

PRINCIPIOS POLITICOCRIMINALES QUE INSPIRAN EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1994*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Prof. Catedrático de Derecho penal,
Universidad de Sevilla (España)

1. Desde hace algunos años, no más de 10 ó 15, en España, se viene realizando un esfuerzo doctrinal importante por agrupar sistemáticamente y analizar como un "corpus" teórico unitario toda la regulación jurídica del sector económico, solicitándose la creación de un Derecho Económico,¹ en

el que la parte penal, el Derecho Penal

* Originariamente este trabajo fue escrito para el Homenaje que se tributó al Prof. Klaus Tiedemann en Madrid en octubre de 1992 con motivo de la concesión del doctorado "honoris causa" por la Universidad Autónoma de Madrid. Luego ha aparecido en versión alemana en: "Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann", ed. por Bernd Schünemann y Carlos Suarez González, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, pp. 61 y ss., con el título *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*. La versión original tomaba como punto de partida el Proyecto de Código penal español de 1992. Ahora ha sido reelaborada especialmente para este Congreso, tomando como referencia el Proyecto de 1994, que difiere en algunas cuestiones puntuales del de 1992, pero manteniendo las mismas ideas básicas.

1. El Derecho Económico, como rama autónoma del Ordenamiento jurídico, es producto de la preocupación que suscitó entre las dos Guerras Mundiales la proliferación de la actividad legislativa y reglamentaria estatal en el ámbito económico, como consecuencia

de la intervención creciente del Estado en el economía, disciplinando o ejerciendo actividades que anteriormente se habían desarrollado entre los particulares, sin ningún tipo de ingerencia estatal. En España, fuera de los supuestos excepcionales a que dio lugar la Guerra civil, no hubo una regulación de este sector jurídico hasta bien entrados los años 60, pero es sobre todo a partir de la aprobación de la Constitución de 1978 y ante la necesidad de marcar los límites de la intervención estatal en el marco económico en ella establecido, cuando se plantea la necesidad de acotar este sector de la realidad jurídica con criterios claros y precisos; se habla así, por ej., de una "Constitución económica", en relación concretamente con la interpretación de los conceptos y preceptos de carácter económico contenidos en la Constitución; véase, por ej., el artículo de Font Galán, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución", en *RDM* 152/205 y ss., 1979; o el de Morisi, "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución en crisis", en *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores Pradier y García de Enterría, Madrid 1980, pp. 361 e ss. El Derecho económico, como rama autónoma del Ordenamiento jurídico está también asumido en la doctrina alemana, si bien hay algunas voces críticas contra su hipervaloración, véase, por ej., el artículo de Nahamowitz, "Wirtschaftsrecht im Organisierten Kapitalismus", en *Kritische Justiz*, 14/55 y ss.

Económico sería su culminación.²

La preocupación por la delincuencia económica viene, sin embargo, de más lejos, y adquirió carta de naturaleza en la Criminología desde que a finales de los años treinta el sociólogo norteamericano Sutherland acuñó la expresión "white-collar-criminality" para describir la delincuencia característica realizada por los sectores económicos más poderosos al amparo de poder y de las relaciones que ello les supone.³

Desde entonces la delincuencia económica ha ido ocupando un espacio cada vez mayor en los manuales y tratados de Criminología, sin que, sin embargo, se sepa muy bien cuáles son sus contornos y límites o sus principales rasgos definitorios.

2. Este Derecho Penal Económico no es mas que la consecuencia penal de la situación descrita en la nota anterior. Normalmente, la regulación de la intervención del Estado en la economía ha ido acompañada por preceptos de carácter penal, bien en las mismas leyes económicas, bien en leyes penales especiales o en el propio Código Penal. Sin embargo, la preocupación por darle en tratamiento dogmático autónomo a este sector del Derecho Penal es relativamente reciente y se debe fundamentalmente a los trabajos que ha dedicado al tema Klaus Tiedemann, recogidos en buena parte en su *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, dos volúmenes aparecidos en 1976. En España, fue pionero el trabajo de Bajo Fernandez, "El Derecho Penal Económico", en *Anuario de Derecho Penal*, 1973, pp. 91 y ss., que es hasta ahora el autor español que mas se ha esforzado en el estudio de este sector del Derecho Penal. Para mas detalles véase Tiedemann, "El concepto del Derecho Económico, del Derecho Penal Económico y de delito económico", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, pp. 65 e ss.; también del mismo, *Leciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona 1993, pp. 31 y ss.; y *Poder económico y delito*, Barcelona 1985.

3. Cf. Sutherland, "White-Collar-Criminality", en *American Sociological Review*, 5/7 y ss., 1940.

Desde luego, si se utiliza como punto de referencia la personalidad de sus actores, no parece que tales delincuentes tengan especiales connotaciones o características somáticas o psíquicas que los hagan más susceptibles de llegar al delito. Tampoco el poder económico como tal lleva necesariamente aparejado la comisión de delitos, por más que ciertamente las posiciones de predominio en el mercado y una cierta impunidad que siempre proporciona el poder, favorecen de algún modo la comisión de ciertos abusos que pueden revestir los caracteres de delito.

En todo caso, en el Derecho Penal moderno, delincuente es el que comete un delito y no el que procede de un medio social determinado y tiene determinadas connotaciones personales.

