

PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO: EL MODELO LEGISLATIVO ESPAÑOL

[Criminal Protection of the Public Property:
The Spanish Legislative Model]

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El artículo examina, desde una perspectiva crítica y analítica, la forma en que el derecho español asume la protección penal de los intereses patrimoniales del Estado, tras la dictación del *Código Penal* de 1995, tomando como base para el análisis las normas que establece la *Constitución* española de 1978. El objetivo central del trabajo es determinar los aspectos positivos y negativos de aquella propuesta legislativa, como referente para valorar la forma en que el derecho nacional asume la protección de esos intereses y como parámetro para enjuiciar una eventual iniciativa de reforma de este sector del ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Hacienda pública – Delitos fiscales – Patrimonio público – Delitos tributarios – Delitos aduaneros.

ABSTRACT

From a critical and analytical standpoint, based on the norms established by the Spanish Constitution of 1978, this article examines the manner in which Spanish law assumes the criminal protection of the State's patrimony interests, after the *Criminal Code* of 1995 was drafted. The purpose of this work is to determine the positive and negative aspects of said legislative proposal, as a referent to assess the manner in which the national law assumes the protection of those interests and as a parameter to examine a possible reform initiative of this sector of the legal system.

KEY WORDS: Public Finance – Violation of public treasury laws – Public property – Violation of tax laws – Customs crime.

* Catedrático de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: lrodrige@ucv.cl

I. INTRODUCCIÓN**

La entrada en vigencia del *Código Penal* de 1995 representa, sin duda, el momento más trascendental en la historia de la codificación penal española, tanto por la magnitud de las reformas que dicho texto introdujo, como por la profundidad y el rigor técnico con que procedieron sus redactores. La promulgación de ese *Código* fue el fruto de un largo proceso de adecuación de la normativa penal a la *Constitución* española de 1978. De manera que los cambios que aquél introdujo han de ser juzgados e interpretados según el propósito que animó al legislador de 1995, en orden a materializar en el nuevo texto penal todo el esquema de garantías que contempla la actual preceptiva constitucional.

Este trabajo tiene por objeto examinar la forma en que el ordenamiento jurídico español asume hoy la protección de la hacienda pública, tras las importantes modificaciones que el *Código Penal* de 1995 introdujo en este campo; para determinar, a continuación, si la preceptiva actual representa algún avance en relación con la tutela que brindaba el ordenamiento anterior. No se trata, pues, de efectuar un desarrollo completo del tema de la hacienda pública, ni de los principios constitucionales que rigen la gestión de los presupuestos estatales por parte de la autoridad administrativa, sino, simplemente, de enjuiciar las normas que el Derecho positivo español destina a la protección de esos valores, básicamente a partir de las garantías que orientan y limitan el ejercicio de la potestad punitiva estatal.

II. SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL

El artículo 10.1 de la *Constitución* española (el primero dentro de un título denominado *De los derechos y deberes fundamentales*) dispone: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Si bien es cierto que la inclusión de esta norma se inscribe en la reacción del constitucionalismo de postguerra en contra de los excesos de que fue testigo la humanidad (especialmente en lo que respecta a las violaciones del derecho a la vida y la integridad de las personas), su alcance, en modo alguno, ha de ser restringido al simple propósito de reafirmar la vigencia de los derechos fundamentales de la persona. Sus proyecciones, en efecto, son mucho más

** Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación FONDECYT 1060816: “Protección penal del patrimonio público. Estudio dogmático y crítico”, en ejecución durante el período 2006-2008, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

amplias, porque la dignidad humana es proclamada como fundamento del orden político, lo cual quiere decir, por una parte, que aquélla se erige como principio básico del ordenamiento jurídico, esto es, le confiere un sentido propio, condicionando su interpretación y aplicación; y, por otra parte, es fuente de legitimidad (y, al mismo tiempo, un límite) de la actuación de los poderes públicos¹.

