

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Prof. Dr. Nicolás García Rivas

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2002

<http://www.cienciaspenales.net>

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Prof. Dr. Nicolás García Rivas*

I. INTRODUCCIÓN.

Aunque no sea este el lugar indicado para desarrollar por completo el tema del principio de legalidad, sí conviene esbozar mínimamente los rasgos que definen su fundamento y que constituyen la seña de identidad de las garantías inherentes a dicho principio aún en nuestros días. Los problemas específicos que plantea el Derecho penal económico pueden y deben resolverse justamente de acuerdo con esas señas de identidad, como veremos.

Francisco Tomás y Valiente ha descrito magistralmente el modo en que los jueces aplicaban el Derecho penal en la época del absolutismo: a una ley poco concreta se unía una exorbitante facultad de los jueces para decidir en cada caso cómo solucionar un problema jurídico penal sin someterse a otra regla que su propio discernimiento, aportando al sistema punitivo un alto grado de *arbitrariedad*. Tomando una cierta perspectiva, en realidad este sistema de justicia penal no era sino una manifestación de la concentración de poder en manos del poder ejecutivo, identificado en el monarca, que por una parte tenía potestad para promulgar leyes penales sin sujeción a parámetro alguno y, por otra, la tenía también para controlar quiénes ejercían la justicia penal. Esta concentración de poder, generadora de *arbitrariedad*, puede considerarse una de las mayores lacras con las que se topó el naciente Estado liberal tras el estallido de la Revolución francesa en 1789. Frente a ese dominio absoluto del monarca se ideó un sistema en el que los poderes aparecían divididos, de manera que la potestad legislativa quedara monopolizada en una asamblea mientras que la potestad judicial se asignaba a un cuerpo profesional de jueces que serían independientes del poder ejecutivo y estarían sometidos rígidamente a la ley. Así nace el

* PROPUESTA DE CITA: Nicolás García Rivas: El principio de legalidad en el derecho penal económico. 2002. Portal iberoamericano de derecho penal (<http://www.uclm.es/idp>).

principio de legalidad, entendido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*: únicamente la nación soberana representada en la Asamblea podía designar las conductas punibles y establecer las penas correspondientes. El juez se limitaría a comprobar en el caso concreto si se daban las condiciones previstas en la ley y adoptaría las consecuencias en ella previstas. De este modo se garantizaba al ciudadano tanto la *legitimidad* de la decisión (porque estaría en manos de la nación y no del monarca el *monopolio de criminalización*) como la *seguridad* en su adopción (al cerrarse el paso a la utilización sistemática de la *analogía* por parte de los jueces, a quienes únicamente competiría – como dijo Montesquieu- “ ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”). En consecuencia, si quisiéramos sintetizar el sentido y alcance del principio de legalidad podríamos decir que en su virtud se garantiza al ciudadano la *legitimidad* y la *seguridad* sobre las consecuencias de sus conductas frente a la potestad punitiva del Estado. Dentro de este marco pueden especificarse distintas garantías que se consideran inherentes al principio de legalidad: la reserva de ley, la prohibición de la analogía, la irretroactividad y la interdicción del doble castigo o *ne bis in idem*, derechos a cuya preservación están llamados los distintos sectores del *sistema penal* y, en particular, tanto el legislador encargado de confeccionar las normas como los tribunales llamados a aplicarlas.

Nuestro texto constitucional ha recogido esta tradición reconociendo en su art. 25.1 que “ nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” . La pobreza con que se refleja tan importante principio (en realidad sólo se recoge fielmente el derecho a la irretroactividad) no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional haya enriquecido sustancialmente ese tenor literal, logrando nutrir el parco contenido del art. 25.1 mediante una compleja tarea de ortopedia jurídica para la que ha contado, sobre todo, con los arts. 81 (que obliga a utilizar la ley orgánica para regular los derechos fundamentales), 117 (que reclama a los jueces el sometimiento al imperio de la ley) y 9.3 (que veda la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos).

II. RESERVA DE LEY: EL PROBLEMA DE LA LEY PENAL EN BLANCO.

Una de las características definitorias del sector del Derecho penal que es objeto de nuestra atención es sin duda su asentamiento en áreas de la órbita jurídica que cuentan con una compleja y extensa regulación previa: tanto el Derecho de sociedades como el relativo al medio ambiente, a la propiedad industrial, a la competencia o, en fin, el que se refiere a la protección del consumidor, son buena muestra de ello. El legislador penal elabora en estos casos sus reglas estando seriamente predeterminado por ese fenómeno y procura mantener a ultranza el principio general de unidad y coherencia del ordenamiento recurriendo a una técnica que puede resultar lesiva del principio de legalidad si no se utiliza correctamente: la ley penal en blanco.

