. La Ley es, sin duda, una ley en blanco que remite a disposiciones dictadas por la Administración pública para la completa clarificación del comportamiento prohibido. Por ejemplo, en relación con las divisas se castiga el no declarar, ceder, vender o poner a disposición de la Administración, siendo ésta la que determina cuándo existen tales deberes. Además, gran parte de los delitos lo son en la medida en que se carezca de autorización administrativa. En todo caso queda en manos de una decisión administrativa la determinación del comportamiento delictivo.

Pero el argumento decisivo que corrobora el carácter lesivo de la seguridad jurídica lo depara el número 22 del artículo 1.º. En este precepto se establece que, independientemente de las figuras delictivas descritas en la Ley, se entenderá también como delito: "cuantos actos, relacionados con el ramo de divisas, sean prohibidos en lo sucesivo por Orden del Ministerio de Hacienda". Esta facultad de crear delitos otorgada al Ministerio de Hacienda se complementa con la facultad de excluir los ya descritos en la Ley. Algunos autores, preocupados por las excepcionales facultades otorgadas a la Administración para crear y excluir delitos, han pretendido negar la vigencia de estos preceptos en cuanto que el artícu-

(4) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legalidad (Principio de)*, voz de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Barcelona, pág. 888.

lo 27 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado parece exigir una norma con rango de Ley (5). Tal observación, sin embargo, es inexacta. Una cosa es que no satisfaga la técnica legal empleada y otra negar validez a la norma. El número 22 del artículo 1.º de la Ley de 1938 sigue siendo válido al remitir a normas de rango inferior para definir la conducta, pese a lo establecido en el artículo 27 de la Ley de régimen jurídico (e, incluso, en el artículo 603 del Código penal), porque éste se limita a prohibir que por vía administrativa se establezcan penas sin autorización legal, y no es este el caso ya que las penas están establecidas en la Ley de delitos monetarios.

La técnica de las leyes penales en blanco no es exclusiva de la Ley de delitos monetarios. En este sentido advertía Quintano que "el Derecho penal económico... usa y abusa de las infracciones en blanco, que muchas veces vulneran en su querida vaguedad conceptual el dogma *nullum crimen sine lege*. Lo que acontece no solamente en ordenamientos penales de técnica analógica general, como el ruso-soviético o el alemán nacional-socialista, sino en los más afe-rrados en lo común al sistema de más estricto legalismo" (6). De otro lado, las llamadas leyes penales en blanco se utilizan también, en referencia a las infracciones de índole monetaria, en otros países. Por ello se ha podido decir que el Derecho penal en materia de divisas es un Derecho penal derivado, en el sentido de que se limita mediante leyes penales en blanco, a establecer las sanciones a las disposiciones administrativas vigentes o que se promulguen en el futuro (7). Esta técnica se explica porque la Ley no puede abarcar ni prever de una vez todos los complejos y, sobre todo, variables, problemas que presenta esta materia (8).

Aunque se admita que la técnica de ley penal en blanco es ineludible en materia de infracciones monetarias, lo cierto es que la Ley de delitos monetarios sigue careciendo de justificación. Se ha advertido que cuando esta técnica de remisión a instancias normativas inferiores resulta ineludible, es necesario, para no infringir el principio de legalidad, que la Ley establezca con toda la claridad posible los presupuestos de la punibilidad y la clase y extensión de la pena (9). Así se hace, por ejemplo, en la legislación alemana, pero no en nuestra Ley de delitos monetarios cuyo número 22 del

(5) Así D. ALVAREZ PASTOR-F. EGUIDAZU, *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*, Madrid 1975, págs. 51-52; E. LORENTE, *El registro de la propiedad y la Ley de delitos monetarios*, en *Estudios en honor de Castán*, IV, Pamplona 1969, págs. 469-470 y CANDELA MAS, *Delitos monetarios y contrabando y defraudación*, en *Las inversiones de capital extranjero en España*, Madrid 1960, pág. 532.

(6) A. QUINTANO, *Nueva dogmática del Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1953, pág. 247.

(7) R. LEMKIN, cit., pág. 435.

(8) Cfr. A. VITU, cit., pág. 78.

(9) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid 1976, pág. 154; H.-H., JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín 1972, pág. 87.

artículo 1.º es de desusada e inaceptable amplitud al “dejar al arbitrio de un Ministerio crear delitos en un indefinido futuro” (10).

Si la deficiente descripción del comportamiento delictivo se considera insatisfactorio, igualmente ocurre con la falta de precisión en la determinación de la pena. En el ámbito del Derecho penal insatisface de manera especial, por la tremenda inseguridad jurídica que produce, el arbitrio judicial en la determinación de la sanción a imponer. En esta insatisfacción encuentran explicación las reglas de aplicación de penas de nuestro Código penal, que aunque criticadas, aparecen como medidas garantizadoras no impeditivas del proceso de individualización de la pena (11). Tales reglas están ausentes de la Ley de delitos monetarios, gozando el juez de “libre arbitrio para imponer las penas que deriven de la presente Ley, con la única limitación de no exceder los máximos prefijados”, y siendo la “apreciación de las atenuantes y agravantes..., según los dictados de la conciencia” (arts. 6.º y 7.º de la Ley).

Como es sabido hasta la reforma realizada por Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977, la competencia para el castigo de los delitos monetarios correspondió a una de las instituciones jurídicas más anacrónicas y discutidas (12) de nuestro sistema jurídico: el Juzgado de Delitos monetarios. Exigencias tan elementales en la Administración de Justicia como el sometimiento a unas reglas de proceso y la publicidad de las actuaciones no regían frente al Juzgado de Delitos monetarios. De no ser porque la arbitrariedad de que gozaba estaba pensada para favorecer al delincuente, hubiera podido ser el órgano sancionador más temido del sistema.

En efecto, la Ley concedió a este Juzgado “libertad procesal absoluta”, libertad que fue utilizada para crear un proceso inquisitivo y secreto. Hay que destacar, además, que la Ley de delitos monetarios estableció como Ley supletoria la de Enjuiciamiento criminal y, teniendo el Juez “libertad procesal absoluta”, nada le impedía aplicar gran parte de las instituciones de nuestro proceso ordinario. El Juez, por poner un ejemplo, fue libre de exigir un juicio oral con audiencia pública, o de publicar las sentencias o de permitir el acceso a las mismas al investigador o al simple ciudadano. Pero que yo sepa no hubo nunca audiencias públicas y que yo sepa no se publicó ninguna sentencia y, por último, se me negó personalmente la consulta de las sentencias dictadas, consulta que había solicitado para un trabajo de investigación. El Juez de delitos monetarios ha aprovechado la libertad que la Ley le confirió no para operar con un proceso digno de las exigencias derivadas de la concepción actual del

(10) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 910.

(11) Cfr. M. COBO, *El sistema de penas y arbitrio judicial en el Código penal de 1870*, en *Commemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del poder judicial y del Código penal de 1870*, Madrid, 1970, págs. 67 y sigs.

(12) Cf. los trabajos publicados bajo el título *Proceso a la jurisdicción de delitos monetarios y a los tribunales de contrabando*, Círculo de Estudios jurídicos, Madrid 1970.