Este último aspecto aparece suficientemente resaltado si se considera que el artículo 9 de la *Constitución* española, después de declarar que los poderes públicos quedan sujetos a la preceptiva constitucional, agrega que a ellos corresponde “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo [...] sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. El valor de la dignidad humana cumple, pues, una función de legitimación, que entronca con el hecho de ser aquél un principio central del derecho público y de haber consagrado la *Constitución* que los órganos públicos están al servicio del individuo, y que tienen por misión promover las condiciones requeridas para su pleno desarrollo espiritual y material. En estas circunstancias, las actuaciones de los órganos estatales sólo serán legítimas, es decir, adecuadas a las exigencias constitucionales, en la medida en que contribuyan a garantizar y estimular el arraigo, no sólo de los derechos fundamentales, sino que, aun, del propio valor de la dignidad personal². De modo que la inclusión del valor de la dignidad humana en un precepto autónomo y estrechamente vinculado con la noción de Estado de Derecho, constituye una base normativa que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico y que no puede ser ignorada por el legislador, al momento de formular las leyes; ni por el órgano jurisdiccional, al interpretar y aplicar el derecho positivo.

Si lo anterior es válido respecto de todos los sectores del ordenamiento jurídico, lo es en una medida mucho más intensa en el caso del Derecho penal, cuyo contenido –por la importancia de los derechos que puede lesionar a través de la imposición de una pena– es el que más estrechamente se vincula con el ámbito de protección inherente a la dignidad

¹ En este sentido, entre varios otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona* (Madrid, Civitas, 1986), p. 87, y RUIZ-GIMÉNEZ, J., *Comentarios al artículo 10 de la Constitución*, en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Leyes Políticas* (Madrid, Edersa, 1984), II, pp. 102-102.

² De esta opinión, FERNÁNDEZ SEGADO, *Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, en *La Dignidad de la Persona: Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1995), II, p. 21; GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, cit. (n. 1), p. 89; y RUIZ-GIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. (n. 1), pp. 101-105.

de la persona³. La idea de dignidad, en efecto, subyace en el principio denominado de intervención mínima, como también en el postulado que generalmente se expresa bajo la denominación de subsidiariedad. Porque, si el ejercicio del poder penal importa privación o restricción de derechos fundamentales, es lógico que el Estado, conforme al imperativo constitucional de servir a la persona y de no obstaculizar las condiciones para su pleno desarrollo, reserve la aplicación de aquel instrumento coercitivo, únicamente para aquellas situaciones límites en las cuales –ya por su gravedad extrema, ya por la falta de otros medios idóneos– no quede otro camino que utilizar el recurso a la pena.

Es ésta, también la idea que está presente en la relación dignidad humana-*proporcionalidad* de la pena, puesto que en el evento de ser necesaria la intervención penal, el imperativo de respeto de la dignidad personal que pesa sobre el Estado, obliga a éste a no ir más allá de lo que en estricta justicia aparezca como equivalente a la gravedad de la ofensa. Sin contar con que tras la idea de proporcionalidad, también está presente la necesidad de no instrumentalizar a la persona, para la obtención de objetivos extrapersonales, peligro este último que sólo se evita en la medida en que haya correspondencia entre la infracción y el castigo⁴.

Por lo que respecta al principio denominado de lesividad (también llamado de ofensividad o de necesaria afectación de bienes jurídicos), es preciso tener en cuenta, en primer término, que el ser humano, por su condición de tal, posee un “núcleo de libre desarrollo de la personalidad en el que la coacción estatal no puede penetrar” y que ese núcleo, por cierto, no se respetaría “si se castigaran simples actitudes internas o hechos exteriores carentes de lesividad”⁵. Desde otra perspectiva, el resultado vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona en que suele traducirse el ejercicio de la potestad punitiva, exige que ésta se ejercite del modo más restrictivo posible, y la medida de esto último sólo puede darla el hecho de existir un bien jurídico necesitado de protección.

La idea de dignidad humana no sólo se proyecta sobre el tema del bien jurídico del modo anteriormente descrito, sino que también se manifiesta en el proceso de selección de los intereses que se consideran dignos de protección y en la forma en que el legislador penal asume dicha protección. La plena vigencia de aquel valor, en efecto, exige que sólo sean elevados

³ RODRÍGUEZ COLLAO, L., *Proyecciones penales del concepto de dignidad humana*, en *Anuario Universidad Internacional Sek 2* (1996), pp. 187-189.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* (Barcelona, Bosch, 1992), p. 269.