Como es sabido, se denomina de ese modo a aquellos preceptos en los que la conducta punible no aparece enteramente definida porque el legislador se *remite* a otras disposiciones (sean del rango que fueren) para completar el tipo. Existe, pues, una especie de fractura normativa que a primera vista podría parecer contraria al principio de legalidad penal por cuanto no es la ley penal la que se encarga de expresar los contornos de la conducta punible en su integridad.

Ejemplo: Art. 316: “Los que *con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados*, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

La parte del precepto que aparece en *cursiva* constituye una *remisión* a la normativa laboral (extrapenal, por tanto), cuya infracción es imprescindible para que la conducta sea punible.

Si el principio de legalidad tuviera como única meta garantizar la *seguridad* jurídica, no existiría objeción alguna contra la *remisión* que realiza el legislador a normas de rango inferior (como los reglamentos) ya que en tal caso seguiría estando muy claro el margen de lo penalmente prohibido: bastaría con acudir a esa norma extrapenal de carácter general. Sin embargo, como antes decíamos, el principio de legalidad sintetiza una doble garantía: de *seguridad*, por una parte, y de *legitimidad*, por otra. Esta última no quedaría colmada si el legislador penal hiciera dejación de sus funciones, olvidando que ostenta el *monopolio de criminalización*, y cediera indebidamente al poder ejecutivo (que es el encargado de dictar los reglamentos) esta potestad punitiva. He aquí el *quid* de la cuestión. La técnica de la ley penal en blanco no es sospechosa de infringir el principio de legalidad porque perjudique la *seguridad* jurídica, sino porque puede vulnerar la garantía de *legitimidad* o, lo que es lo mismo, la reserva de ley en materia penal.

Ese ha sido el criterio adoptado por nuestro Tribunal Constitucional al enfrentarse al problema de la constitucionalidad de esta especie de leyes. En su Sentencia de 5 de julio de 1990, al analizar un precepto de estructura similar al art. 316 CP, transcrito más arriba, consideró que existen razones fundadas para permitir al legislador penal que efectúe *remisiones* siempre y cuando no deje de definir en la propia ley penal la “ esfera de prohibición” , es decir los contornos de la conducta punible. Entiende el Alto Tribunal que cuando el legislador opera de este modo no está haciendo dejación de funciones sino que se está sirviendo simplemente de la regulación extrapenal para *completar* el tipo, teniendo éste sin embargo significado lesivo por sí mismo, al margen de la *remisión*. Para comprender esta doctrina constitucional, que nos lleva a plantear la admisibilidad de las leyes penales en blanco en el terreno de lo relativo, basta con comparar el citado art. 316 CP con el art. 335 CP.

Art. 335 CP: “El que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, *no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia*, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses”

La diferencia entre uno y otro precepto estriba en el contenido lesivo de la conducta que aparece prevista en el tipo, dejando a un lado la *remisión*. En efecto, mientras el art. 316 – leído de este modo fragmentario- castiga a quienes no adoptan medidas de seguridad, provocando con ello un peligro para la vida o la salud de los trabajadores (conducta merecedora de recibir sanción penal porque tiene un claro contenido lesivo), el art. 335 castigaría una conducta que carece en sí misma de lesividad, pues cazar o pescar especies no amenazadas o en peligro de extinción es perfectamente lícito siempre que se cumplan una serie de requisitos de índole administrativa, que son precisamente los que contienen las “ normas específicas en la materia” a que alude la *remisión* contenida en el precepto. De ahí que, en este caso, la “ esfera de prohibición” gire en torno a la normativa remitida y no al precepto contenido en el Código Penal. Por esa razón cabe reprochar al legislador que haya eludido el *monopolio de criminalización*, pues permite al poder ejecutivo invadir – mediante reglamentos- la potestad punitiva que la Constitución le otorga, vulnerando así el principio de legalidad.