Estado de Derecho, sino para acentuar las características (escritura, secreto, etc.) que le liberen del control de la crítica social.

La reciente reforma de 4 de enero de 1977 lo único positivo que ha hecho fue suprimir el Juzgado de delitos monetarios a partir del 15 de febrero de 1977, pero, no obstante, trasladó las facultades intolerables que en el orden sustantivo y procesal se otorgaban a este Juzgado a los nuevos órganos de Justicia denominados Juzgados central y Audiencias nacional, si bien como medida transitoria y bajo el pretexto de adecuar la legislación de delitos monetarios a las nuevas exigencias económicas. Aquí queremos recordar que "libertad procesal absoluta" no significa sólo facultad de actuar de manera caprichosa, secreta y sin sometimiento a la crítica social, sino también de actuar sometiendo los fallos a reglas procedimentales, aunque no estén establecidas en la Ley de delitos monetarios, que respeten las garantías y la seguridad jurídica. Al nuevo Juez habría que recordarle que está extendida la opinión según la cual el arbitrio judicial del antiguo régimen fue utilizado por los jueces para dulcificar y humanizar un Derecho represivo intolerable.

Esta es la situación actual de la Ley de delitos monetarios y estos son los principales defectos que hay que corregir, sin olvidar que pervive la institución de la "denuncia secreta" creada por la Orden de 30 de junio de 1976 y la participación de los denunciantes en la cuantía de la multa impuesta, cuya intolerabilidad y efectos criminógenos no es preciso resaltar. Es necesaria una reforma de la legislación penal de delitos monetarios y al estudio de las líneas fundamentales por las que debe guiarse dedico este estudio.

II. PRINCIPIOS QUE DEBEN ORIENTAR LA FUTURA REFORMA

1) *Introducción*

La necesidad de reformar la normativa sancionadora de las infracciones monetarias constituye una exigencia política y un imperativo político-criminal. Digo que es una exigencia política porque, sin duda, la Ley penal y procesal de delitos monetarios de 1938 responde a una ideología política totalitaria. El Juzgado de delitos monetarios creado por la Ley fue claro exponente de una institución contraria a las exigencias de un Estado de Derecho. Su desaparición por Real Decreto-Ley de enero del presente año no ha sido medida suficiente. El arbitrio judicial que aún se conserva, el incumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad, y otras instituciones existentes como el carácter secreto de la denuncia, la participación del denunciante en el montante de la multa a imponer al infractor y la pena de privación de la nacionalidad española, que ha sido calificada con acierto "como una san-

ción dotada de un obvio significado totalitario" (13) son muestra de la incompatibilidad de esta normativa con la concepción democrática de un Estado de Derecho.

De otro lado la reforma es también una exigencia político-criminal, porque la Ley penal y procesal de delitos monetarios de 1938 es ineficaz en orden a la prevención de la delincuencia monetaria y la valoración jurídica de la gravedad de los hechos no corresponde a la enorme lesividad social que se le atribuyen desde la perspectiva de los valores sociales actualmente vigentes. La toma de conciencia de la sociedad moderna sobre la gravedad de la delincuencia económica exige un tratamiento severo de la llamada delincuencia de cuello blanco. Esta exigencia es, por supuesto, ajena a la Ley de delitos monetarios cuya benignidad ya se ha puesto suficientemente de relieve. Nuestra legislación penal, como tantas veces se ha insistido, es excesivamente cruel con la delincuencia lesiva de los intereses económicos privados, que normalmente se compone de sujetos de las clases menos favorecidas de la sociedad, y es intolerablemente generosa con la delincuencia que lesiona los intereses económicos colectivos, delincuencia que, normalmente, se recluta en las clases dirigentes de la comunidad.

En la ineficacia de la Ley no sólo influye este especial trato de favor, sino también la falta de proporcionalidad y la arbitrariedad. Es tradicional la afirmación de que sólo la sanción proporcionada a la gravedad del hecho y así conocida por la comunidad, cumple el fin de prevención delictiva que toda norma debe cumplir por exigencias político-criminales (14). Esa falta de proporcionalidad es evidente cuando la pena establecida en la Ley de delitos monetarios es única para todas las figuras delictivas pese a la distinta gravedad que existe entre la conducta de evadir capitales y otras que no tienen más trascendencia que la de no contar con el control administrativo.

La reforma de la normativa vigente sobre delitos monetarios sólo puede hacerse con un estudio reposado, aunque urgente, realizado por todos los especialistas (economistas, hacendistas, políticos, internacionalistas, penalistas, etc...) que la complejidad de la materia exige. De ahí que lo que aquí vamos a exponer no puede entenderse como una proposición definitiva, ni siquiera en lo específicamente punitivo, porque todos los puntos de vista están interrelacionados y deben ser contrastados conjuntamente, sino que no es más que la exposición de unos datos provisionales extraídos de las enseñanzas derivadas del estudio del Derecho extranjero, para ser considerados y valorados en su utilidad conjuntamente con el resto de datos aportados por los demás especialistas.

(13) J. CÓRDOBA, en *Comentarios al Código Penal*, de J. Córdoba-G. Rodríguez Mourullo, II, Barcelona 1972, pág. 163.

(14) Cfr. J. CEREZO, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, *Introducción*, Madrid, 1976, pág. 25.

2) Cuestiones de parte general

A) *Bien jurídico*.—Lo primero que debemos preguntarnos es sobre la razón de la incriminación de los delitos monetarios. Es decir, tenemos que preguntarnos qué realidad quiere el Derecho proteger mediante la imposición de sanciones criminales a los comportamientos que la lesionen, en otras palabras, cuál es el bien jurídico que se intenta proteger. En este sentido se advierte que los delitos monetarios han de incluirse entre las infracciones contra la Economía nacional o el Orden económico, siendo la legislación sobre delitos monetarios una parte del llamado Derecho penal económico (15). Sin embargo, a la hora de incriminar los distintos comportamientos no ha de esperarse que la Economía nacional se lesione o ponga en peligro. De ser así, sería obligado, por ejemplo, indagar si la salida de pesetas al extranjero ha influido en un peligro de devaluación para nuestra moneda, absolviendo al autor de la evasión de capitales si tal peligro no es demostrable.

Si bien la salvaguarda del Orden económico ha de ser el *motivo* de incriminación de las infracciones monetarias, el *objeto jurídico* de protección inmediata es otro: *el interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales, es decir, en el control de los cambios con el exterior*. Sólo los comportamientos que lesionen dicho control podrán ser elevados a la categoría de delitos monetarios. Ahora bien, ese control sólo ha de convertirse en objeto de protección jurídico-penal cuando sirva a la salvaguarda de la Economía española. Un control que esté en función de otros fines no es digno de tal protección. De ahí que considerar dicho control de la Administración como el bien jurídico protegido implica, de manera mediata, una protección jurídico-penal de nuestros intereses económicos relativos al comercio exterior.

La determinación del objeto jurídico de protección resulta indispensable para la correcta solución de todos los problemas de *lege ferenda* que vamos a plantear.