⁵ COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Gráficas Guada, 1984), p. 66.

a la categoría de bienes jurídicos aquellos intereses que sean inherentes a la persona o que resulten necesarios para su pleno desarrollo espiritual y material, incluyendo, por cierto, sus posibilidades de actuación en la vida social⁶. Limita, también, la libertad del legislador en cuanto sólo puede considerar aquellas posibilidades de lesión que efectivamente operen en desmedro de la dignidad del individuo y que se concreten en hechos externamente apreciables.

En relación con el principio de culpabilidad, por último, todas las manifestaciones que en torno a él suele destacar la doctrina, tienen como base el imperativo de tratar al ser humano conforme a su condición de tal. En otras palabras, de considerar que sus actos siempre están presididos por una finalidad y de no tratarlo como simple causa mecánica de unos resultados que se consideran indeseables (exigencia de dolo o culpa); de considerar, asimismo, que es un ser capaz de captar la ilicitud de los actos y de adecuar su comportamiento conforme a ese conocimiento (imputabilidad, conocimiento de la ilicitud); de considerar que sus actos no son mecánicos, sino que están siempre presididos por una motivación (exigibilidad) y de no responsabilizar a un sujeto por actuaciones respecto de las cuales no tuvo dominio (principio de responsabilidad personal)⁷.

En suma, puesto que la pena importa privación o restricción de derechos fundamentales del individuo, ella es en sí misma un atentado contra el valor de la dignidad humana. De modo que la legitimidad del ejercicio de la potestad penal, está supeditada a que la intervención punitiva se reduzca al mínimo posible (principio de intervención mínima); que sólo se haga efectiva cuando exista un bien jurídico que realmente justifique su protección en sede penal; y siempre que se respeten unas condiciones mínimas de proporcionalidad e imputación subjetiva, que disminuyan al máximo el coste para la noción de dignidad que va implícito en la imposición de una pena.

III. HACIENDA Y PRESUPUESTOS PÚBLICOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL

El concepto de hacienda pública posee, al menos en el campo penal, y en tanto que objeto de protección en ciertas conductas delictivas, un carácter eminentemente patrimonial, hasta el punto que algunos autores lo identifican con la noción de erario nacional⁸, es decir, el patrimonio de

⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed., Barcelona, PPU., 1985), p. 76.

⁷ En detalle sobre la relación entre dignidad del individuo y el principio de culpabilidad, COUSIÑO, L., *Derecho Penal Chileno* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1992), III, pp. 5-15.

⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Importación o exportación de géneros de lícito comercio*, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Delitos e infracciones de contrabando*

que dispone el Estado para satisfacer las necesidades colectivas y los gastos que demanda el funcionamiento del aparato estatal. En la actualidad, sin embargo, aun sin desconocer su impronta patrimonial, la dogmática penal estructura el concepto de hacienda pública desde la óptica de los intereses de la colectividad, lo que permite su plena autonomía con respecto al bien jurídico propiedad o patrimonio privado⁹. En otras palabras, el patrimonio público o fiscal se distinguiría del de los particulares, por su afectación a la satisfacción de necesidades colectivas, es decir, por su peculiar destino financiero, característica que, ausente o, por lo menos, inesencial en el patrimonio privado, justificaría una protección específica y diferenciada¹⁰.

Se estima, en efecto, que el bien jurídico hacienda pública tiene sustento en el principio de capacidad contributiva, recogido en el artículo 31.1 de la *Constitución* española, y en la idea de asignación equitativa de los recursos públicos y su programación conforme a criterios de eficiencia y economía, consagrada en el artículo 31.2 del mismo texto constitucional¹¹. De ahí que el concepto de hacienda pública tenga una connotación y un sentido muchísimo más amplio que el simple acopio de bienes estatales. Se trata, en realidad, de una noción con un sesgo marcadamente social, que traduce toda la carga valorativa implícita en la necesidad de llevar a cabo una recaudación de los ingresos y una aplicación de los egresos, conforme a las exigencias de justicia que impone la adscripción del ordenamiento constitucional español a un modelo de Estado social y democrático de derecho.