El concepto de "delincuencia económica" tiene, pues, que estar vinculado al de "delito económico", que es, en definitiva, el único capaz de dar autonomía a la parte del Derecho y concretamente del Derecho Penal que de él se ocupa.

Sentadas así las premisas conceptuales sobre las que debe descansar el Derecho Penal Económico, veamos ahora cuáles son las dificultades principales que este sector del Derecho Penal presenta en la actualidad.

2. Lo primero que hay que destacar es la ausencia de una regulación jurídica unitaria sistemáticamente de este sector que se ha dado en llamar "delincuencia económica". Ello se debe sobre todo a la imprecisión y vaguedad de su objeto jurídico, que algunos reconducen a un vago interés en el equilibrio del sistema económico: a un genérico orden público económico.

Un sector doctrinal intenta salvar este escollo reservando el Derecho penal económico a la protección del orden económico en sentido estricto, es decir, a aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por

el Estado. El orden económico así entendido no sería otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden imponiendo coactivamente una serie de normas y planificando el comportamiento de los distintos sujetos económicos. Para la protección de este orden económico en sentido estricto surgirían el delito fiscal, los delitos monetarios y de contrabando y los delitos que afectan a la determinación y formación de los precios. En todos ellos, el objeto de protección sería una determinada forma de intervención del Estado en la economía, bien recaudando impuestos, bien disciplinando el mercado de capitales, las transacciones internacionales o la formación de los precios. A poco más se extiende hoy la intervención directa del Estado en la economía, y a poco más se extendería el Derecho penal económico del que tanto se habla.

Desde luego poco hay que decir contra este entendimiento del Derecho Penal económico, que le da una concreción y unos límites conceptuales bien definidos y precisos. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita también adquirir su propio patrimonio destinado a la realización de actividades caracterizadas más por su rentabilidad social que económica (transporte, sanidad, educación etc.). Lo que originariamente o por lo menos desde el prisma del liberalismo económico capitalista, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, se considera hoy algo absolutamente normal, sin lo que ni siquiera la economía de mercado podría sobrevivir.

En este sentido, basta recordar los arts. 128.2 y 131.1 de la Constitución

que reconocen la iniciativa pública en la actividad económica y la facultad del Estado para planificar la actividad económica, respectivamente, además de otros preceptos constitucionales que obviamente reconocen el poder tributario del Estado, su intervención en determinados sectores económicos etc.

Pero inmediatamente surge como una insatisfacción cuando se reduce el famoso Derecho Penal Económico a sectores tan peculiares y concretos de la vida económica de un país.

¿Qué pasa con los fraudes a los consumidores, con las grandes estafas, con las grandes quiebras y los escándalos financieros? ¿No es esto también Derecho Penal Económico? ¿No es precisamente esto lo que ha hecho surgir la preocupación por este sector del Derecho Penal tanto en la Criminología, como en la opinión pública y los medios de comunicación? ¿No podría acotarse un sector del Derecho Penal que incluyera también y diera un tratamiento autónomo a todas las infracciones delictivas que tuvieran que ver con la actividad económica?

El fruto de estas inquietudes y cuestiones no se ha hecho esperar y pronto surgió en el panorama científico europeo un Derecho penal económico en sentido amplio, un *Wirtschaftsstrafrecht*, un "Droit penal des affaires", un "Diritto penale della impresa", con afán de abarcar toda la criminalidad relacionada con la economía.

Para ello se necesitaba un orden económico en sentido amplio que sirviera como aglutinante factor común o, si se prefiere, como bien jurídico autónomo de esta nueva rama del Derecho Penal. Y así se encontró o se creyó encontrar en la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, una clave que permitiría englobar todas las infracciones delictivas que tuvieran que ver con el mundo de la economía.

El nuevo Derecho Penal económico ganaba así en importancia cuantitativa, todo lo que perdía en precisión conceptual.

¿Serían también a partir de ahora el hurto o el robo un delito económico? La propiedad privada, bien jurídico directamente afectado por estos delitos, es, no cabe duda y ahí está para demostrarlo el art. 33 CE, el fundamento del orden económico capitalista y de la economía de mercado que reconoce el art. 38 CE, pero ¿deben, por ello, incluirse los delitos que la afectan entre los delitos económicos?

¿Deben considerarse también delito económico la estafa de poca cuantía, el timo de la estampita, el alzamiento de bienes de un deudor no comerciante frente a sus pocos acreedores, la apropiación indebida del cajero de una empresa privada, la venta de alimentos adulterados o la falsificación de una letra de cambio para conseguir un crédito bancario?

Con una extensión tan desmesurada del concepto de delito económico y, en consecuencia, del Derecho Penal Económico, se corre el peligro de perder cualquier posibilidad de delimitar esta nueva rama del Derecho Penal y en todo caso de identificar un bien jurídico común a todas y cada una de las diversas infracciones delictivas. Se corre además el peligro de diluir en el Derecho Penal Económico el ya muy bien delimitado Derecho Penal Patrimonial que regula las infracciones delictivas de las relaciones patrimoniales de carácter privado, o de duplicar estas infracciones y convertirlas en delitos económicos cuando además de un bien jurídico patrimonial individualizado lesionan o ponen en peligro, en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes o servicios.