B) *Sujeto activo*.—La futura reforma de la legislación penal sobre delitos monetarios no puede olvidar nuevamente una cuestión cuya falta de regulación tantas veces se lamenta en todos los órdenes, fundamentalmente en el Derecho penal económico. Me refiero a la regulación del sujeto activo de la infracción delictiva.

Hay que tener en cuenta que la reglamentación del control de cambios no trata de restringir o controlar las relaciones entre nacionales y extranjeros, sino entre residentes y no residentes. La confusión que en este sentido produce la legislación española ha llegado en ocasiones a la afirmación de que los delitos monetarios sólo afectan a los españoles (16). Aunque los argumentos dados en favor de esta tesis no son atendibles, lo cierto es que resulta ne-

(15) R. LEMKIN, cit., pág. 434.

(16) CANDELA MAS, cit., pág. 533.

cesario evitar toda confusión mediante una declaración expresa de la Ley que, además incluya, como hacen otras leyes extranjeras, qué se entiende por residente tanto referido a las personas físicas como a las jurídicas.

De otro lado es urgente la regulación de la llamada "actuación en nombre de otro". Se trata de los casos, probablemente abundantes en esta clase de infracciones, en que un sujeto actúa en nombre y representación de otra persona, en concreto, de una persona jurídica. En la medida en que rige en nuestro Derecho, y en todo el Derecho continental al contrario que en el anglosajón (17), el principio de la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas y entes supraindividuales, muchas veces la ausencia de una regulación del fenómeno de la representación conduce a la impunidad. Piénsese, por ejemplo, en la falta de cesión de divisas propiedad de una Sociedad Anónima. Ni la Sociedad puede castigarse criminalmente en virtud del citado principio, ni la persona física que omitió de hecho tal cesión por no ser la obligada a ello, sino la Sociedad. Sólo una regulación de estas actuaciones en nombre de otro al estilo de lo dispuesto en el artículo 499 bis o 238 del Código penal, permitirá solucionar estos supuestos seguramente abundantes en la práctica (18).

De otro lado será necesario también prever sanciones, aunque de distinto cariz que las criminales, a imponer a las personas jurídicas en cuyo beneficio y representación se ha cometido el hecho delictivo. La actual Ley de delitos monetarios sólo recoge una responsabilidad subsidiaria de la multa impuesta al infractor. Sobre ello insistiremos más adelante.

Teniendo en cuenta que la Banca privada actúa como Banca delegada del Banco de España y que, por tanto, media en gran parte de las actividades relacionadas con el control de cambios (a nuestros efectos piénsese en la compraventa de divisas o en la apertura de cuentas a residentes en el extranjero) sería necesaria una mejor reglamentación de la "actuación en nombre de otro" y de las responsabilidades no penales de la Banca privada (19).

C) *Vigencia espacial de la ley.*—Como es sabido las Leyes penales obligan en todo el territorio español (art. 8.º, párrafo 1 del Código civil). Este principio significa, de un lado, que se aplican a todos los delitos cometidos en el territorio independientemente de la nacionalidad de su autor. De otro lado, que no se aplican a los delitos cometidos más allá de nuestras fronteras. Esta última consecuencia tiene una serie de excepciones recogidas en la Ley orgánica del poder judicial que, sin embargo, no afectan a los delitos monetarios. Por ello se ha dicho que "las medidas de represión en

(17) Cfr. A. VITU, cit., págs. 89-90; y R. LEMKIN, cit., pág. 447.

(18) Sobre este tema vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid 1974, págs. 68 y sigs.

(19) Cfr. R. LEMKIN, cit., págs. 447-448.

los regímenes de control de cambios son, como medidas de orden público interno, esencialmente territoriales" (20).

Esta situación no ha satisfecho a todos. Se ha observado, por ejemplo, que las medidas restrictivas del control de cambios tienen un enorme alcance fuera del territorio nacional afectando a los acreedores establecidos fuera del país del deudor, así como a los deudores domiciliados en el extranjero y, en parte, a los capitales poseídos en el exterior por extranjeros residentes en España y por nacionales españoles residentes en el extranjero. De ahí que gran parte de su problemática se centre en las relaciones privadas internacionales (21).

De otro lado no se puede negar que la exclusiva vigencia del principio de territorialidad en relación a los delitos monetarios puede conducir a la impunidad en algunos casos o, al menos, a dudas serias sobre la posibilidad legal de aplicación de la sanción. Piénsese, por ejemplo, en todos los comportamientos (descritos hoy en los números 14 a 17 del art. 1.º de la Ley de 1938) consistentes en ceder pesetas a residentes en el extranjero, cuando se cometen en territorio extranjero por un residente en España; o el supuesto del español residente en España que obtiene créditos en divisas, sin autorización, en el extranjero durante un viaje turístico. Afirmar que frente a estos hechos es aplicable la Ley penal española resulta más que dudoso cuando a la hora de determinar el *locus commissi delicti* hay que afirmar que tanto la manifestación de voluntad como el resultado delictivo han sido realizados en el extranjero.

Una aplicación ultraterritorial de la Ley, en virtud, por ejemplo, del principio de personalidad, quizá fuese justa en algunos supuestos.

D) *Vigencia temporal de la ley*.—La Ley de delitos monetarios no establece ninguna particularidad en cuanto a su vigencia temporal limitándose a concretar su entrada en vigor. En la medida en que el Código penal es de aplicación supletoria rigen el principio "tempus regit actum" del artículo 23 y el de retroactividad de la Ley penal más benigna del artículo 24, ambos de dicho cuerpo legal. En este sentido se pronuncia la doctrina (22) y así lo ha manifestado una resolución de 18 de marzo de 1960 del Tribunal Superior de Contrabando, coincidiendo, por lo demás, en términos generales con las soluciones del Derecho comparado (23).

Sin embargo, el carácter circunstancial o excepcional de las leyes sobre delitos monetarios plantea una conocida cuestión en relación a la posibilidad de aplicar el principio de retroactividad de

(20) A. RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina del "Clean Hands"*, Madrid 1968, pág. 127.

(21) J. BONET, *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en *Anuario de Derecho civil*, 1971, pág. 163.

(22) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 896; E. JIMÉNEZ ASEÑO, *Delitos monetarios*, voz de la *Nueva Enciclopedia jurídica*, VI, Barcelona 1954, pág. 724.

(23) Cfr. A. VITU, *cit.*, págs. 80-81.

la Ley penal más favorable. La legislación penal sobre divisas es eminentemente excepcional. El carácter lícito o ilícito de un hecho, su prohibición o autorización, dependen de condiciones circunstanciales: en definitiva de la posición de la Economía nacional y la moneda en el contexto internacional. La variabilidad en la incriminación puede permitir que, en algún caso, el delincuente cuente con una modificación de la Ley penal que le favorezca en su aplicación retroactiva, perdiendo así la norma su función preventiva o intimidatoria. Ante esta situación, y frente a la discusión doctrinal, Lemkin se pronuncia en el sentido de que una modificación de la Ley en sentido favorable al reo sólo se podrá aplicar retroactivamente cuando tal modificación obedezca a una valoración diferente de las circunstancias implicando, pues, un reconocimiento de que con anterioridad la valoración penal era injusta, pero no cuando obedece a un cambio de las circunstancias de hecho (24).