La hacienda pública es, en consecuencia, un concepto eminentemente instrumental, a través del cual la doctrina contemporánea quiere significar, más que una entidad concreta y determinada, un proceso destinado a

(Madrid, Edersa, 1984), III, pp. 37-38; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte Especial* (14^a ed., Madrid, Dykinson, 1991), p. 578.

⁹ En este sentido, MORALES PRATS, F., *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, en QUINTERO OLIVARES (Dir), *Comentarios al nuevo Código Penal* (Pamplona, Aranzadi, 2005), pp. 1.533-1.534.

¹⁰ GRACIA MARTÍN, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal* (Madrid, Trivium, 1990), p. 50-51. En esta línea, la *Ley General Tributaria* española, 58/2003, de 17 de diciembre, define los tributos, en su artículo 2, como “los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración Pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los actos públicos”.

¹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial* (15^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), pp. 1.038-1.039. Ver, también, MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2005), pp. 630-631.

la captación y asignación de recursos económicos¹²; y, al mismo tiempo, el modo según el cual dicho proceso ha de ser efectuado. De ahí, pues, la relación de proximidad que hoy se postula entre dicho bien jurídico y la noción más amplia de orden público económico¹³; y la necesidad de conferirle una posición de autonomía respecto de otros intereses, con los cuales se le ha asociado en otras épocas, como la fe pública y la propiedad. Se plantea, en efecto, que una concepción restrictiva del patrimonio público —que lo conciba como el simple acopio de los fondos necesarios para solventar el gasto social— es insostenible, desde el momento en que esta clase de delitos afecta también las políticas de intervención estatal en la economía, particularmente en lo que respecta al fomento de la actividad productiva y de las exportaciones, al mismo tiempo que incide directamente sobre el ahorro, la inversión y la distribución de la renta¹⁴.

La idea de presupuesto, ahora, como lo reconoce la totalidad de la doctrina, alude específicamente al documento que contiene una estimación previa acerca de los recursos con que contará el Fisco y de los gastos en que previsiblemente incurrirá, durante un cierto período¹⁵. Se trata, en consecuencia, de un instrumento del que se sirve la autoridad estatal para llevar a cabo el proceso de captación de los ingresos y de aplicación de los egresos que sirve de base al concepto más amplio de hacienda pública, según el sentido anteriormente explicado.

En términos generales, la doctrina juzga favorablemente la intervención del derecho penal en pro del resguardo de la hacienda pública. “Es un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal, tanto en su vertiente de ingreso público, como en la de gasto público”, ha escrito, por ejemplo, Muñoz Conde¹⁶. Sin embargo, en tanto que bien jurídico colectivo, la legitimidad de la protección penal de la hacienda pública se encuentra supeditada a que los tipos respectivos efectivamente se orienten en el

¹² BUSTOS, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona, Ariel, 1986), pp. 341-342.

¹³ En este sentido, entre varios otros autores, MUÑOZ BAÑOS, C., *Infracciones tributarias y delitos contra la hacienda pública* (Madrid, Edersa, 1998), p. 411,

¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. - BACIGALUPO, S., *Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000), pp. 43-47. Siguiendo este mismo planteamiento, APARICIO PÉREZ, J., *El delito fiscal a través de la jurisprudencia* (Pamplona, Aranzadi, 1997), pp. 51-54, sostiene que lo tutelado es la hacienda pública *dinámica*, entendida como actividad financiera, en contraposición a la hacienda pública *estática*, que se identifica con el erario público.

¹⁵ GRIZIOTTI, B., *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda* (trad. Enrique Mata, 2ª ed., Madrid, Reus, 1958), pp. 538-539; MATUS BENAVENTE, M., *Finanzas Públicas* (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1964), pp. 220-221

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit. (n. 11), p. 1.038.

sentido de salvaguardar la dignidad de la persona, en este caso encarnada en la necesidad de asegurar al individuo unas condiciones sociales que permitan su libre desarrollo material y espiritual como ser humano. Porque la restricción de los derechos de quien incurre en la conducta prohibida, tendrá, en ese caso, justificación en el imperativo de resguardar la dignidad y los derechos del resto de los ciudadanos.