Una estafa podría ser, con este criterio, también un delito económico,

cuando, además de todos los elementos conceptuales propios de este delito patrimonial, incidiera en una pluralidad de perjudicados o produjera un grave perjuicio económico. Una insolvencia sería un delito económico cuando, además del perjuicio del derecho de crédito concretamente conculcado, por su magnitud incidiera negativamente en el orden crediticio bancario o tuviera grandes repercusiones en la economía nacional.

Se confundiría así, a mi juicio, lo que puede ser un factor determinante en la agravación de la pena con un elemento conceptual de un pretendido delito económico, sin que por ello se obtuviera a cambio ninguna ventaja técnica o política, salvo la demagógica o snobista que subyace a muchas de estas construcciones dogmáticas.

Como creo haber demostrado en mi crítica al famoso Título VIII del Proyecto de Código Penal de 1980 dedicado a la regulación de los delitos socioeconómicos, la elephantiasis a que la actitud megalómana, sin duda bienintencionada, de sus redactores condujo, hubiera llevado en la práctica a la esterilidad e ineficacia de toda la regulación que se preconizaba, no sólo por sus insuficiencias técnicas, sino, porque pretendiendo abarcarlo todo, se diluía en puro voluntarismo ideológico incapaz de transformar la realidad económica que le subyacía.

Tampoco mejor opinión merece la regulación de la materia que ofrecía la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, si bien ésta reducía sensiblemente la regulación a delitos más relacionados con el orden económico en sentido estricto.

No puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en bienes jurídicos colectivos de carácter económico, como el crédito, los intereses de los consumidores etc. Pero quizás ello pueda conse-

guirse más fácilmente reformando o retocando algunos de estos delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida, configurando algún tipo delictivo como delito de peligro concreto como la estafa de crédito, o dándole una configuración especial a aquéllos que se producen en el seno de las sociedades mercantiles; pero de ahí a querer configurar todo un capítulo o título autónomo dentro de un nuevo Código Penal, con delitos tan distantes entre sí como los laborales, las infracciones de la propiedad industrial, los delitos financieros, los relativos a la ordenación del territorio, las insolvencias punibles, la sustracción o daño de una cosa propia de utilidad social, hay un largo trecho que sólo la demagogia o el voluntarismo jurídico pueden querer salvar.

A mi juicio, se trata, ante todo y sobre todo, de colmar escandalosas "lagunas de punibilidad" que todavía las hay y en sumo grado en este ámbito de la delincuencia, pero no de exasperar las cuestiones de sistemática y autonomía con criterios poco precisos y definidos. Si con la reforma de los delitos patrimoniales ya existentes se consiguen colmar esas lagunas, miel sobre hojuelas; si además fuera preciso crear algún tipo delictivo de nuevo cuño, hágase, pero no se pierda de vista nunca la identificación de un bien jurídico determinado y la tipificación del comportamiento que pueda afectarle con una técnica legislativa que permita la incriminación penal sólo del comportamiento doloso o, en casos excepcionales, imprudente que lesione efectivamente o por lo menos ponga en peligro concreto el bien jurídico previamente identificado.

Lo contrario supondría una funcionalización inadmisibles del Derecho Penal y la pérdida por parte de éste de su carácter de *ultima ratio*, es decir, del principio de intervención mínima que en ésta, como en las demás materias

reguladas por el Derecho Penal, debe ser el principio básico inspirador de una eficaz y correcta política criminal. No le pidamos al Derecho Penal más de lo que en cada momento histórico tiene que cumplir o puede racionalmente ofrecer.

3. Las críticas que se dirigieron contra el tratamiento autónomo de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983, motivaron una regulación diferente de esta materia tanto en el Proyecto de 1992, como en el de 1994, que actualmente se debate en el Parlamento y que puede convertirse en el nuevo Código penal, si los avatares políticos no impiden una vez mas su definitiva aprobación y entrada en vigor, prevista para mediados de 1996.

Este Proyecto de Código Penal se caracteriza en esta materia, en primer lugar, por haber excluido de su regulación los llamados delitos económicos en sentido estricto, es decir, los delitos contra la Hacienda Pública, llegando en este punto incluso más lejos que el Código Penal vigente, que tras la reforma de 1985 regula el delito fiscal y la estafa de subvenciones. Quizás haya sido la escasa eficacia de la actual regulación, unida a las presiones del Ministerio de Hacienda, las que han movido al Ministerio de Justicia a desterrar estos delitos del texto del Proyecto, dejándolos para una ley especial que deberá aprobarse paralelamente al Código Penal para evitar un vacío legal.

Igualmente, se siguen manteniendo fuera de Proyecto de Código Penal los delitos de contrabando y los monetarios, que sí se incluían en el Proyecto del 80 y en la Propuesta del 83.