A nuestro modo de ver, sin embargo, la referida doctrina del Tribunal Constitucional consigue salvar sólo en parte las objeciones dirigidas contra la admisibilidad de la ley penal en blanco. Es cierto que cuando el tipo contiene elementos propios de lesividad penal, el legislador está añadiendo un *plus* a la mera infracción reglamentaria, de tal modo que ésta se convierte en condición *necesaria* pero no *suficiente* para dilucidar la responsabilidad penal. En este sentido, el art. 335 CP es buen ejemplo de lo contrario, es decir, se trata de un supuesto normativo en el que la infracción reglamentaria es condición *necesaria* y además *suficiente* para incurrir en una conducta punible. Ahora bien, si la vulneración de la norma extrapenal es condición *necesaria* para la punición de la conducta, estamos admitiendo que la señalización del umbral de la “ zona penal” es competencia de una instancia diferente al legislador penal, porque sólo

cuando se infrinja esa normativa extrapenal podremos analizar si, además, se presentan en el caso los elementos de lesividad propiamente penal contenidos en el tipo correspondiente. Así, con relación al art. 316 CP, por ejemplo, sólo cuando se infrinjan las normas (no penales) relativas a seguridad en el trabajo podrá entrarse a analizar, después, si dicha infracción puso en peligro la vida o la salud de los trabajadores. En caso contrario, este último análisis no es posible. La conducta realizada por el sujeto, al no infringir aquella normativa, pertenecería a esa clase de conductas atípicas que se clasifican bajo la denominación de “ riesgo permitido” . En el ámbito del Derecho penal económico, expresa fielmente la tensión entre la misión penal de proteger bienes jurídicos y la necesidad social de progreso, tensión que se resuelve de un modo más o menos pacífico señalando límites al inevitable daño social que este último comporta. De ahí su denominación: el riesgo existe, pero se admite su existencia y un determinado nivel de sacrificio de los bienes jurídicos a favor del desarrollo económico.

Visto el problema desde este ángulo, parece más que discutible el criterio seguido por el Tribunal Constitucional, que en el fondo autoriza a una instancia no legislativa la determinación de los requisitos exigidos para considerar que una conducta ha superado el riesgo permitido y entra de lleno en el ámbito penal. Interpretando de esta manera su doctrina, cabría decir que se considera incompatible con el principio de legalidad aquella ley penal en blanco que efectúa una remisión mediante la cual el poder ejecutivo puede determinar *completamente* la esfera de prohibición. Por el contrario, considera compatible con la Constitución toda ley penal en blanco que incluya elementos típicos distintos de la remisión propiamente dicha, como ocurre en el art. 316 CP.

III. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE EN RELACIÓN CON LA LEY PENAL EN BLANCO.

El art. 25.1 CE, como decíamos, recoge sin lugar a dudas el derecho a la irretroactividad de la ley penal como garantía indefectiblemente unida al concepto

de Estado de Derecho. La inseguridad jurídica y la arbitrariedad que comportaría una aplicación retroactiva indiscriminada de la ley penal echaría por tierra los pilares mismos del Estado que la Constitución diseña. El art. 2 CP, en su apartado 1º, refleja ese principio y extiende su alcance a las medidas de seguridad; pero a continuación, en su apartado 2º, concede el beneficio de la retroactividad cuando la ley penal posterior sea favorable al imputado o condenado, en virtud de un elemental principio de justicia que obliga a conceder los beneficios de la nueva legislación a quienes estuvieran afectados por la ley anterior, más severa, ante la ausencia de perjuicio a las garantías individuales. El hecho cierto de que el texto constitucional no reconozca de manera expresa la retroactividad favorable como derecho fundamental no ha impedido que el Tribunal Constitucional le haya otorgado ese rango en varias Sentencias (entre otras la de 10 de junio de 1994, citando otras anteriores: SSTC 8/1981 y 5/1985), realizando una interpretación integradora de los arts. 25.1, 9.3 y 17.1 CE e invocando, en última instancia, el principio general *favor libertatis* o, lo que es lo mismo, una interpretación de los derechos fundamentales (en este caso, el principio de legalidad penal y el derecho a la libertad personal) que garantice la efectividad de los mismos.