IV. EL SISTEMA TRADICIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DEL ESTADO

El sistema tradicional español de protección de los intereses patrimoniales del Estado proviene del *Código Penal* de 1848; modificado sólo parcialmente en el llamado texto refundido de 1944 y se mantuvo hasta 1985, año en el cual se dicta la Ley Orgánica N^o 2, de 29 de abril, que modifica sustancialmente el sistema, sentando las bases definitivas de lo que es el esquema actualmente vigente, contenido en el *Código Penal* de 1995.

Dentro del sistema que aquí llamamos tradicional, los intereses patrimoniales del Estado son objeto de una compleja regulación, que puede resumirse conforme al siguiente esquema:

Se contemplaba, en primer término, un grupo de infracciones delictivas bajo el rubro *Malversaciones*, las que aparecían situadas dentro del Título destinado a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos. Dentro de este grupo de figuras, se distinguían cuatro formas¹⁷:

i) Malversación por apropiación: consistente en que un funcionario público sustrajera bienes, fondos o efectos pertenecientes al Estado, o consintiera en que otro los sustrajera (artículos 394 y 395);

ii) Malversación por distracción: consistente en que un funcionario público diera a los bienes, fondos o efectos que tuviera a su cargo un uso particular, propio o ajeno (artículo 396);

iii) Malversación por aplicación pública diferente: que consistía en dar a esos mismos bienes, fondos o efectos, un uso "público" distinto del que correspondía por disposición legal o reglamentaria (artículo 397); y

iv) Negativa a efectuar un pago: es la figura a través de la cual se sancionaba al funcionario público que incurría en esta omisión en calidad de tenedor de fondos del Estado (artículo 398, párrafo primero).

Se contemplaba, en segundo término, bajo el rubro *fraudes y exacciones ilegales*, también ubicado dentro del Título de los delitos cometidos por

¹⁷ La numeración de los artículos que aquí se consignan corresponde al texto refundido del *Código* de 1944.

funcionarios, dos figuras delictivas con contenido patrimonial:

i) La defraudación consistente en que un empleado público, en las operaciones en que interviniera en razón de su cargo, se concertara con los interesados en ellas, para defraudar al Estado, provincia o municipio (artículo 400); y

ii) La defraudación consistente en que un empleado público se interesara personalmente en esas mismas operaciones (artículo 401).

Se contemplaba, asimismo, dentro del título de los delitos de falsedad, la figura conocida como fraude tributario. Cometía este delito quien, requerido por el competente funcionario, ocultaba el todo o parte de sus bienes o el oficio o industria que ejercía, con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquélla o por éstos debía satisfacer (artículo 319).

Contemplaba, finalmente, este esquema sancionatorio un grupo de figuras bajo la denominación genérica de contrabando, las cuales, hasta donde sabemos, nunca formaron parte del *Código Penal*, sino que estuvieron reguladas, durante el siglo anterior, mediante leyes de 1929, 1953 y 1964.

V. EL SISTEMA ACTUAL DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DEL ESTADO: PERSPECTIVA ANALÍTICA

El sistema vigente –contemplado en el *Código Penal* de 1995– tiene su origen, como ya lo hemos explicado, en la *Ley Orgánica* N° 2, de 1985, y puede resumirse conforme al siguiente esquema:

Contempla, como ha sido tradicional en la historia de la codificación penal española, un grupo de figuras delictivas bajo el rubro *malversaciones* (siempre en el apartado relativo a los delitos de los funcionarios públicos), pero ahora el Código sólo prevé dos hipótesis:

i) Malversación por apropiación, en la cual se castiga al funcionario que, con ánimo de lucro, sustraiga o consienta en que un tercero sustraiga, caudales o efectos públicos (artículo 432); y

ii) Malversación por distracción, en la cual se sanciona al empleado público que diere un *uso privado* a los caudales o efectos que tuviere a su cargo (artículo 433), o que hiciera una aplicación también privada, propia o ajena, a esos mismos bienes (artículo 434).