Desde luego, la remisión de estas materias a una ley especial es una decisión meramente técnica; pero no deja de ser paradójico que en un Código Penal que tiene una vocación de regu-

lación omnicompreensiva de todo el problema penal y que acoge en su seno delitos antes dispersos en leyes especiales, como los de caza y pesca y uso ilícito de energía nuclear, no incluya los delitos que más caracterizan la intervención del Estado en la economía y más trascendencia social y económica tienen. Las razones de coyunturalidad y mayor movilidad de estos delitos no justifican, a mi juicio, su apartamiento de las previsiones del Código Penal ordinario. Por un lado, porque, se insinúa su carácter artificial, negándoles su verdadera naturaleza penal, lo que, como ha demostrado recientemente Cadoppi, no está muy de acuerdo con los "Kulturformen" y la sensibilidad social del momento presente. Por otro, porque hay el peligro de que se conviertan en infracciones puramente formales, cuya única diferencia con las infracciones administrativas sería la puramente cuantitativa, perdiendo la referencia al bien jurídico protegido o convirtiéndolo en un criterio secundario, sustituyendo así el principio de ofensividad por el de desobediencia, lo que, como advierte Mantovani, convierte el delito en mera violación de un deber.

El resto de los delitos que, sin afectar directamente a la intervención del Estado en la economía, tienen un componente económico y que junto con los delitos económicos en sentido estricto se regulaban en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 en un Título autónomo bajo la rúbrica "De los delitos contra el orden socioeconómico", han perdido, en parte, esta autonomía, recorrigiéndose la mayoría en el Título XII bajo la rúbrica "Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico". Con ello se viene a reconocer tácitamente las dificultades existentes a la hora de distinguir unos delitos de otros y, en todo caso, la estrecha relación que los une.

No obstante, la nueva regulación que propone el Título XII del Proyecto de 1994 no deja de ser criticable, tanto por razones sistemáticas, como de contenido material de algunos tipos delictivos.

Es desde luego sorprendente que en la rúbrica del Título XII se mencionen conjuntamente a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, y luego no se especifique cuáles corresponden a una u otra denominación. Con ello se viene a dar la razón a quienes nunca vieron con claridad que hubiera diferencias sustanciales entre ambos, tanto más si se tiene en cuenta que, según la doctrina mayoritaria, el patrimonio tiene un contenido económico que es, además, el elemento que lo diferencia de otros bienes jurídicos personales. Parece, pues, que la expresión "delitos contra el orden socioeconómico" no añade en verdad nada nuevo al contenido sustancial de los delitos patrimoniales tradicionales. También un hurto, unos daños o un robo pueden afectar a objetos de relevante importancia social, lo mismo que la estafa o las insolvencias punibles pueden afectar a múltiples perjudicados y producir un efecto negativo desde el punto de vista macroeconómico.

Sin embargo, en el Título XII se contienen nuevos delitos o delitos que en el Código Penal vigente se regulan de manera insuficiente y que bien podrían justificar esa nueva rúbrica. Este podría ser el caso con los relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores (Capítulo XI).

La concepción tradicional de la propiedad industrial como propiedad especial, junto a la propiedad intelectual (cf. arts. 428 y 429 CC) había llevado a regular los delitos contra la misma como delitos patrimoniales clásicos, si bien de manera imprecisa y utilizando la técnica de las normas penales en blanco que de hecho condicionaban la persecución penal a lo dispuesto en

normas extrapenales. Pero modernamente se incluye este derecho dentro del derecho de la competencia, que abarca no sólo la propiedad industrial, sino también los derechos de los demás empresarios competidores y el de los consumidores y el público en general. Las insuficiencias de la regulación tradicional de la propiedad industrial se mostraban precisamente en la falta de protección de este segundo círculo de personas, cuya importancia socioeconómica es evidente. Los derechos de los consumidores y usuarios no son, desde luego, de naturaleza exclusivamente patrimonial, sino que, como reconoce el art. 51 de la Constitución tienen un componente socioeconómico cuya defensa corresponde a los poderes públicos.

Igualmente tienen un componente económico los delitos relativos a la formación de precios y el abastecimiento del mercado, o las prácticas restrictivas de la competencia, aunque en su regulación se observe un cierto voluntarismo jurídico. El Proyecto parte en esta materia de la idea típicamente liberal de la "libre concurrencia" como la fórmula ideal de formación de precios (art. 28), que hace ya tiempo que ha sido superada por una libre concurrencia funcional o relativa, en la que queda escaso margen para la iniciativa privada ahogada, en unos caos, por la Intervención del Estado y en otros, por los grandes grupos de presión (trust, monopolios, oligopolios etc.).

Aun así, parece loable que se sancionen gravemente, incluso con penas privativas de libertad, los ataques más graves a la economía de mercado, sobre todo en lo que ésta tiene de positiva al fomentar la iniciativa privada, elevando a la categoría de delitos sus lacras más evidentes, la tendencia al monopolio, o a concentrar la economía en unas pocas manos, en perjuicio de otros empresarios y, en definitiva, de los usuarios y público en general.

A este respecto, me gustaría citar las palabras de Adam Smith cuando dice en: *La riqueza de las naciones*, "raras veces se reúnen las gentes que ejercen el mismo negocio, ni siquiera por diversión o entretenimiento, pero cuando lo hacen, la conversación suele terminar en una confabulación contra el público o en algún acuerdo para elevar los precios".