Tal entendimiento no es aplicable a nuestro Derecho positivo dada la amplitud de la disposición recogida en el artículo 24. Siempre que exista una auténtica sucesión de leyes penales en el tiempo, la ley posterior más benigna habrá de aplicarse retroactivamente. Pues bien, será necesario tener en cuenta la regulación del tema en nuestro Derecho positivo para prever la idoneidad de una limitación a la amplia disposición del artículo 24 del Código penal.

E) *Culpabilidad y error*.—La regulación actual de los delitos monetarios no establece ninguna particularidad en relación a la culpabilidad por lo que, dado que el Código penal ha de aplicarse con carácter supletorio, rigen las normas generales del Derecho penal. Esto significa, de un lado, que los delitos monetarios sólo son punibles si el autor es culpable, de otro lado, que cabe la imprudencia a no ser que el tipo en concreto la excluya y, por último, que es aplicable la doctrina del error como causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

Alguien ha querido ver una tendencia en la legislación extranjera a la objetivación de estos delitos (25). Pero muy probablemente no se trate tanto de una exclusión de la culpabilidad en este sector del Derecho penal, como del establecimiento de ciertas presunciones similares a las del párrafo 2 del artículo 1.º de nuestro Código penal o de la relativa abundancia de infracciones menores con rango de simples faltas o contravenciones (26). Y, por supuesto, es distinto excluir la culpabilidad que operar con presunciones que hagan recaer la duda en contra del reo, o con la limitación del principio de culpabilidad en las infracciones administrativas de mínima cuantía.

Es cierto que en algunas legislaciones la jurisprudencia se pro-

(24) R. LEMKIN, cit., págs. 439-440.

(25) Así J. BONET, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Roma-Madrid 1967, pág. 81, quien advierte que "la intención criminal es raramente considerada como un elemento constitutivo necesario". En similar sentido A. VITU, cit. pág. 76.

(26) En esta confusión pudo haber caído A. VITU, cit., pág. 88.

nuncia en contra de la relevancia del error (27), pero no es esta la tónica general (28) y, aunque así fuese, lo cierto es que conforme a nuestro actual Derecho positivo sobre delitos monetarios el error es relevante, y no existen por otra parte, razones que obliguen a una tendencia a la objetivación de la responsabilidad criminal en una futura reforma.

En contra de la relevancia del error, principalmente del error de Derecho (cuya relevancia jurídico-penal reconoció la interesante sentencia de T. S. de 30 de marzo de 1976), podría esgrimirse a efectos de una futura reforma el argumento de que, en otro caso, quedarían impunes gran cantidad de hechos delictivos. Se diría en concreto que es muy abundante el desconocimiento del Derecho vigente en esta materia dada la pluralidad de disposiciones que la disciplinan y la diversidad de su rango normativo (desde Decretos hasta las múltiples Circulares del antiguo Instituto Español de la Moneda Extranjera o del Banco de España), y en virtud, también de que las infracciones al control de cambios no han pasado a formar parte, con la misma entidad que los delitos clásicos como el robo o el homicidio, de las convicciones ético-sociales, ignorándose a veces, incluso, su lesividad o inmoralidad. Sin embargo, estos peligros no son reales si tenemos en cuenta, en primer lugar, que el conocimiento de la antijuricidad del hecho necesario para la existencia del dolo, y cuya ausencia da lugar al error de Derecho, no exige el conocimiento de la norma en concreto. De ahí que nadie pueda invocar la ignorancia de la disposición concreta (decreto, orden, circular) para negar la culpabilidad (29). En segundo lugar, que gran parte de las personas a quienes van dirigidas las normas (banqueros, comerciantes, titulares de licencias de importación o exportación, etc.) difícilmente pueden apelar al error de Derecho. En esto concuerdan doctrina y jurisprudencia extranjeras. Por ejemplo, advierte Lemkin, que el "error justificable de un comerciante que se ocupa de la importación, de un banquero, de un abogado, etc., no podrá ser admitido más que en circunstancias verdaderamente excepcionales" (30) y la jurisprudencia austríaca ha mantenido que no es atendible el error sobre la existencia o aplicabilidad de disposiciones sobre divisas a un comerciante que, además, mantiene relaciones con el extranjero (31).

(27) M. LE ROY, *Changes (Infractions a la réglementation des)*, voz del *Jurisclasser pénal. Lois penales annexes*, pág. 18.

(28) En Austria, por ejemplo, el error adquiere relevancia salvo casos relativos a ciertos comerciantes en los que se invoca el desconocimiento de la norma. Cfr. GÖSSWEINER-SAIKO, *Wirtschaftsstrafrecht*, Eisenstadt 1970, pág. 46, apartados 6 y 7, y pág. 50, apartados 14 y 15.

(29) En este sentido la jurisprudencia austríaca aunque admite la relevancia del error. Vid. nota anterior. Sobre la irrelevancia de la ignorancia de la Ley vid. F. LIEBRICH, cit., pág. 117.

(30) R. LEMKIN, cit., pág. 446.

(31) Cfr. GÖSSWEINER-SAIKO, cit., pág. 46, apartado 6 y pág. 50, apartado 15.

Se advierte así, que la admisión del principio de culpabilidad (y, por tanto, del error de Derecho) no menoscaba la eficacia de la Ley haciéndola, sin embargo, más justa. En efecto, sería inaceptable, por ejemplo, que en aras de una mayor eficacia se eliminara la exigencia de culpabilidad y se condenase a un emigrante español con residencia en el extranjero por el manejo incorrecto de su cuenta abierta en España a consecuencia de un error de Derecho, cuando en la práctica opera con la más pura falta de malicia y confiado en la competencia e indicaciones del propio Banco.

III. LAS INFRACCIONES DELICTIVAS EN PARTICULAR

En otro lugar se ha expuesto la insatisfacción que produce la técnica de las llamadas leyes penales en blanco o, al menos, los peligros que encierra su utilización. Pese a ello no se puede ser maximalista y hay que reconocer que la materia del control de cambios obliga al uso de esta técnica. Todas las restricciones del control de cambios están en función de una variable independiente que es la situación económica del país en el contexto económico internacional. De ahí que la normativa del control de cambios tenga de alguna manera carácter circunstancial y que las restricciones en el uso de los medios internacionales de pago sufran inevitables variaciones. Tales circunstancias obligan al uso de técnicas de reenvío y remisión, como la de las leyes penales en blanco, que aparecen además en todas las legislaciones (32).

Ahora bien, esta técnica de tipificación que deja en manos de normas de rango inferior a la ley una parte de la disposición penal, ha de presentarse de la forma menos lesiva para la seguridad jurídica. La Ley penal ha de incluir sin excepción alguna todo lo relativo a las penas y al procedimiento. Solamente la determinación del comportamiento punible puede quedar sometido a instancias normativas de rango inferior a la Ley si el objeto de que se trate lo exige.