No se contemplan las hipótesis de malversación por aplicación pública diferente, ni la negativa a efectuar a un pago, como había sido tradicional en el ordenamiento penal vigente con anterioridad.

Dentro del mismo apartado destinado a los delitos de los funcionarios públicos, el Código conserva, al igual que sus antecesores, un capítulo denominado fraudes y exacciones ilegales, dentro del cual da cabida a

una figura genérica de defraudación, contemplada en el artículo 436, que, utilizando una fórmula muy amplia, sanciona al funcionario que usare de cualquier artificio para defraudar a un ente público.

Contempla, enseguida, un título específico relativo a los *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, lugar en el que ahora tienen ubicación, y en forma mucho más desarrollada de lo que había sido costumbre, los delitos denominados tributarios. Dentro de este título, el Código prevé las siguientes figuras:

i) Defraudación tributaria: consistente en defraudar a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma (artículo 305.1).

ii) Percepción indebida de subvenciones: consistente en obtener una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido (artículo 308.1).

iii) Incumplimiento de la obligación de llevar contabilidad (artículo 310).

El actual esquema sancionatorio contempla, por último, la tipificación del delito de *contrabando*, el cual está regulado –como de costumbre, fuera del *Código Penal*–, en la Ley Orgánica N^o 12, de 12 de diciembre de 1995.

Constituyen contrabando, de acuerdo con esa preceptiva, junto con otras conductas de menor entidad, las siguientes:

i) La importación o exportación de mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas.

ii) La realización de operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio, sin cumplir los requisitos establecidos para acreditar su lícita importación.

iii) La destinación al consumo de mercancías en tránsito.

iv) La realización de operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos.

v) El hecho de sacar del territorio español bienes que integren el patrimonio histórico del país; y

vi) La importación y exportación de especímenes de la fauna y flora silvestres.

Cabe destacar que una de las finalidades que guió a la reforma en esta materia fue el propósito de intensificar la reacción punitiva frente a estas conductas, debido al gran impacto social, económico y recaudatorio de las

mismas, que pasan a ser delitos y no meras infracciones administrativas, cuando se realizan a través de una organización o superan determinados límites¹⁸.

VI. EL SISTEMA ACTUAL DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DEL ESTADO: PERSPECTIVA CRÍTICA

1. Aspectos sistemáticos

Desde luego, merece ser destacado el hecho de que la actual regulación del *Código Penal* destine un título específico al tratamiento de los *Delitos contra la Hacienda Pública*. Aunque puede merecer reparos el que se haya incluido allí también las infracciones que lesionan la seguridad social –sunto sobre el cual no es del caso extenderse aquí–, sí resulta muy meritorio el que dicho título esté dotado de plena autonomía, con lo cual se confiere a los atentados contra la hacienda pública y, en especial, al fraude tributario, un carácter muy particularizado, sin ninguna vinculación con los delitos patrimoniales o con las figuras de falsedad, como ocurría en el ordenamiento anterior¹⁹.

La circunstancia de que un aspecto de la hacienda pública, siga siendo objeto de tratamiento en el apartado relativo a los delitos que atentan contra la administración pública (como sucede con las figuras de malversación y con los fraudes y exacciones ilegales), nos parece justificado en la medida en que tales conductas efectivamente lesionan el correcto desempeño de una función pública y comprometen la situación del empleado público, una persona sobre quien pesa el deber de velar por la integridad del patrimonio estatal.

Del mismo modo, la circunstancia de que el *Código Penal* de 1995 ubicara los delitos contra la hacienda pública entre las figuras que atentan contra el patrimonio y el orden socio-económico, por una parte, y los delitos que atentan contra los derechos de los trabajadores, por otra parte,

¹⁸ MARTÍN QUERALT, J. - LOZANO SERRANO, C., *Curso de Derecho Financiero y Tributario* (Madrid, Tecnos, 2005), p. 509.