Esperemos que con el nuevo Código Penal ya no sea tan fácil ésto, aunque tampoco podemos esperar que el Derecho Penal sea la panacea de las lacras inherentes al sistema económico de mercado; o que se pervierta su carácter de *ultima ratio* y con ello el principio de intervención mínima, atribuyéndole funciones que corresponden a otras ramas del Ordenamiento jurídico.

Una novedad importante, frente a los Proyectos anteriores, representa la regulación en este capítulo, y no en el de los delitos societarios, del llamado *insider trading* o abuso de información privilegiada en el mercado de valores. El art. 281 castiga con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses a "quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que hubiera tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 75 millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad". El precepto se inscribe en una tendencia similar existente en otros países del Mercado Común Europeo, como es el caso de la Ley italiana de 17.5.91, de sancionar penalmente el uso de información reservada en las operaciones de valores mobiliarios. Sin embargo, no existe unanimidad respecto a si tales

hechos deben ser sancionados penalmente, o sobre si deben ser extendidos a otros supuestos de uso de información privilegiada en otros ámbitos, como por ej. el político. En el Derecho actualmente vigente en España tenemos dos modelos: uno es la sanción puramente administrativa del uso de información privilegiada en el mercado de valores por personas que ejerzan actividades relacionadas con el mismo (art. 81, Ley Mercado de valores 1988);

El Proyecto de 1994 no sólo mantiene el abuso de información privilegiada cometido por funcionario o autoridad pública (art. 395), como delito contra la Administración pública, sino que castiga como delito contra el mercado el abuso de información por persona que la haya conseguido con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, lo que amplía enormemente las posibilidades de aplicación del nuevo precepto, que prevee además directamente penas privativas de libertad y multas, que conforme a lo dispuesto en el art. 282 pueden elevarse a 4 a 6 años de prisión y multa de 12 a 24 meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.^a cuando los sujetos se dedicaren de forma habitual a tales prácticas abusivas; 2.^a cuando el beneficio obtenido sea de notoria importancia; 3.^a cuando se causare grave daño a los intereses generales.

Decididamente, el Proyecto adopta una postura claramente criminalizadora de prácticas que todavía aún en muchos países, incluido España, no pasan del ámbito de la infracción administrativa. En ello ha pesado, entre otras razones, el escándalo detectado en 1994 en el que se vió involucrado nada menos que el propio Gobernador del Banco de España, al que se acusa precisamente de haberse prevalecto de su puesto para especular en Bolsa y obtener enormes beneficios. De todas formas, no cabe duda de que el abuso de información

privilegiada atentan contra el principio de igualdad de oportunidades y contra la propia pureza de las leyes del mercado, bastión esencial de la economía capitalista. De ahí que claramente su criminalización obedezca a la necesidad de proteger uno de los principios básicos del orden económico, aunque la propia coyunturalidad del mercado de valores quizás haga aconsejable su regulación en leyes especiales.

Mas difícil veo la inclusión dentro de los delitos contra el orden socioeconómico de los llamados delitos societarios que siguiendo el ejemplo del Código Civil italiano se tipifican en el capítulo XIV del Título XII. Ciertamente, el Derecho de sociedades es un sector muy importante para la vida de un país, en la medida en que la mayoría de las actividades económicas relevantes se llevan a cabo en el seno de las sociedades mercantiles y principalmente de las anónimas o de responsabilidad limitada. Pero esto no quiere decir que automáticamente toda infracción delictiva que se cometa en el seno de las mismas y que esté relacionada con su actividad deba considerarse como un delito económico, cuya persecución penal requiera su tipificación expresa previa. Nada mas lejos de la realidad. La mayoría de los delitos societarios no son mas que falsedades documentales, estafas o apropiaciones indebidas que perfectamente pueden castigarse en base a los correspondientes tipos tradicionales de los delitos patrimoniales clásicos. Así, por ej., el art. 292 del Proyecto de 1994 castiga con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero. Pero este mismo hecho puede

ser castigado, tanto en el Código penal vigente (art. 303), como en el mismo Proyecto (art. 369), como falsedad en documento mercantil, con una pena parecida, sin restricciones de ningún tipo, ni exigencia de ánimo de causar perjuicio alguno, que caso de que se de permitiría además la aplicación del correspondiente delito de estafa, en grado de tentativa o consumación. Lo mismo podemos decir respecto al abuso de firma en blanco previsto en el art. 294 del Proyecto.

Quizás la novedad mas importante en esta materia sea la tipificación expresa en el art. 297 del abuso de confianza por parte de los administradores que, en beneficio propio o de tercero, causaren un perjuicio a la sociedad o alguno de sus socios. El precepto viene a cubrir las lagunas que se derivan de la regulación tradicional del delito de apropiación indebida que, según un sector de la doctrina española, sólo castiga las conductas de apropiación, pero no las de gestión desleal o infidelidad en la utilización de los fondos sociales. Según esta tesis, el administrador que compra acciones del Banco con fondos del propio Banco, o que renueva indefinidamente los préstamos concedidos a sociedades o empresarios de escasa solvencia económica, que obtiene préstamos de la sociedad que administra o que hace que ésta le garantice deudas personales etc. no comete un delito de apropiación indebida, porque el art. 535 del Código Penal vigente y el art. 245 del Proyecto de 1994 exigen que el sujeto se apropie o distraiga las cantidades que administra (hay quien dice incluso que no cabe aplicar en ningún caso este delito cuando lo que se entrega es dinero). La fórmula del "abuso de confianza" vendría a resolver esta laguna de punibilidad que, sin duda, puede darse en algún caso; pero ello quizás sea a costa de dejar excesivamente imprecisa los límites de la nueva

conducta típica, que, obviamente en ningún caso, puede superponerse con los de la apropiación indebida.