En lo que se refiere al Derecho penal económico, la retroactividad favorable presenta rasgos singulares a causa de la amplia utilización de la ley penal en blanco. Como se ha dicho, la ley penal en blanco se remite a leyes y/o reglamentos que regulan el sector correspondiente de la actividad socioeconómica y no es infrecuente que esta normativa que vive extramuros del sistema penal sufra modificaciones mientras se mantiene inalterado el tenor del precepto penal. Como consecuencia de la existencia de este doble plano normativo, el fenómeno de la sucesión de normas se produce relativamente, ya que no tiene lugar en el plano penal sino en el plano extrapenal. Esa es la razón que han aducido algunos para considerar que las modificaciones de la normativa extrapenal que sean de signo favorable al ciudadano no afectarán a quienes hubieran realizado la conducta mientras estaba en vigor una regulación “extrapenal” más rigurosa, apelando en último término a esa interpretación según la cual no varía la esfera de prohibición aun cuando lo hagan las

disposiciones remitidas, que quedan fuera de ella. Veámoslo mediante un ejemplo:

A es responsable de que la empresa E. realice emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera en una cantidad que supera lo permitido en la normativa medioambiental, infringiéndola. Además, dichas emisiones comportan un peligro para la vida vegetal de un bosque cercano a la planta industrial desde la que se realizan las emisiones. Al verificarse los requisitos típicos del art. 325 CP, A es condenado a una pena de 1 año de prisión, aplicándosele a la empresa E. medidas previstas en el art. 129 CP.

Con posterioridad a la condena, se modifica la normativa medioambiental, permitiéndose la emisión de dióxido de carbono en la cantidad emitida por la empresa E.

¿Afecta o no esta modificación normativa a la responsabilidad penal de A.?

La solución del problema, como decíamos, depende de cómo se interprete la integración a que da lugar la estructura de la ley penal en blanco. Si consideramos que la esfera de prohibición está definida permanentemente en el Código Penal y que la normas a las que éste se remite sólo añaden cuestiones de detalle, entonces, en el ejemplo propuesto, al sujeto responsable A no le afectaría la nueva regulación medioambiental. Se diría entonces que su conducta supuso en su momento la realización del tipo y que el precepto infringido no ha sufrido modificación alguna posterior, pues mantiene el mismo tenor literal; con otras palabras: A infringió la normativa medioambiental y provocó un peligro para la vida vegetal; al no existir una regulación *penal* posterior no puede verse favorecido por retroactividad favorable alguna.

Distinta sería la solución si admitiéramos que, en este supuesto, la normativa medioambiental no sirve sólo para añadir detalles a lo dispuesto en el Código Penal, sino que adquiere un valor y un sentido singulares por cuanto se convierte en condición *necesaria* para dilucidar la responsabilidad penal: si no se infringe la norma que prohíbe las emisiones de dióxido de carbono por encima de un nivel determinado (determinado en dicha normativa) no puede existir dicha responsabilidad. O, visto desde otro ángulo: esa misma conducta realizada por A no sería punible ahora gracias a la modificación sufrida por la reglamentación sobre medio ambiente. Este dato incontestable debería inclinar la solución del

problema concediéndole relevancia a la retroactividad favorable. Si aceptamos que la infracción de las disposiciones “ extrapenales” es condición necesaria para la realización del tipo, esa condición no se cumple ya, y debe reconocérsele al autor, al propio tiempo, la irresponsabilidad sobrevinida por el hecho cometido, que dejó de ser punible.

Deliberadamente se ha dejado para el final la cuestión relativa al rango de la normativa comunitaria, tan prolija en este campo. Dado que estamos ante tipos penales que reclaman la integración de otras normas, se ha planteado si en el caso de las normas comunitarias existe o no el índice de legitimidad necesario para no violentar el principio de legalidad (por este motivo). Como es sabido, la Unión Europea carece de una institución legislativa soberana pareja a las de los Estados miembros; sus disposiciones nacen de organismos compuestos por representantes de los poderes ejecutivos nacionales. Por ello se afirma que deberían recibir convalidación en los órganos legislativos soberanos que existen en los países miembros. El fenómeno se describe con la expresión “ déficit democrático” . Ahora bien, el actual proceso de integración europea (jalonado espectacularmente con la adopción de la moneda única) permitiría realizar una interpretación diferente de ese proceso de generación normativa: todos los países miembros cuentan en la actualidad con Parlamentos democráticamente elegidos de los que emana, en segunda instancia, el poder ejecutivo (en el caso de Francia, donde existe un sistema de doble legitimidad, el sufragio universal mediante el que se elige al Presidente de la nación representa una convalidación directa que no admite suspicacias). En consecuencia, quienes deciden en las instancias europeas en nombre de un país miembro son autoridades nacionales cuya representatividad sí es plenamente democrática. La toma de decisiones puede entenderse así como un ámbito secundario (o segunda instancia) respecto a la que es habitual en el territorio nacional.

IV. EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

La intervención penal en materia económica suele venir precedida de una amplia regulación administrativa, que incluye con frecuencia la implantación

de un régimen sancionador. No es extraño, por ello, que esos dos niveles de intervención punitiva se superpongan, dando lugar a conflictos aplicativos que deben ser resueltos de acuerdo con el principio constitucional *ne bis in idem*, impidiendo así una doble sanción injustificada.

La evolución de la jurisprudencia constitucional relativa a este principio ha dado lugar, en los últimos veinte años, a una doctrina que se apoya en los siguientes criterios:

1. El *ne bis in idem* es un principio constitucional que se halla reconocido en el art. 25.1 CE.
2. Desde el punto de vista material consiste en la imposibilidad de sancionar doblemente cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.
3. Desde el punto de vista formal, este principio garantiza que los hechos declarados probados en el orden jurisdiccional penal lo son también en el orden administrativo en aquellos casos en los que la Administración pueda enjuiciar esos hechos tras una sentencia penal absolutoria.

Bajo estos parámetros, recogidos parcialmente en los arts. 133 y 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, sólo cabría sancionar dos veces un hecho cuando las sanciones se infligieran a sujetos distintos o bien tuvieran fundamento diferente. Lo primero ocurre siempre que el hecho haya sido cometido en el marco de una persona jurídica debido a la imposibilidad de considerarla sujeto a efectos de imputación penal. En esos casos, se dirigirá la sanción penal contra la persona física, mientras que la Administración sancionará a la persona jurídica, aunque manteniendo un criterio de proporcionalidad que tenga en cuenta la posible imposición en el ámbito penal de alguna de las llamadas “ consecuencias accesorias” . Por su parte, la divergencia de fundamento sancionador aparece siempre que el implicado se halle sometido a una relación de sujeción especial con la Administración, como ocurre siempre que se trate de un funcionario público. En tal caso, la sanción penal no impedirá el ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa.

Desde el punto de vista formal, hasta hace poco era incuestionable la preferencia de la intervención penal sobre la administrativa, de manera que cuando la iniciativa proviniera de la Administración, mediante la apertura del correspondiente procedimiento sancionador, el hallazgo de indicios de responsabilidad criminal daba lugar a la obligación de elevar el asunto al Ministerio Fiscal con el fin de que éste iniciara la acción penal si lo estimara conveniente. Por otra parte, a la hora de dar preferencia a sendas sanciones, siempre se daría prioridad a la sanción penal, en virtud del principio general vigente en nuestro ordenamiento jurídico de la preferencia de su orden jurisdiccional. Ahora bien, este modo de interpretar el *ne bis in idem* ha sufrido un considerable revés en la STC de 11 de octubre de 2000, que ha dado prioridad a la sanción administrativa, sin que sea posible todavía valorar la consolidación de dicha doctrina.

El caso que da origen a la misma se refiere a una conducta vulneradora de la Ley de Aguas y constitutiva de delito ecológico. La Administración no paralizó el expediente sancionador, como era su obligación, y sancionó pecuniariamente al sujeto. Posteriormente recayó sanción penal sobre el mismo hecho, enjugando el Tribunal competente aquella sanción a la hora de determinar la multa aplicable. Siguiendo los parámetros tradicionales, el Tribunal Constitucional hubiera debido anular la sanción administrativa, pero hizo justamente lo contrario, por entender que la prioridad del orden jurisdiccional penal sólo puede ser entendida como una garantía para el ciudadano y no como una imposición del ordenamiento jurídico. A partir de ahí, dado que la sanción administrativa adquirió firmeza con anterioridad a la imposición de la pena, la Sentencia anula la resolución penal condenatoria. Dice textualmente la Sentencia: “ *no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la Administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado afflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente.*” Hay que advertir de que la STC 152/2001, de 2 de julio, inadmite un recurso de amparo que se basa justamente en la doctrina anterior, permitiendo la doble sanción por no haberse invocado la lesión del derecho fundamental que nos ocupa en el momento procesal oportuno.