¹⁹ GRACIA MARTÍN, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal*, cit. (n. 10), p. 9, destaca que la doctrina española, en general, ha reaccionado favorablemente ante la sistemática por la que ha optado el legislador de ese país, en particular, frente al hecho de agrupar bajo una misma rúbrica –*Delitos contra la Hacienda Pública*– los delitos tributarios y los relativos al fraude y malversación de subvenciones. Al respecto señala, “De una parte [...] no cabe desconocer la estrecha relación existente entre ambas clases de delitos. De otra, la rúbrica en cuestión proporciona homogeneidad a todas las figuras delictivas que comprende, permite fijar para ellas un objeto *genérico* de protección –la Hacienda Pública– y facilita, por ello, la interpretación de los distintos tipos singulares”.

tiene un alto significado en cuanto a la forma en que ha de ser entendido aquel interés. Porque su proximidad con los delitos socio-económicos, deja claramente establecido que el concepto de hacienda pública no tiene un alcance estrictamente patrimonial. Asimismo, su ubicación entre dos grupos de delitos que atentan contra derechos estrictamente personales (el patrimonio, en un extremo, y los derechos de los trabajadores, en el otro), deja de manifiesto que el legislador de 1995, en plena concordancia con los principios que hemos analizado, confiere a la hacienda pública un sentido marcadamente personalista, es decir, como instrumento para obtener unas condiciones sociales que hagan posible la realización material y espiritual del individuo.

El hecho, en fin, de que el actual esquema sancionatorio mantenga las figuras de contrabando fuera del *Código Penal*, tampoco merece objeciones, porque si bien ese delito tiene, en varias de sus hipótesis, un indudable sesgo economicista (y como tal afecta a la hacienda pública, al igual que hacen las defraudaciones tributarias), no debe perderse de vista que el contrabando obedece a la idea general de entorpecimiento de una potestad o función estatal de control de las fronteras, que no sólo se justifica en razón de objetivos financieros, sino también en propósitos relacionados con la salud colectiva o la seguridad pública.

2. Aspectos de política criminal

En el esquema sancionatorio anterior, aparecía con toda claridad la voluntad legislativa de brindar protección no sólo a la hacienda pública, en tanto que instrumento para la satisfacción de necesidades individuales, sino también al mero ordenamiento de las políticas presupuestarias. Así quedaba de manifiesto al contemplarse como delito dos figuras de malversación, que sólo se explicaban en el interés de asegurar que cada funcionario cumpliera su cometido en la ejecución del presupuesto público: la figura de malversación por aplicación pública diferente y la negativa a efectuar un pago²⁰.

Tales figuras, en cuanto no importan un efectivo detrimento de la hacienda pública –sino que incluso podían concurrir en beneficio del erario nacional–, carecen de justificación desde la perspectiva de una concepción estrictamente personalista de dicho interés colectivo. De modo que la circunstancia de que el ordenamiento actual no las contemple ha de ser juzgada en términos positivos.

²⁰ Con mayor detalle sobre la conveniencia de despenalizar esta clase de conductas, RODRÍGUEZ COLLAO, L., *La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales*, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 27 (2^o semestre de 2006), pp. 243 y siguientes.

Cumple, asimismo, la actual preceptiva con el propósito de asegurar la vigencia del principio de intervención mínima, en la medida en que se reserva la imposición de una pena sólo para los casos que revistan una mayor gravedad. En particular, respecto del fraude tributario, ello deriva, por una parte, de la elevación del quántum para que el hecho defraudatorio adquiera relevancia penal (artículos 301 y 308). Por otra parte, del establecimiento de una serie de causales de exclusión de la pena “cifradas en la idea de regularización tributaria a verificar objetivamente antes de la notificación de la iniciación de actuaciones inspectoras o de comprobación por parte de la Administración Tributaria o bien con anterioridad a la interposición de querrela o denuncia por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, o el representante procesal de la Administración autonómica (artículos 305.4, 307.3 y 308.4)”²¹.

También merece un comentario favorable el hecho de que el legislador de 1995 haya perfeccionado varias de las figuras de este grupo con el objeto de adecuarlas a las exigencias que impone el principio de imputación subjetiva. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las hipótesis de malversación, en las cuales no sólo se descarta la posibilidad de ejecución meramente culposa, sino que se introduce la exigencia de ánimo de lucro (artículos 432 y 434); y en las figuras de defraudación tributaria, cuya redacción también deja en claro la exigencia de dolo directo, descartándose el castigo de la actuación culposa y del comportamiento ejecutado con dolo eventual.

3. Aspectos valorativos

Si el propósito de la promulgación del *Código Penal* de 1995 fue, como se explicó, adaptar la legislación punitiva a la nueva realidad constitucional imperante en España desde el año 1978, nos parece claro que ese propósito se cumple en lo que dice relación con las normas que tienden a la protección penal de la hacienda pública.

El ordenamiento vigente en esta materia efectivamente se estructura en torno la idea de hacienda pública, que figura por primera vez en un código penal español; y ésta aparece concebida no en el sentido patrimonial que solía atribuírsele en el pasado, sino conforme a una concepción meramente instrumental que ve en ella el simple proceso de captación de recursos y de aplicación de egresos, conforme a las exigencias que impone la adscripción a un modelo de estado social y democrático de derecho.

Todo el ordenamiento penal destinado a la protección de la hacienda

²¹ MORALES PRATS, F., *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit. (n. 9), pp. 1.533-1.534; MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, cit. (n. 11), p. 631.

pública, se encuentra así perfectamente legitimado. Porque si la intervención penal sólo cabe en la medida en que se oriente a la protección de un bien jurídico necesario para asegurar a los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad física y espiritual, es claro que la hacienda pública, concebida en la forma en que lo hace el *Código Penal* de 1995, cumple aquella exigencia.

Se legitima, asimismo, esta parte del ordenamiento penal, en la medida en que efectivamente respeta los principales límites que la *Constitución* española impone frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado; básicamente, las exigencias de intervención mínima e imputación subjetiva.

El ordenamiento de los delitos que tienden a la protección de la hacienda pública –que, además, tiene el mérito de haber superado buena parte de los defectos sistemáticos de que adolecía la anterior regulación– puede considerarse un efectivo avance respecto de la forma en que la legislación española asumía en el pasado la protección de aquel interés colectivo.

[Recibido el 12 y aceptado el 23 de junio de 2007].

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO PÉREZ, José, *El delito fiscal a través de la jurisprudencia* (Pamplona, Aranzadi, 1997).
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel - BACIGALUPO, Silvina, *Delitos contra la Hacienda Pública* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000).
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Importación o exportación de géneros de lícito comercio*, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Delitos e infracciones de contrabando* (Madrid, Edersa, 1984), III.
- BOIX REIG, Javier, *Delitos contra la hacienda pública*, en VIVES ANTÓN (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial* (2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996).
- BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona, Ariel, 1986).
- COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Gráficas Guada, 1984)
- COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), III.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, en *La Dignidad de la Persona: Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1995), II.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Dignidad de la persona* (Madrid, Civitas, 1986).
- GRACIA MARTÍN, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal* (Madrid, Trivium, 1990).
- GRIZIOTTI, Benvenuto, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda* (trad. Enrique Mata, 2^a ed., Madrid, Reus, 1958).
- MARTÍN QUERALT, Juan - LOZANO SERRANO, Carmelo, *Curso de Derecho Financiero y Tributario* (Madrid, Tecnos, 2005).

- MATUS BENAVENTE, Manuel, *Finanzas Públicas* (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1964).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed., Barcelona, PPU., 1985).
- MORALES PRATS, F., *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal* (Pamplona, Aranzadi, 2005).
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2005).
- MUÑOZ BAÑOS, Cipriano, *Infracciones tributarias y delitos contra la hacienda pública* (Madrid, Edersa, 1998).
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial* (15ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004).
- RODRÍGUEZ COLLAO, L., *La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales*, en *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 27 (2º semestre de 2006).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Proyecciones penales del concepto de dignidad humana*, en *Anuario Universidad Internacional Sek 2* (1996).
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte Especial* (14ª ed., Madrid, Dykinson, 1991).
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, *Comentarios al artículo 10 de la Constitución*, en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Leyes Políticas* (Madrid, Edersa, 1984), II.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* (Barcelona, Bosch, 1992).