Sin embargo, esto no debe entenderse como abandono absoluto de la tarea de describir las conductas en manos de órganos administrativos. Este abandono, lesivo del principio de legalidad, ha de ser evitado porque puede ser evitado. El medio para conseguir esto no es el utilizado por la vigente Ley de delitos monetarios con su exagerado casuismo. Esta tipificación casuística no es propio de una Ley llamada a tener un amplio tiempo de vigencia. Su inutilidad lo demuestra el hecho de que la propia Ley de 1938 acaba la enumeración con una fórmula abierta en la que concede poderes abso-

(32) Tal es el caso de la Ley alemana de comercio exterior de 28 de abril 1961 (modificada en 1973) y Reglamento de comercio exterior de 22 agosto 1961; o la Ley francesa de 28 de diciembre de 1966 (completada por D. de 1968); o el D. L. italiano de 6 de junio de 1956 (número 476), modificado por Ley de 25 de julio de 1956 (número 786); o las leyes austríacas de 25 de julio 1946 y 28 de junio de 1969 sobre divisas y comercio exterior.

lutos al Ministerio de Hacienda para crear cuantas figuras delictivas quiera.

Partiendo, pues, del principio de que es inevitable la técnica de remisión a normas de rango inferior a la Ley para completar el presupuesto de la misma, la vigencia del principio de legalidad obliga a que la Ley formal imponga una serie de principios generales y limitaciones a los que queden vinculadas las instancias normativas inferiores. En este sentido, la reforma de delitos monetarios debe considerar la necesidad y utilidad de que en norma con rango de Ley formal queden claramente estipulados los siguientes aspectos en lo referente a la descripción de los comportamientos punibles:

A) La Ley debe establecer, en primer lugar, el régimen a aplicar a los medios de pago internacionales. Los países de nuestro área económico y cultural suelen partir del reconocimiento de un régimen de libertad. Tal es el caso, por citar algún ejemplo, de la Ley francesa de 23 de diciembre de 1966 y la alemana de 28 de abril de 1961, que comienzan reconociendo el régimen de libertad en las transacciones exteriores. Esta situación es, sin duda, cumplimiento del deber que el Tratado de Roma (33) impone a los Estados miembros de establecer, en la medida de lo posible, la libertad de cambios. Pero también responde al sentido del control de cambios en los países occidentales, en donde no se trata de eliminar la libertad de contratación y de libre circulación de capitales, sino de restringirla para equilibrar el mercado internacional de modo que todas las monedas puedan participar en un mercado libre.

Con la salida de nuestro país del régimen de autarquía se instaló nuestra economía en el régimen de libertad de transacciones con el exterior. Este ha de ser, pues, el punto de partida de la Ley. No se trata de incluir en la Ley un principio programático sin trascendencia normativa, sino de implantar un principio jurídico con eficacia normativa al convertirse en instrumento de interpretación de toda la problemática sobre el tema.

B) La técnica de Ley penal en blanco no impide que en Ley formal se tipifiquen aquellos comportamientos que se consideren punibles y que aparezcan como más independientes de circunstancias variables. Las legislaciones extranjeras no suelen establecer figuras delictivas en sus leyes generales sobre comercio exterior, pero la distinta situación económica española quizá permita tipificar las figuras más graves.

C) Habrán de considerarse infracciones punibles los comportamientos que incumplan las restricciones establecidas por la Administración en materia de control de cambios en sus formas de prohibiciones, autorizaciones o declaraciones obligatorias. Ahora bien, en norma con rango de Ley formal hay que precisar con claridad los límites en que puede moverse la Administración en la imposición de las restricciones.

(33) Cfr. arts. 67 y 73 del Tratado de Roma.

Frente a los poderes absolutos que otorga en este sentido la actual Ley de delitos monetarios considerando delictivos cuantos actos se prohíban en lo sucesivo por Orden del Ministerio de Hacienda, la legislación extranjera presenta un cuadro distinto. En efecto, en ordenamientos jurídicos de otros países la Ley que faculta a instancias normativas de rango inferior a describir los comportamientos punibles, se preocupa de alguna manera en fijar las coordenadas en que debe moverse tal actividad.

Tal es el caso de la Ley francesa de 28 de diciembre de 1966, cuyo artículo 3.º faculta al Gobierno a reglamentar los cambios para asegurar la defensa de los intereses nacionales en todo lo referente a someter a declaración, autorización previa o control, los movimientos de capital y todo acuerdo entre Francia y el extranjero, fijando, además, los ámbitos a que puede extenderse la restricción. Del mismo modo, aunque con mayor precisión, la Ley de comercio exterior alemana de 28 de abril de 1961 impone unos principios generales vinculantes y determina los ámbitos estrictos en que puede establecerse la restricción. En cuanto a los primeros establece el parágrafo 6, que las prohibiciones o autorizaciones obligatorias que se exijan sólo se pueden imponer cuando se trate de prevenir las repercusiones de las condiciones reinantes en otros países incompatibles con el régimen liberal de la República Federal alemana y para prevenir las consecuencias perjudiciales para la Economía, para luego añadir un elenco amplio de prescripciones especiales en cada ámbito concreto del comercio exterior.

Sólo con fórmulas similares a las de la Ley alemana puede salvarse la vigencia del principio de legalidad. Cuando la Administración pública, a través del órgano competente, establece una restricción, cuya infracción implica la comisión de un delito monetario, habrá de hacerlo en los límites y por las razones establecidas en la Ley como criterios generales vinculantes. En otro caso la restricción iría en contra de lo establecido en norma de rango superior.

D) La Ley igualmente deberá disponer qué instancias normativas de rango inferior a la Ley quedan facultadas para el establecimiento de las restricciones a la libertad de cambios cuya infracción da lugar al delito monetario.

La Ley de delitos monetarios vigente otorga tal facultad al Ministerio de Hacienda mediante Orden Ministerial. Situación similar se encuentra en otras legislaciones. La Ley francesa citada faculta al Gobierno a reglamentar los cambios mediante decreto (art. 3.º) y la alemana faculta al Gobierno para tales restricciones mediante reglamentos (Rechtsverordnung) requiriendo en casos la conformidad del *Bundesrat* y, en otros, la elaboración conjunta con la Banca Federal.

La seguridad jurídica exige, sin embargo, evitar la práctica de delegaciones en cadena que hace que, en realidad, las restricciones se impongan por simple Circular del Banco de España. Tal situación generalizada implica una enorme inseguridad jurídica.

E) Como es sabido, las restricciones a la libertad de cambios con el exterior no suelen tener carácter absoluto. La mayor parte, en efecto, tienen carácter relativo en cuanto que pueden ser eliminadas por la Administración en cada caso concreto. Y no podía ser de otro modo, ya que la finalidad del control de cambios no es impedir la libre circulación de capitales con el extranjero, sino *controlar* dicha circulación. De ahí que la falta de autorización administrativa constituya un elemento de la figura delictiva. Dicho de otro modo, la autorización administrativa concedida como excepción a la restricción general, hace lícito el comportamiento.

Pues bien, la vigencia del principio de legalidad exige aquí que la Ley evite, en alguna medida, la posible arbitrariedad de la Administración en la concesión de las autorizaciones. En este sentido la Ley alemana de 1961 de comercio exterior se ha preocupado de establecer en su parágrafo 3 que se concederá la autorización cuando con la ejecución del negocio jurídico o del hecho no se pongan en peligro los fines perseguidos por la Ley o cuando, al menos, fuesen superiores los intereses económicos comunitarios a la lesión de tales fines. Con una limitación de esta índole queda, en la medida de lo posible, conjurado el peligro de una arbitrariedad de la Administración.