De todos modos, la persecución penal de estos delitos societarios sale malparada, por cuanto el art. 297 del Proyecto condiciona su persecución a la presentación de querrela de los perjudicados o sus representantes legales, permitiéndose sólo la intervención del Ministerio Fiscal en el caso de incapaces, menores y ausentes o cuando se parece peligro para los intereses generales.

La mención en la rúbrica del Título XII, del orden socioeconómico pierde, finalmente, su escasa justificación cuando se regula en su seno los delitos contra los derechos de los trabajadores (Capítulo XIV). Aparte de que parece discutible entender la libertad y seguridad en el trabajo como un bien jurídico de carácter socioeconómico, carece completamente de sentido que se traigan a este lugar los delitos contra la higiene y seguridad laboral (art. 290), e incluso la discriminación laboral por razón de sexo, origen, estado civil, raza etc., (art. 288), que evidentemente nada tienen que ver con el orden socioeconómico. Sin embargo, la crisis fraudulenta de la empresa se sitúa entre las insolvencias punibles (art. 265, 2.º) y no se mencionan expresamente los fraudes a la Seguridad Social que, al parecer, igual que los delitos contra la Hacienda Pública, se dejan para su regulación en una ley especial.

Tras este rápido análisis de los grupos de delitos que más directamente pueden tener que ver con el término "Delitos contra el Orden socioeconómico" que se menciona en la rúbrica del Título XII del Proyecto de 1994, podemos resumir nuestras conclusiones provisionales diciendo que la mayoría de los delitos que se tipifican en dicho título, sigue respondiendo, en sus líneas esenciales, a la forma tradicional de tutela de los intereses patrimoniales; sólo en algunos

casos hay delitos que inciden directamente en un orden económico más amplio que el puramente patrimonial, debiendo incluirse en un título diferente autónomo o en otros títulos más apropiados.

4. Hay, todavía algunas cuestiones puntuales que por su aparición relativamente frecuente en la delincuencia relacionada con la actividad económica, tanto en sentido amplio, como estricto, merecen ser tratadas con alguna mayor precisión. Me refiero concretamente al problema de la irresponsabilidad de las personas jurídicas y el actuar en nombre de otro y al del error del autor del delito sobre los elementos que configuran el correspondiente tipo penal cuando éstos provienen de una normativa jurídica extrapenal a la que se remite expresamente la propia regulación penal. Estas cuestiones, sin duda generales del Derecho Penal, plantean en este sector algunas particularidades hasta el punto de haberse pedido una regulación específica de las mismas, distinta incluso de la que existe para el resto del Derecho Penal.

A) Respecto al primer problema, la frecuencia y facilidad para cometer delitos económicos en el ámbito de las sociedades mercantiles, especialmente de responsabilidad limitada y anónimas, explica que se haya pedido, por lo menos para este sector, la abolición del clásico principio "*societas delinquere non potest*".

Ya decía Bricola, en un trabajo sobre este tema publicado en 1970 que "el principio *societas delinquere non potest*" no tiene un valor ontológico, sino (que) es simplemente expresión de la fuerza de las leyes del poder económico; donde éstas no entran en juego el principio se desdibuja, como lo demuestran las varias tentativas de incriminar asociaciones de tipo político".

Y la verdad es que en el mundo jurídico anglosajón, menos dominado

por prejuicios conceptuales y dogmáticos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho poco discutido que se plantea con alguna frecuencia en las causas por delitos económicos.

El problema actualmente no se plantea, pues, tanto como una cuestión ontológica, sino como una necesidad políticocriminal que debe ser resuelta expresamente por el Ordenamiento jurídico de cada país en función de las premisas conceptuales dogmáticas de las que parte.

Desde el punto de vista de un Derecho Penal que en la configuración de la infracción delictiva parte de la acción humana, de la culpabilidad y de unos presupuestos psicológicos que sólo pueden predicarse de la persona física individual, se hace difícil admitir la responsabilidad penal de entes ficticios como son las personas jurídicas.

También el sistema de sanciones aplicables, penas o medidas, descansa en unos presupuestos psicológicos individuales, culpabilidad-peligrosidad, en función de las cuales se asigna al sistema de sanciones unas finalidades de prevención general o especial que difícilmente pueden lograrse en el ámbito de las personas jurídicas.

Pero esto no quiere decir que el ordenamiento jurídico en su conjunto deba permanecer impasible ante los abusos que a través de la persona jurídica se cometan y que, cuando esos abusos revistan los caracteres de delito, no pueda imponer consecuencias que específicamente incidan en la persona jurídica que sirvió de vehículo o instrumento para su comisión.

Hay que buscar, pues, la sanción adecuada a estos entes jurídicos, pura creación artificial del Derecho, que tan importante actividad despliegan en el actual mundo económico.

Personalmente, me parece bien que el actual Derecho Penal disponga de un

arsenal de medios específicos de reacción y control jurídico penal de las personas jurídicas. Claro que estos medios deben ser adecuados a la propia naturaleza de estos entes. No puede hablarse de penas privativas de libertad, pero sí de sanciones pecuniarias; no puede hablarse de inhabilitaciones, pero sí de suspensión de actividades o de disolución de actividades, o de intervención por parte del Estado. No hay, pues, por qué alarmarse tanto, ni rasgarse las vestiduras cuando se hable de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino simplemente ser conscientes de que únicamente se trata de elegir la vía adecuada para evitar los abusos que a su amparo se realicen.

Otra cosa es que para mantener la pureza del lenguaje jurídico y la coherencia con las premisas conceptuales de las que se parte, no se equiparen las sanciones específicamente aplicables a las personas jurídicas con las que se imponen a las personas físicas, o que por lo menos se utilicen otros nombres o nomenclaturas distintas a las tradicionales penas y medidas de seguridad.

En este sentido, el Proyecto sigue el criterio acogido en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, situando estas sanciones en el Título VII del Libro I, bajo la rúbrica "De las consecuencias accesorias", indicando así que el delito además de las penas y medidas de seguridad, puede tener otras consecuencias como las que en el art. 129 se prevén (clausura, disolución, prohibición de actividades etc.). Siu embargo, el Proyecto no acoge un precepto importante de la Propuesta, cuyo art. 137 permitía que el Tribunal decretara "la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad por sus órganos o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir las responsabilidades pecuniarias de

naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueren insuficientes". Esta especie de confiscación del enriquecimiento injusto, sería una sanción eficacísima del lavado de dinero negro que es precisamente una de las actividades más nefastas de la actividad criminal de algunas personas jurídicas.

La responsabilidad penal, si bien matizada, de las personas jurídicas no excluye, claro está, la de las personas físicas que en calidad de órganos de las mismas actúan en su nombre o representación.

La verdad es que en ello nunca se ha visto un obstáculo legal o dogmático importante. Otra cosa son los problemas de prueba y las dificultades que a veces se dan para individualizar la actuación concreta de alguna persona física, directivo u órgano de la persona jurídica.

En el Derecho Penal moderno se había planteado, sin embargo, la imposibilidad de exigir la responsabilidad penal individual cuando el tipo de delito en cuestión exigiera en el sujeto activo unas cualidades o funciones personales que no se dan en la persona física, sino en la jurídica a la que aquélla representa. Así, por ej., el art. 520 exige que el sujeto activo del delito de quiebra fraudulenta sea el *quebrado*, es decir, el deudor comerciante declarado en quiebra de acuerdo con las previsiones del Código de Comercio, Y es claro que esta cualidad en caso de quiebra de por ej., una sociedad anónima, no puede ser comunicada a la persona física que actuó en nombre o representación de la sociedad. Para evitar la impunidad que ello puede suponer, cabe arbitrar diversos medios, pero siempre con el apoyo de una disposición legal expresa que permita atribuir *ex lege* a estas personas la cualidad exigida por el tipo en cuestión. No se trata, sin embargo, de crear artificialmente este procedimiento, sino, como destaca Gracia Martín, de buscar las bases fácticas que permitan

descubrir quién tiene el verdadero dominio y control de la sociedad. En este sentido debe ser interpretado el art. 15 bis del CP, introducido en la reforma de 1983, como una regulación expresa de la posición de garante, del dominio social y de la equivalencia material del que actúa como órgano o directivo de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, que ahora reproduce literalmente el art. 31 del Proyecto.

B) Quisiera, para terminar, ocuparme ahora del otro problema que con bastante frecuencia suele plantearse en el ámbito de la delincuencia económica con peculiaridades propias. Me refiero al *error de prohibición*. En un mundo tan tecnificado y complejo como es el mundo de las actividades económicas es muy probable que a veces se actúe con desconocimiento de la intrincada normativa jurídica extrapenal que lo regula. El uso y el abuso de la ley delegada, del decreto-ley, del reglamento y aun de las órdenes y circulares administrativas es una constante de este sector y es deplorable que toda esa normativa, con rango inferior al de la ley orgánica formal, pueda entrar en el Derecho Penal por la puerta falsa de la norma penal en blanco que, em líneas generales, representa una burla del principio de legalidad.

La complejidad técnica y la indeterminación de las normas que regulan la actividad económica y sobre todo la intervención del Estado en la economía es una de sus principales características, pero también su principal defecto. Y por ello es lógico que esta complejidad se intente compensar desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma.

La experiencia enseña que estamos dispuestos a conceder más relevancia al error que se refiere a normas "artificiales", que al que se refiere a normas

que constituyen el núcleo de nuestra sociedad.

Sin embargo, paralelamente a este crecimiento de la normativa del sector económico, se ha introducido en nuestro Código penal una regulación del error de prohibición que parece no tiene en cuenta esta legítima necesidad de compensación.

El § 3.º del art. 6 bis *a*, que prevee para los casos de creencia errónea vencible de estar actuando lícitamente una atenuación, si bien muy cualificada, de la pena correspondiente al delito cometido, se considera como una claudicación ante el viejo principio *ignorantia iuris non excusat*, ya que, de hecho, la mayoría de los errores en este ámbito son vencibles o evitables y difícilmente puede prosperar su alegación ante los Tribunales.