De igual modo la Ley debería determinar los órganos facultados para la concesión o denegación de las autorizaciones como igualmente se hace en la Ley alemana (34).

En relación con estas cuestiones se ha planteado el tema de la autorización *ex post*, es decir, la posibilidad de que un hecho realizado incumpliendo las restricciones al control de cambios pueda ser considerado como no delictivo, mediante una autorización posterior concedida por la Administración. En defensa de este entendimiento se pronuncia Lemkin argumentando que una solución de esta índole no sería incorrecta en el Derecho administrativo, dado que la autorización posterior concedida por razones de utilidad no afectaría al interés público. Y dado que el Derecho penal de divisas es un Derecho derivado cabría aplicar aquí el mismo razonamiento, excepto en el caso en que se hubiera dictado ya sentencia firme (35). En el mismo sentido se pronuncia Lorente, negando el carácter delictivo del hecho autorizado por la Administración con posterioridad a su comisión, si bien utiliza, entre otras, el argumento práctico de que si es la propia Administración la que incoa el expediente a remitir al Juzgado, es indudable que aquélla no iniciará las actuaciones ante un hecho que quiere autorizar *ex post* (36).

En puridad la autorización *ex post* no puede eliminar el carácter delictivo del hecho. Formalmente se han cumplido todos los elementos del tipo y, desde el punto de vista sustancial, se ha lesionado

(34) El parágrafo 28 se refiere al Banco federal, al Ministro de Economía y Finanzas y a otros órganos inferiores.

(35) R. LEMKIN, cit., págs. 437-438.

(36) E. LORENTE, cit., pág. 476.

el interés jurídico que se trata de proteger en estas infracciones delictivas: el interés de la Administración en el control de las transacciones con el exterior. En contra de esta observación no se puede argüir que la Administración no se considera lesionada ya que autoriza el hecho con posterioridad, porque este entendimiento implica concebir el bien jurídico en el sentido de la jurisprudencia de intereses como un interés particular, actual y renunciable, y esto no es así. El bien jurídico protegido por la norma penal no depende del interés personal de un sujeto (37) excepto cuando la Ley así lo estableciere. Ciertamente el consentimiento del titular del bien jurídico puede, cuando la Ley así lo establece, eliminar el carácter delictivo del hecho, pero en estos casos el consentimiento ha de darse siempre en el momento de comisión del mismo.

Que la Ley otorgue relevancia a la autorización *ex post* no es deseable, porque puede conducir a un arbitrio insoportable de la Administración pública, tendría un claro efecto criminógeno y no quedaría claro qué se trata de proteger con la creación de la figura delictiva.

F) Por último, la Ley debe, en la medida posible, determinar la distinta gravedad de las infracciones para la aplicación de las distintas penas y la diferenciación entre delitos y faltas. La actual Ley de delitos monetarios equipara en gravedad todas las infracciones imponiéndoles la misma pena, por lo que se dijo que "la prolijidad de tipicidades desenvueltas en los artículos 1.º y 3.º de la Ley de 1938 queda minimizada, y en gran parte, sin sentido, al uniformarse igualmente las penas que a cualquiera de ellas puede imponerse" (38).

El rango inferior en la escala de gravedad debe otorgarse a aquellas infracciones que no impliquen más que lesión del interés de la Administración en controlar los cambios sin ulteriores consecuencias perjudiciales. Es decir, lo que algunos llaman, incorrectamente, infracciones formales (39). Desde este ángulo inferior de la escala de gravedad hasta la cúspide, deberán ordenarse las infracciones, según la gravedad de las ulteriores consecuencias perjudiciales. Sobre la posibilidad de que las infracciones de mínima cuantía se conviertan en infracciones administrativas nos pronunciamos más adelante.

En la legislación extranjera suele establecerse una distinción entre delito y falta (o contravención) (40). El criterio determinante

(37) Cfr. J. CEREZO, Curso, cit., pág. 11.

(38) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 911.

(39) En principio todo delito implica la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Incluso cuando sólo se lesiona el interés de la Administración pública en establecer un control, hay lesión de un bien jurídico encarnado en ese interés administrativo.

(40) Así ocurre en Italia. Cfr. L. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità penali nelle aziende*, 2.ª ed., Milano 1973, págs. 262 y 266. Del mismo modo la Ley alemana de comercio exterior de 1961 distingue entre contravenciones y delitos en los párrafos 33 y sigs.; y la Ley de divisas austríacas de 25 de

no es, sin embargo, idéntico en todos los casos. La Ley austríaca de divisas de 1946, distingue ambas clases de infracciones en función del valor económico del objeto de la infracción. La Ley alemana de comercio exterior de 1961 atiende, por el contrario, al carácter de la infracción y sus consecuencias en orden a la seguridad de la República, la perturbación de la vida comunitaria o las relaciones exteriores.

El criterio que atiende al valor del objeto material de la infracción tiene en su favor el ser tradicional en nuestro Código en los delitos contra la propiedad y que permite elevar el grado de certeza en una materia, como la de las infracciones monetarias, cuya regulación nunca satisface de manera absoluta la seguridad jurídica.

IV. LAS PENAS Y SU DETERMINACION

Se ha destacado ya la especial benignidad de la Ley actual de delitos monetarios y el insatisfactorio arbitrio concedido al Juez para la determinación de la pena. Estos dos son los defectos que deben de ser corregidos en una futura reforma.

Como es sabido, las penas establecidas en nuestro Código penal son especialmente severas, pero hay que tener en cuenta, de otro lado, el valor relativo de la cuantía de las penas. En efecto, existen en nuestra práctica algunas instituciones (abono de la prisión preventiva, libertad condicional, redención de penas por el trabajo, aplicación exagerada del Derecho de gracia) que disminuyen considerablemente el valor real de la duración de las penas frente a su valor nominal. La duración teórica de una pena privativa de libertad se reduce en la práctica a un tercio. Algunas de estas instituciones nacieron por falsos motivos humanitarios y sirven en la práctica para aumentar el control de la Administración penitenciaria sobre el condenado en detrimento de la seguridad jurídica. Algunas de ellas son desconocidas en otros países (como la redención de penas por el trabajo) o su aplicación tiene carácter excepcional (como el Derecho de gracia). Pues bien, en una futura reforma habrán de tenerse en cuenta estos sistemas de reducción de la pena para determinar la que merecen las distintas infracciones monetarias.

De ahí que no quepa orientarse por las sanciones privativas de libertad de otros países ya que todas las penas de sus Códigos penales son sensiblemente inferiores a las nuestras al carecer de tantos mecanismos arbitrarios de reducción (41). En la actualidad la Ley de

julio de 1946 en sus párrafos 23 y 24. No sabemos a ciencia cierta la situación del Derecho francés pero la Ley de 28 de diciembre de 1966 en su artículo 5 declara aplicable el Tít. XII del Código de aduanas de 1948 en cuyos artículos 356 y 357 se diferencia entre delitos (de competencia de los Tribunales correccionales) y contravenciones (de competencia de los Tribunales de policía).

(41) La ley alemana de comercio exterior de 1961 establece la pena de prisión hasta tres años o multa (*Geldstrafe*). La Ley francesa de 28 de di-

delitos monetarios prevé la pena de prisión hasta tres años, la multa hasta el décuplo del importe del contrabando, la pérdida de la nacionalidad española (hoy considerada derogada) (42), el comiso y la prisión subsidiaria. Estas sanciones, excepto la de la pérdida de la nacionalidad resultan comunes en otros países.

Especial interés revisten las penas accesorias o secundarias existentes en otros ordenamientos. Se ha puesto de relieve en este sentido que las penas clásicas (prisión y multa) no parecen suficientes a los fines de represión en materia económica (43). En Derecho francés se imponen sanciones civiles y administrativas que parecen resultar eficaces, tales como la incapacidad para ejercer las funciones de agente de cambio, de ser electores o elegidos en las cámaras de comercio y la publicación de la sentencia condenatoria. En Derecho italiano se excluye la posibilidad de obtener nuevas licencias de importación o exportación al infractor o se revoca o suspende la licencia ya obtenida o en vías de utilización. Otras sanciones han sido recogidas por Vitu: sanciones fiscales como la confiscación de los valores depositados en apoyo de una solicitud de licencia de importación; administrativas como la pérdida de licencia o autorización, prohibición de ejercer el comercio internacional, de abrir una empresa, de la profesión de banquero, etc... (44). Incluso, aunque no se encuentran referencias en Derecho extranjero, cabría la posibilidad de prever sanciones específicas para los funcionarios (de las entidades del Ministerio de Comercio o del Banco de España) o empleados de la Banca delegada ya que median normalmente en las actividades de comercio exterior.

En cuanto a la determinación de la pena en el Derecho comparado suele haber una remisión al Código penal común (45). Quizá, sin embargo, esta materia puede tener alguna especialidad en función del tipo criminológico de delincuente. En este sentido la Ley austríaca de divisas establece prescripción especial para el reincidente.

V. EL PROCEDIMIENTO

Como ya se ha señalado, con la reciente reforma de 4 de enero de 1977 la competencia para el castigo de los delitos monetarios se atribuye a la jurisdicción ordinaria en los órganos denominados Juzgado central y Audiencia nacional. Como ya se ha señalado también el procedimiento a aplicar, hasta que no se adecúe la legisla-

ciembre de 1966 eleva su límite máximo a cinco años. La Ley austríaca de 25 de julio de 1946 también opera con el límite de tres años o el de cinco en caso de reincidencia. Más benigna se muestra la Ley italiana de 14 de noviembre de 1926 que establece el límite de tres meses.

(42) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 912.

(43) A. VITU, pág. 94.

(44) Cfr. A. VITU, cit., págs. 92-93.

(45) Cfr. A. VITU, cit., págs. 88-89.

ción de delitos monetarios a las nuevas exigencias económicas, es el previsto en la Ley de 1938 en donde se otorga al Juez "libertad procesal absoluta". Es de esperar que esta situación intolerable tenga sólo carácter transitorio y se someta el proceso a las normas generales del procedimiento criminal ordinario cuya necesidad es reconocida en la Exposición de motivos del citado Real Decreto-Ley de reforma. De ahí que detenga mi atención en otros aspectos procesales de mayor novedad.

En el Derecho europeo el castigo de estas infracciones también está otorgado a la jurisdicción ordinaria. La especialidad técnica de las infracciones hace obligado, sin embargo, que la persecución del hecho se encargue a órganos especializados con personas peritas en la materia que actúan bien al lado de la política judicial o independientemente (46). En este aspecto tampoco difiere de la regulación española.

Con el transvase del poder sancionador de manos de la Administración pública (el desaparecido Juzgado de delitos monetarios) a la jurisdicción ordinaria (Juzgados centrales y Audiencia nacional) se ha dado un primer paso en la privación del enorme poder sancionador de la Administración pública española que, como es sabido, no tiene parangón en el Derecho europeo (47). En este proceso de lo que se ha llamado la desadministrativización es necesario tener en cuenta dos cosas. De un lado que en el Derecho europeo, a la inversa que en nuestro caso, se tiende a la despenalización, es decir, a otorgar a la Administración pública la competencia para el castigo de las infracciones de mínima cuantía, aunque por supuesto con directo control judicial mediante, por ejemplo, la posibilidad de recurso suspensivo ante los tribunales de justicia contra la sanción impuesta por la Administración (48). De otro lado, la pura y simple anulación de las normas que otorgan poder sancionador a la Administración si se hace sin los correctivos pertinentes pueden colocarla en una situación de ineficacia ante el sector encomendado a su competencia y cuidado.

De ahí que no sería desacertado en una futura reforma mantener como infracciones administrativas las de mínima cuantía siempre que se creen mecanismos eficaces de control judicial facultando, por

(46) Cfr. A. VITU, cit., págs. 95-96; L. CHIARAVIGLIO, cit., págs. 267 y sigs. y G. DE KEPPER, *La poursuite des infractions au contrôle des changes*, en *Revue de la Banque*, 1954, págs. 689 y sigs.

(47) Cfr. J. R. PARADA, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *Revista de Administración pública*, 67, 1972, passim; J. CEREZO, *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1975, págs. 167; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, Civitas 1976, pág. 405 y M. BAJO FERNÁNDEZ, *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, en *Anuario de Derecho penal*, 1973, págs. 114 y sigs.

(48) Tal es el caso de Alemania. Vid. arts. 73 y sigs. de la Ley de contravenciones (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) de 1968.

ejemplo, al recurso suspensivo (49). Por otra parte suscribimos la tesis de Parada según la cual el extraordinario poder sancionador de la Administración pública en España se explica, entre otras razones, por no haber encontrado ésta un mecanismo en el proceso penal apto para la persecución y castigo de las infracciones cometidas en ámbitos cuya competencia y cuidado se le había encomendado. Dice Parada que nuestro sistema judicial penal es "un sistema rígido pensado y diseñado, según parece, para corregir cualquier infracción menos las infracciones a la legislación administrativa" (50). De ahí que sea conveniente conocer las técnicas que el Derecho comparado utiliza en el proceso criminal para que la Administración pueda seguir cumpliendo sus fines pese a quedar desprovista del poder sancionador. Parada ha señalado alguna de estas técnicas: posibilidad de condena sin proceso, posibilidad de enervar la acción penal mediante una solución conciliadora, presencia privilegiada de los funcionarios en el proceso penal, reconocimiento de un valor probatorio a los documentos administrativos de constatación de infracciones, etc... (51).

Pues bien, se utilizan en Derecho extranjero dos peculiaridades procesales en el ámbito de las infracciones monetarias cuyo conocimiento es indispensable para una futura reforma de nuestra legislación. Estas son el valor de la prueba y la transacción penal.

A) VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El hecho de que la persecución de las infracciones monetarias quede en manos de funcionarios vinculados a determinados organismos monetarios se liga, en el Derecho europeo, a una especial facultad para conseguir las pruebas, y al otorgamiento de un especial valor probatorio a algunas de ellas (52).

En este sentido los artículos 336 y 337 del Código francés de aduanas, aplicables a las infracciones monetarias, establecen que el expediente redactado por único agente hace fe salvo prueba en contrario, limitándose esta prueba, además, a los documentos de fecha anterior a la indagación efectuada por el agente. Y si el expediente es redactado por dos agentes hace fe, salvo prueba en contrario, de la sinceridad y exactitud de las confesiones y declaraciones que aportan, y hacen fe de las constataciones materiales que relatan sin otra excepción que la falsedad.

Esta fuerza probatoria establecida en el Derecho francés parece encontrarse extendida a otras legislaciones (53).

(49) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pág. 430. Sobre las condiciones de un Derecho penal administrativo vid. J. CEREZO, *Límites*, cit., págs. 169. 170.

(50) J. R. PARADA, cit., pág. 84. Cfr. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pág. 405.

(51) J. R. PARADA, cit., págs. 55 y sigs.

(52) Por ejemplo a efectuar registros domiciliarios o en empresas. Cfr. A. VITU, cit., pág. 97 y R. LEMKIN, cit., pág. 462.

(53) Así R. LEMKIN, cit., pág. 462.

B) LA TRANSACCIÓN PENAL

Con esta expresión queremos referirnos a una institución recogida en algunos países europeos, denominada "transaction" en francés y "oblazione" en italiano, con muy diversas variantes de contenido y efectos, cuya característica común es la de implicar un compromiso entre infractor y Administración pública que impide el proceso criminal y extingue la acción penal.

La transacción penal en sus diversas manifestaciones es una institución muy extendida (54), que tiene en algunos países una honda raíz histórica (55). Su fundamento jurídico se cifra en el hecho de que la investigación judicial del delito y de la responsabilidad de su autor resulta superflua en el caso concreto en razón de la evidencia objetiva del hecho o del reconocimiento implícito o explícito de la responsabilidad del sujeto y, si se trata de infracciones leves, en el hecho de que la interposición de las garantías procesales no pueden entenderse indispensables sólo para el interés público general cuando el interés privado no lo invoca en defensa de su propio derecho (56).

Las ventajas que se atribuyen a esta institución son fundamentalmente que implica un beneficio tanto para el infractor, que evita la condena criminal, como a la Administración que ve así de modo rápido compensado su daño; constituye una sanción moderada pero eficaz por su rapidez; y libera a los tribunales de casos baladíes lo que juega en favor de la dignidad de la Justicia penal que puede más eficazmente dedicar sus esfuerzos a casos de mayor interés social (57).

Sin embargo, la institución ha tenido que soportar numerosas críticas. Se ha dicho en este sentido que subordina el interés social al particular, que compromete la ejemplaridad que se podía esperar de la imposición de la pena y que violenta el principio general según el cual toda infracción delictiva debe ser objeto de un debate contradictorio y de una decisión judicial (58). Estas críticas no son, con todo, atendibles. No existe esa pretendida subordinación del interés

(54) Vid. M. BOITARD, *La transaction penale en Droit française*, en *Revue de Science criminale et de Droit pénal comparé*, 1941, págs. 154-155; A. VITU, cit., pág. 98; V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, III, 4.ª ed., Torino 1961, págs. 599 y sigs.

(55) Cfr. M. BOITARD, cit., págs. 152 y sigs. y V. MANZINI, págs. 596 y sigs.

(56) V. MANZINI, cit., pág. 604

(57) F. BOULAN, *La transaction douaniere*, en *Etudes de Droit penale douanier* (bajo la dirección de R. Gassin), París 1968, pág. 223 y M. BOITARD, cit., págs. 159 y 186.

(58) F. BOULAN, cit., pág. 221; A. VITU, cit., pág. 98 y G. DE KEPPEL, *La transaction en matiere d'infractions au controle des changes*, en *Journal des Tribunaux*, 1955, pág. 247.

social al particular porque la transacción también beneficia la función pública de la Administración. Por otra parte la ejemplaridad de la pena no es más que uno de los medios para conseguir la prevención criminal, prevención que no se ve comprometida con la transacción. Por último las garantías que produce el debate contradictorio del proceso criminal no se ven menoscabadas porque la transacción se presenta como institución voluntaria para el infractor.

Lo que es indudablemente cierto es que la transacción reviste una serie de peligros que deben de ser conjurados mediante una regulación específica. Hay que evitar, por ejemplo, que en la práctica se esté obligado al presunto infractor a transigir aunque se considere inocente, que marque diferencias en función de las disponibilidades económicas de cada individuo ya que la transacción implica un acuerdo de pago en dinero, y que se utilice la transacción por parte del funcionario de modo arbitrario y en atención a consideraciones personales.

Tales peligros han de ser evitados estableciendo el carácter facultativo de la transacción para el infractor y su carácter obligatorio y reglado para la Administración (59), estableciendo un máximo en la cuantía pecuniaria objeto de transacción (60) y ajustando la cuantía en función de las disponibilidades económicas del infractor (61).

La transacción, por supuesto, sólo puede afectar a infracciones castigadas con multa. A efectos de la futura reforma, además, deberá de estudiarse si debe afectar sólo a las infracciones monetarias de carácter administrativo (faltas o contravenciones) o también a los delitos castigados sólo con multa.

Estas dos instituciones que acabamos de estudiar, la valoración de la prueba y la transacción penal, de seguro podrán ser repudiadas por un lector celoso de los valores jurídicos de seguridad y certeza. Pero hay que recordar que hemos vivido en España un sistema jurídico en que la Administración pública tuvo excepcionales poderes punitivos. A la hora de romper con esta situación, que ha comenzado con la supresión del Juzgado de delitos monetarios, no se puede ser maximalista y dejar a la Administración pública en una situación de absoluta desventaja en comparación con los ordenamientos

(59) No ocurre así en otros ordenamientos como el francés en que la Administración acuerda con el infractor, dentro de unos márgenes legales, el importe de la transacción, lo cual a mi juicio debe ser evitado.

(60) En la legislación italiana se establece como límite máximo una parte proporcional de la pena de multa de la Ley. Vid. V. MANZINI, cit., págs. 597 y 601. En Francia la Administración de aduanas opera con un mínimo facultativo. Vid. F. BOULAN, cit., pág. 234.

(61) Tal sistema, dice G. DE KEPPER, *La transaction*, cit., pág. 247, es posible porque la transacción en materia de infracciones monetarias no persigue, como pudiera ocurrir con las infracciones fiscales, una recuperación del impuesto no percibido, sino asegurar el orden social.

jurídicos europeos en que rige un auténtico Estado de Derecho. Sin que me convierta en defensor de estas técnicas procesales que mejoran la situación de la Administración pública en el proceso criminal en relación con ciertas figuras delictivas (fundamentalmente del Derecho penal económico), lo cierto es que existen más allá de nuestras fronteras y que no podemos ignorar.

NOTA: Cuando ya este artículo se encontraba en imprenta, el autor ha conocido la publicación en Italia de una nueva Ley de Delitos monetarios (Decreto-ley 4 marzo 1976, n. 31, modificada por Ley 30 abril 1976, n. 159) algunas de cuyas disposiciones coinciden con las tesis mantenidas en este trabajo. Una traducción de la parte penal de esta Ley aparece en la Crónica Extranjera de este mismo fascículo.