Esta crítica puede hacerse con mayor fundamento a la "teoría de la culpabilidad" acogida por el § 17StGB, antecedente más próximo de la regulación española, por cuanto la doctrina alemana dominante sólo exige el conocimiento potencial de la antijuricidad y en caso de error vencible prevee una atenuación facultativa y no obligatoria de la pena.

En cambio, con "teoría del dolo", el error vencible de prohibición sólo resultaba punible a título de imprudencia y únicamente en aquellos casos en los que el delito cometido admitiera esta forma de responsabilidad, lo que normalmente no suele suceder en los delitos económicos.

Pero la regulación prevista en el art. 6 bis *a* del CP español, aparte de ser más generosa con el error de prohibición que la regulación alemana, no prescribe obligatoriamente que el tratamiento que hay que dar al error sobre normas extrapenales sea el del error de prohibición, es decir, el del § 3.º. También podría ubicarse dicho error, y hay muchas razones para entenderlo así, en

los §§ 1.º y 2.º del mismo artículo, como un error sobre elemento integrante de la infracción penal, ya que en la mayoría de los delitos económicos, la remisión a las normas extrapenales que se hace en el tipo, convierte a éstas en “elemento esencial integrante de la infracción penal”, o en el § 1.º del art. 14 del Proyecto que habla de error. ...“ sobre los medios constitutivos de la infracción penal”.

¿Cómo si no puede entenderse constituido el tipo del delito de defraudación tributaria si no se considera que el deber tributario es un elemento integrante del mismo? Si alguien cree que tiene derecho a una bonificación fiscal o que un determinado ingreso no está sujeto a tributación, actúa sin el dolo requerido por dicho delito, siendo además indiferente que el error sea vencible o invencible, porque, en todo caso, la comisión imprudente de este delito es impune. Si el desconocimiento del deber tributario descansa en una falsa apreciación de los datos de hecho o de la normativa aplicable, desaparece el propósito de defraudar al Erario público, con lo que se excluye ya el tipo del delito de defraudación tributaria.

El error sobre las normas extrapenales que configuran la tipicidad de los delitos económicos no es, por tanto, como creen Bajo y Torio, y de ahí sus acerbas críticas a la regulación vigente, un error de prohibición a tratar conforme al § 3.º del art. 6 bis *a*, sino un verdadero error de tipo subsumible en los §§ 2.º y 3.º de dicho precepto, con la consecuencia de la impunidad del que en este modo actúa erróneamente.

Con razón, señala Lüdersen que “el aumento del riesgo de responsabilidad de los destinatarios de la norma, ante la cada vez mayor inseguridad cualitativa y cuantitativa de los elementos normativos debe ser compensada en el aspecto subjetivo”. Es verdad que, como

dice en Alemania Maiwald, manteniendo la tesis contraria a la que aquí se propone, que “el Estado debe exigir que los ciudadanos se identifiquen con las normas que el mismo Estado promulga en cumplimiento de su función ordenadora... La regulación del error de prohibición — que es como este autor considera que debe tratarse el error sobre normas extrapenales — es, por consiguiente, expresión de la exigencia de una fuerte identificación con el orden estatal”. Pero precisamente ésto es lo que falla aquí, la identificación del ciudadano con la normativa estatal. No sólo porque esta compleja y cambiante, sino porque a veces es también coyuntural, arbitraria y de una gran imprecisión.

Naturalmente, ello no quiere decir que baste con que el ciudadano alegue desconocerla para que prospere tal alegación. Es más, muchas veces entre los autores de los delitos económicos, hay verdaderos especialistas en el tema, perfectamente asesorados por conocedores de los entresijos legales. La alegación del error se basa muchas veces en una adecuación social del comportamiento ilícito tolerada o incluso fomentada por el Estado, como sucede con la tolerancia del dinero negro siempre que se suscriban títulos de la Deuda Pública a bajo interés etc. Todo ello produce una gran confusión e inseguridad jurídica en el ciudadano de a pie, a quien no puede asustársele con el Derecho Penal para conseguir una identificación con una determinada política económica del Estado. Tanto más cuanto el poder sancionatorio de la Administración campea en esta materia por sus respetos, imponiendo en caso de infracciones, incluso puramente formales, sanciones de tanta gravedad como las penales propiamente dichas.

No se trata, pues, de conceder impunidad a la despreocupación o negligencia

cia en el cumplimiento de los deberes de carácter económico que el ciudadano tiene con el Estado, sino de situar adecuadamente el problema en la categoría o secuencia de la teoría del delito donde corresponde. Y hoy por hoy es en la configuración del propio tipo de delito donde surgen las obligadas remisiones o referencias a normas penales, sin las que la función de selección, de garantía y de motivación que el tipo cumple no pueden tener efecto.

Con ello llego al final de mi conferencia, he querido exponer ante ustedes las preocupaciones esenciales que en estos momentos la problemática jurídica de la llamada delincuencia económica presenta.

Mi conclusión fundamental es que el Derecho Penal Económico es, sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del Derecho Penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas. Una vez más, el rigor de una buena Dogmática orientada políticocriminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos.