

Dret penal econòmic. Part general

Luigi Foffani
María José Pifarré de Moner

PID_00188245



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. El naixement dels delictes econòmics en l'ordenament espanyol	7
2. Del "patrimoni" a l'"economia": nous béns jurídics. El nou títol "Delictes contra el patrimoni i contra l'ordre socioeconòmic"	9
3. Tècniques de tutela del dret penal econòmic	14
3.1. Delictes de lesió i delictes de perill abstracte	14
3.2. Bé jurídic final i bé jurídic intermedi	15
3.3. De la tutela de béns jurídics a la tutela de funcions	16
4. Relació amb la normativa extrapenal: el caràcter "sancionador" i "accessori" del dret penal econòmic; elements normatius, normes de reexpedició i normes penals en blanc	18
5. Dret penal econòmic i infraccions administratives	21
6. Dret penal econòmic i principis fonamentals del dret penal: subsidiarietat, fragmentarietat, últim recurs	24
7. Els subjectes del dret penal econòmic	26
7.1. Els delictes societaris com a delictes propis	26
7.2. L'administrador de fet	27
7.3. Empresa i societat	28
7.4. Els grups de societats	28
8. Dret penal econòmic i responsabilitat de les persones jurídiques	30
9. Cap a una europeïtzació del dret penal econòmic	33
Resum	35
Bibliografia	37

Introducció

El dret penal econòmic s'ha convertit a Espanya, des de ja fa un quart de segle, en una realitat imprescindible de la intervenció penal, encara que amb un notable retard respecte de la majoria dels països europeus. Es tracta d'un sector de l'ordenament penal que presenta una fesomia peculiar des del punt de vista tècnic i polític criminal, i que justifica per això plenament que sigui tractat de manera autònoma. Per a entendre de la millor manera aquestes característiques, i per a fer-ne un enfocament adequat –fins i tot a escala històrica i comparada–, les pàgines que segueixen proposen una exposició d'algunes qüestions de caràcter general que caracteritzen la matèria penal econòmica i la identitat específica d'aquesta matèria.

Objectius

Amb l'estudi d'aquest mòdul l'estudiant assolirà els objectius següents:

- 1.** Entendre els motius que han donat lloc al naixement d'aquesta branca del dret penal.
- 2.** Conèixer les principals diferències d'aquests delictes amb els delictes anomenats *tradicionals*.
- 3.** Subratllar els elements que han de tenir un tractament comú amb la resta de delictes.
- 4.** Aprendre la naturalesa mixta o híbrida d'aquests tipus penals.
- 5.** Comprendre la importància capital del dret europeu i internacional en el naixement i evolució de cada figura delictiva d'aquesta branca.
- 6.** Oferir elements d'anàlisi per als delictes que s'estudiaran a continuació en els altres mòduls.

1. El naixement dels delictes econòmics en l'ordenament espanyol

El Codi penal espanyol va conèixer per primera vegada el 1995 una normativa específica dedicada al dret penal econòmic, en ocasió del nou Codi penal de la democràcia, que va introduir en la part especial un nou títol, el XIII, dedicat expressament als delictes contra el patrimoni i contra l'ordre socioeconòmic. Això no significa, naturalment, que amb anterioritat a aquest títol no hi hagués una delinqüència econòmica, ni que aquesta delinqüència no tingués una resposta de naturalesa penal en l'ordenament. En realitat, la resposta penal es canalitzava per mitjà dels tradicionals delictes patrimonials, començant per l'estafa i l'apropiació indeguda. Es tractava, no obstant això – segons una opinió doctrinal acceptada àmpliament, que al final es va obrir pas fins al Parlament–, d'una normativa penal plena de llacunes, inadequada als temps i netament contrària a l'evolució de la matèria als països del nostre entorn, atès que tots els ordenaments europeus contemporanis ja presentaven un nucli més o menys extens de tipus penals dedicats expressament a regular les activitats econòmiques.

No obstant això, la qüestió en què diferien i difereixen les solucions adoptades pels diferents ordenaments europeus és la **col·locació dels delictes econòmics**. En molts països, aquests delictes troben acomodament en l'àmbit de la legislació especial, és a dir, fora del Codi penal (com a França i Itàlia), i això en atenció a l'estreta relació que hi ha entre les normes penals relatives a l'activitat econòmica i la regulació de l'activitat econòmica de caràcter no penal (civil, mercantil i administrativa) d'aquesta mateixa matèria. Uns altres ordenaments (com el d'Alemanya), si bé preveuen dins del Codi penal un important nucli de delictes econòmics (delictes relatius a insolvències punibles, delictes tributaris, frau en subvencions públiques, fraus crediticis, en inversions de capital i delictes contra la lliure competència), la major part de la matèria penal econòmica es reparteix en una sèrie de lleis especials, cadascuna amb un objecte diferent, externes al Codi penal. D'altra banda, pocs codis penals preveuen el nostre en la part especial un títol dedicat expressament, de manera global, als delictes econòmics. Són especialment rars els casos en què tota la matèria penal econòmica es tanca dins del Codi penal.

Lectura complementària

Sobre el debat que va portar a la introducció dels delictes econòmics dins del Codi penal de 1995, vegeu la referència següent: **Diversos autors (1995)**. *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE.

Per això, dins del marc del dret comparat més pròxim a nosaltres, ressalta l'opció tècnica i politicocriminal presa pel legislador espanyol de 1995, que en el moment d'introduir en l'ordenament penal, per primera vegada en la història d'aquest ordenament, un ampli i heterogeni grup de delictes econòmics, ha mantingut tota aquesta complexa matèria dins de la part especial del Codi penal, i s'ha mantingut fidel així a la tradició *codigocèntrica* que sempre ha caracteritzat la legislació penal espanyola –en contraposició amb l'experiència dels altres ordenaments del nostre entorn, que han experimentat (especialment en els anys més recents, caracteritzats per una *expansió* de la normativa penal) una tendència a la *descodificació* de la matèria penal.

Lectura complementària

Sobre aquestes característiques de l'ordenament penal espanyol, vegeu la referència següent: **L. Foffani i M. J. Pi-farré de Moner** (2000). *La legislazione penale speciale in Spagna (Codice penale e principio di "universalità")*. A: M. Donini (dir.). *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato* (pàg. 189). Padova: CEDAM. Vegeu també la referència següent: **J. Terradillos Basoco** (2002). *Código penal - Leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta. A: Libro homenaje a Cerezo Mir* (pàg. 511 i següents). Madrid. Sobre el fenomen general de l'expansió del dret penal, vegeu la referència següent: **J. M. Silva Sánchez** (2001). *La expansión del Derecho penal* (2a. ed.). Madrid: Civitas.

2. Del "patrimoni" a l'"economia": nous béns jurídics. El nou títol "Delictes contra el patrimoni i contra l'ordre socioeconòmic"

El títol XIII del llibre II del Codi penal de 1995 reuneix per primera vegada en un únic i omnicomprensiu títol tant les figures clàssiques dels delictes contra el patrimoni com els nous tipus penals dels delictes econòmics, qualificats pel legislador de **delictes contra l'ordre socioeconòmic**". D'aquesta manera, es dona vida a un títol extremament vast i heterogeni: des del punt de vista quantitatiu, es tracta del títol més llarg en absolut de tot el codi penal, amb catorze capítols i setanta-tres articles; des del punt de vista qualitatiu, fa ressaltar l'extrema varietat de la matèria, que al costat de figures senzilles i elementals de delictes contra la propietat (com el furt o el robatori: art. 234-242 del Codi penal) situa noves formes d'agressió contra el patrimoni que solament les noves tecnologies han fet possibles (el delictes informàtic: art. 264 del Codi penal), i això passant per tipus penals complexos introduïts per a protegir nous béns jurídics immaterials i supraindividuals, com el funcionament correcte del mercat i de la confiança dels inversors (els nous delictes d'abús d'informació privilegiada i de manipulacions del mercat: art. 284 del Codi penal).

Patrimoni i economia no són en realitat entitats homogènies ni des del punt de vista econòmic ni des del jurídic.

Així, mentre el patrimoni és sens dubte un objecte de protecció plenament susceptible d'assumir el rang de bé jurídic, i fins i tot representa (al costat de béns jurídics com la vida humana o la llibertat personal) un exemple paradigmàtic de bé jurídic típic del dret liberal *clàssic*, l'economia en canvi representa un *lloc sistemàtic* més que no pas un objecte de protecció. No és correcte parlar de delictes contra l'economia. En canvi, és més precís parlar de delictes en matèria econòmica, delictes contra béns econòmics o bé, seguint l'elecció lingüística adoptada pel legislador espanyol de 1995, delictes contra l'*ordre socioeconòmic*, entenent aquest concepte com a expressió de la síntesi del conjunt de béns i interessos relatius al funcionament correcte del mercat i al desenvolupament normal de les activitats econòmiques.

Alhora, la noció d'*ordre socioeconòmic* posa en relleu una altra característica essencial de la matèria penal econòmica, el **caràcter estrictament sancionador** (veg. § 4), en la mesura en què es tracta del conjunt de normes dirigides a la protecció de l'ordenament jurídic del mercat com a realitat anterior i externa al dret penal.

Lectura complementària

Sobre l'ordre econòmic com a possible bé jurídic protegit penalment, vegeu la referència següent: C. Martínez-Buján Pérez (2011). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general* (3a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

La **diferenciació** entre delictes contra el patrimoni i delictes en matèria econòmica no és gratuïta, sinó que es deriva del fet que tots dos sorgeixen de realitats normatives i històriques profundament diferents, malgrat que es tracti de sectors en què els uns (els delictes econòmics) són el fruit de l'evolució històrica dels altres (delictes patrimonials); una espècie de costella d'Adam que s'arrenca i assumeix vida pròpia i autònoma. Si bé és cert que a vegades, en casos concrets, alguns delictes contra el patrimoni poden arribar a adquirir una dimensió de "pseudodelictes econòmics" (certes estafes o apropiacions indegudes de dimensions rellevants i amb un nombre de víctimes particularment alt), en principi, delictes patrimonials i delictes econòmics protegeixen béns jurídics diferents. En el primer cas, ens trobem davant béns jurídics de caràcter **individual i personalista**, i en el segon, en canvi, de tipus **institucional i supraindividual**.

D'altra banda, tots dos sectors utilitzen **tècniques de protecció del bé jurídic diferents**. Mentre en l'àmbit dels delictes patrimonials es recorre amb freqüència als delictes de resultat, en els delictes econòmics es tendeix a avançar la barrera de la punibilitat a moments anteriors a la provocació real d'un dany concret, recurrent en la majoria dels casos –encara que no sempre– a la creació de tipus penals de perill abstracte i a la utilització de la tècnica anomenada **protecció de funcions** (veg. § 3). Això implica conseqüències importants en algunes qüestions de part general:

1) Per exemple, el *consentiment de la víctima* pot ser rellevant per a exculpar l'autor en els delictes patrimonials perquè són delictes que lesionen interessos individuals, però no pot trobar gaire espai d'aplicació en els delictes econòmics, en els quals l'interès que es lesiona és majorment un interès el titular del qual és la col·lectivitat.

2) Pels mateixos motius, és més lògic circumscriure que la *perseguibilitat* hagi de ser a instàncies de la part que tingui més interès en els delictes patrimonials, mentre que en els econòmics regeix la perseguibilitat d'ofici.

3) En els delictes patrimonials –atès el caràcter quantitativament determinable del dany a l'interès protegit–, és freqüent la previsió de *barreres quantitatives de punibilitat*, és a dir, que solament sigui punible com a delicte si el perjudici supera una determinada xifra de diners. En canvi, la utilització d'aquest mecanisme es revela irracional i incongruent en el cas dels delictes econòmics, que tendencialment lesionen interessos immaterials i que, per tant, no són susceptibles de quantificació.

Malgrat tots els problemes assenyalats que es deriven d'aquesta doble denominació, la redacció del títol XIII del Codi penal de 1995 comporta almenys dos grans avantatges:

1) El primer consisteix a mostrar de manera plàstica i clara, primer de tot, quina ha estat l'evolució històrica del nostre dret penal, que partint de la protecció del patrimoni (bé jurídic material i individual) ha acabat havent de protegir béns de naturalesa econòmica (tendencialment immaterials i supraindividuals).

2) El segon, el de reflectir la inevitable i freqüent contigüitat i confusió entre protecció de béns patrimonials i protecció de béns econòmics. Una demostració d'això, la constitueix el fet que en el programa d'aquesta assignatura, que anomenem *de Dret penal econòmic*, s'estudiïn, al costat dels delictes econòmics, alguns delictes patrimonials que a vegades actuen com a delictes pseudoeconòmics.

Assentades aquestes bases, no obstant això, cal tenir en compte que en aquesta evolució que porta del patrimoni a l'economia no hi falten contradiccions i vaivens; no és infreqüent que **aquests dos perfils de protecció s'uneixin dins d'un mateix tipus penal**.

Exemple

Vegem com a exemple d'això el que ha ocorregut recentment en el nostre veí italià, amb la reforma dels drets societaris, que ha transformat el tipus penal de falses comunicacions socials de delictes contra el bé juridicoeconòmic de la transparència i veracitat dels comptes i de la informació societària en delictes contra el patrimoni de la societat i els socis (art. 2621 i 2622 del Codi civil). Trobareu més detalls sobre aquest tema en la referència següent: **L. Foffani** (2005). "«Crònica de una muerte anunciada»: la reforma de los delitos societarios en Italia". *Revista Penal* (núm. 15, pàg. 57 i següents).

A vegades, la protecció d'un bé de naturalesa econòmica no exclou la presència de tècniques de protecció típiques dels delictes patrimonials. Certament, preval el caràcter immaterial del bé jurídic, però a l'arsenal típic de protecció dels delictes econòmics, se n'hi afegeixen altres que són típics del caràcter dels delictes patrimonials, principalment amb la intenció de condicionar o circumscriure l'objecte de protecció de manera més clara.

Per a entendre-ho més bé, prenguem el bé jurídic de caràcter econòmic *transparència de la informació societària*, expressament reconegut pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees com a bé de rang comunitari, respecte del qual els estats membres (i Espanya és entre aquests estats) tenen l'obligació de disposar una protecció adequada, preveient sancions "proporcionades, eficaces i dissuasives".

En el nostre Codi penal, aquest bé jurídic es protegeix amb el tipus penal de **falsedat en els comptes** (art. 290 del Codi penal), tipus que, no obstant això, circumscriu l'actuació, no a qualsevol falsedat en els comptes, sinó únicament a les falsedats fetes "de manera idònia per a causar un perjudici econòmic" a la societat, als socis o a tercers. En aquest cas, per tant, el perill concret per al patrimoni d'aquests subjectes específics actua com un límit (típicament patrimonial) posat pel legislador en la protecció del bé jurídic de caràcter econòmic i immaterial més absolut de la "transparència i veracitat dels comptes societa-

Lectura complementària

TJCE 3.5.2005, causes C-387/02, C-391/02 i C-403/02, a REDE, 2006, núm. 17, pàg. 79 i següents, amb comentaris d'Alonso García. Sobre aquesta sentència, vegeu també la referència següent: **L. Foffani** (2010). *Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles*. A: D. M. Luzón Peña (dir.). *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho* (pàg. 777 i següents). Madrid: La Ley.

ris". El tipus protegeix un bé jurídic econòmic immaterial i suprapersonal, però reserva la intervenció del dret penal solament als casos en què l'atac a aquest bé produeixi a més un perjudici patrimonial determinat, i ofereix per tant una tècnica de tutela típica dels delictes patrimonials. Es tracta únicament, com hem dit, d'un exemple d'un fet que succeeix no poques vegades en el nostre Codi i que anirem veient al llarg de l'estudi dels delictes de manera individual.

Per tot plegat, els redactors del Codi penal no han establert una línia neta de demarcació dins del Codi entre els delictes patrimonials i els delictes econòmics. No obstant això, un indici significatiu d'una **distinció** es podria veure en l'article 268 del Codi penal, que estableix la no-punibilitat dels delictes patrimonials comesos entre parents pròxims quan no concorre ús de violència o intimidació, i refereix aquesta mesura únicament "als capítols anteriors" (cap. de l'I a l'IX, més patrimonials) i exclou així els posteriors (més econòmics). És a dir que aquesta derogació de la punibilitat abasta els delictes següents: furts, robatoris, extorsió, robatori i furt d'ús de vehicles, usurpació, defraudacions, insolvències punibles, alteració de preus en concursos i subhastes públiques, i danys. En tots aquests delictes, prevalen netament les tècniques de protecció orientades a béns de naturalesa patrimonial i individual, contra formes d'agressió a vegades tradicionals i a vegades caracteritzades en canvi per l'ús de les noves tecnologies.

Com a excepció a aquesta regla general, es poden assenyalar els capítols relatius a les insolvències punibles (cap. VII) i a l'alteració de preus en concursos i subhastes públiques (cap. VIII), en els quals la tutela penal del patrimoni dels creditors o dels participants en el concurs o subhasta pública és absorbida essencialment en una dimensió supraindividual (tutela de creditors com a massa de creditors) i institucional (protecció del desenvolupament correcte dels procediments concursals i de les subhastes públiques).

Després de la frontera del capítol X –en què se situa l'esmentada disposició eximent de l'article 268 del Codi penal– es preveuen grups de tipus penals en què és indubtable la neta superioritat de la dimensió econòmica i supraindividual sobre la patrimonial i individual: es tracta dels delictes relatius a la propietat intel·lectual i industrial, al mercat i als consumidors (cap. XI), del delictes de sostracció de cosa pròpia a la seva utilitat social o cultural (cap. XII), dels delictes societaris (cap. XIII) i dels d'encobriment i blanqueig de capitals (cap. XIV). Es tracta, naturalment, d'una *pista* que podem desunir del Codi mateix i que pot resultar molt útil en la interpretació i aplicació d'aquests delictes a la pràctica.

No s'ha de passar per alt, no obstant això, que es poden trobar situats **fora d'aquest títol XIII** del llibre II del Codi penal **altres grups de tipus penals** que es poden emmarcar dins de les normes jurídiques i interessos dignes de protecció des del punt de vista del bon funcionament d'una economia social de mercat amb tota rotunditat.

Exemple

Pensem, per exemple, en les disposicions penals en matèria de corrupció de funcionaris públics, que –juntament amb la nova figura delictiva de la corrupció entre particulars (art. 286 bis del Codi penal), introduïda per la Llei orgànica 5/2010– a escala internacional són considerats i tractats essencialment com a eina dirigida a la protecció del bé econòmic de la **lleialtat i llibertat de competència**; tanmateix, en el Codi penal espanyol preval (igual que en el de la major part dels ordenaments europeus), un punt de vista de la corrupció en el sector públic des de l'aspecte que té de tutela de la **imparcialitat i del bon funcionament de l'Administració pública**, i no de distorsió del mercat contrària a una competència lleial. El fet que aquest sigui finalment l'emplaçament sistemàtic que té, no obstant això, no eximeix de considerar-la igualment atemptatòria contra la lleialtat i llibertat de competència, igual que ho és la corrupció entre privats. De fet, hi ha instruments supranacionals com la convenció de l'ONU sobre la lluita contra la corrupció del 2003 que obliguen a aquesta lectura.

A més, hi ha tota una gamma de delictes que generalment es cometen per mitjà de les empreses o societats, i que no tenen només un sentit estrictament econòmic, sinó que atempten també contra béns jurídics de naturalesa no econòmica. Són delictes comesos pels operadors econòmics i que tenen conseqüències econòmiques; per a posar-hi un nom global, s'hi ha posat el de *dret penal de l'empresa*. Parlem dels delictes contra el medi ambient, urbanístics, alimentaris, farmacèutics, etc. L'amplitud dels temes que engloba s'escapa de les possibilitats d'aquests mòduls, de manera que ens limitarem al dret penal econòmic, i no al més ampli dret penal de l'empresa.

És discutible si els delictes contra la Hisenda Pública i la Seguretat Social i els delictes contra els drets dels treballadors s'han d'englobar entre els estrictament econòmics o no, i efectivament, malgrat no estar englobats pel Codi penal en el títol XIII del llibre II, també participen de la naturalesa de béns jurídics de naturalesa econòmica i per tant els incloem en aquests mòduls dedicats al dret penal econòmic.

3. Tècniques de tutela del dret penal econòmic

3.1. Delictes de lesió i delictes de perill abstracte

Des del punt de vista de la tècnica de tutela i de la construcció legislativa dels tipus penals, el dret penal econòmic es distingeix clarament –com ja hem esmentat breument en l'apartat anterior– de les clàssiques figures dels delictes patrimonials.

Els delictes patrimonials estan configurats tradicionalment com a **delictes de lesió**, és a dir, com a delictes que per a ser consumats necessiten una lesió efectiva (disminució, destrucció, dispersió, etc.) de l'interès patrimonial (individual o col·lectiu) que el codi ha reconegut com a bé digne de protecció. Això ocorre, per exemple, no solament en les formes d'agressió violenta al patrimoni aliè (furt, robatori, extorsió o danys: art. 234-243 i 263-267 del Codi penal), sinó també en els delictes de lesió del patrimoni mitjançant frau (com l'estafa o l'apropiació indeguda: art. 248-254 del Codi penal), que s'acosten estructuralment i funcionalment als delictes econòmics i al seu torn són la matriu històrica original de molts d'aquests delictes, que solament amb el pas del temps s'han escindit dels primers i han format un delicte autònom.

La raó de ser de la previsió autònoma de molts delictes econòmics resideix de fet, precisament, en una exigència –històricament advertida en èpoques diverses i en diferents països– d'anticipar la frontera d'intervenció del dret penal respecte al llindar tradicional previst per als delictes patrimonials clàssics, i especialment del delicte d'estafa. Així succeeix, per exemple, amb el delicte societari de falsedat en els comptes (art. 290 del Codi penal), amb els delictes relatius a la propietat industrial (art. 273-277 del Codi penal) i amb els delictes relatius al mercat i als consumidors (art. 278-286 del Codi penal).

En tots aquests casos la motivació politicocriminal que actua com a base del delicte és la de protegir un nombre vast de consumidors o inversors enfront de conductes potencialment lesives tingudes en el tràfic econòmic per mitjà de l'ocupació d'instruments econòmics o jurídics dirigits al públic i, per tant, especialment perillosos i amb una gran capacitat de difusió. Per tant, una protecció eficaç dels interessos patrimonials de consumidors o inversors requereix en aquests casos que la sanció penal –quan concorren les circumstàncies de mereixement de pena i d'últim recurs o *ultima ratio* (veg. § 6)– intervingui abans i sense que s'hagi de donar una lesió efectiva dels interessos patrimonials d'aquests individus, actuant en les situacions de **perill (concret o abstracte)** que, segons els paràmetres tradicionals dels delictes patrimonials, es podrien qualificar com a màxim, i solament en alguns casos, de temptativa d'estafa.

Exemple

Així, per exemple, es castiga la usurpació o la reproducció indeguda d'un signe distintiu de productes industrials o comercials (art. 274 del Codi penal) o de denominacions d'origen o indicacions geogràfiques que representin determinades qualitats protegides legalment (art. 275 del Codi penal), sense que es requereixi que això hagi provocat engany efectiu (i perjudici consegüent) als consumidors o als productors del sector, com hauria estat indispensable per a activar la protecció penal garantida pel delictes d'estafa tradicional. De la mateixa manera, es castiguen les falsificacions en els comptes de les societats (art. 290 del Codi penal) o de la "informació economicofinancera continguda en els fullets d'emissió de qualssevol instruments financers" (art. 282 bis del Codi penal), sense que sigui necessari que l'engany hagi tingut efectes sobre un soci o diversos socis o potencials inversors.

La protecció penal enfront dels delictes econòmics, per tant, tendeix a situar-se a la frontera del simple perill (la major part de les vegades abstracte o abstracte-concret) per als interessos patrimonials dels individus que participen en el tràfic econòmic. Solament de manera excepcional el legislador requereix expressament una posada en perill concreta de determinats interessos patrimonials (per exemple, en l'art. 290 del CP, en relació amb els interessos de la societat, dels seus socis o de tercers destinataris potencials de "comptes anuals o altres documents que hagin de reflectir la situació jurídica o econòmica de l'entitat" que continguin informacions falses) o fins i tot un perjudici patrimonial efectiu (com en els delictes d'abús d'informació privilegiada o manipulacions del mercat dels art. 284.2 i 285, en els quals d'altra banda el perjudici es preveu com a possible resultat del delictes com a alternativa del benefici injust de l'agent o d'un tercer).

3.2. Bé jurídic final i bé jurídic intermedi

No obstant això, el que caracteritza més les figures de delinqüència econòmica no és tant la posada en perill o el perjudici ocasionat als interessos patrimonials individuals com la **lesió dels béns jurídics immaterials** relatius al bon funcionament i a la fiabilitat dels mercats en un sistema econòmic modern:

- la confiança dels socis i dels tercers en la veracitat dels comptes i en general la informació societària, i
- la confiança dels inversors en el fet que el procés de formació del preu dels instruments financers reflecteixi el valor efectiu dels instruments que hi estan implicats sense influència de maniobres fraudulententes.

Al costat dels interessos patrimonials dels individus (accionistes, consumidors, inversors, etc.), sorgeixen i adquireixen la categoria d'autèntics béns jurídics protegits una sèrie d'interessos immaterials i supraindividuals de naturalesa purament econòmica, que assumeixen la funció de ser un instrument de protecció *avançada* dels interessos patrimonials dels individus (persones físiques o jurídiques). És a dir, al costat dels interessos patrimonials individuals (**bé jurídic final**), prenen cos nous interessos econòmics col·lectius o generals (**bé jurídic intermedi**) que s'erigeixen en criteri essencial de legitimació de la intervenció del dret penal en aquest sector concret de la vida col·lectiva.

A més, pel que fa a aquests béns jurídics intermedis, cal tenir en compte que la classificació tradicional dels delictes econòmics com a delictes de perill (generalment perill abstracte) es pot i es deu posar en discussió: situacions que semblen llunyanes d'una lesió efectiva dels interessos protegits si ens trobàvem enfront dels tradicionals béns jurídics finals (patrimoni individual), es poden considerar legítimament, no obstant això, com a rellevantment perjudicials per a aquest equilibri ordenat de les relacions econòmiques en què se sintetitza el bé jurídic de l'ordre "socioeconòmic".

D'aquesta naturalesa essencialment supraindividual de la lesió típica dels delictes econòmics, se'n deriven algunes conseqüències:

- En primer lloc, l'espai que es concedeix en aquests delictes a l'operativitat del **consentiment de la víctima** és extremament **limitat**. Un dels pocs casos en què al consentiment de l'ofès se li dóna rellevància jurídica és el del delicte contra la propietat intel·lectual (art. 270 del Codi penal).
- En segon lloc, **tampoc no és freqüent** la previsió de la **perseguitabilitat a instàncies de part**. En els delictes en què sí que està prevista expressament, com en els delictes societaris (art. 296.1 del Codi penal), ens trobem en realitat davant delictes *semipúblics*, i la necessitat de la "denúncia de la persona agreujada o del seu representant legal" decau quan –tal com ocorre en la majoria dels casos que es donen en la realitat– "la comissió del delicte afecti els interessos generals o una pluralitat de persones" (art. 296.2 del Codi penal).

3.3. De la tutela de béns jurídics a la tutela de funcions

Una altra tendència característica a l'anticipació de la intervenció del dret penal que es veu amb freqüència en l'àmbit dels delictes econòmics –encara que també en altres àmbits de l'anomenat *dret penal modern* (com en els delictes ambientals o urbanístics)– és la **tutela de funcions**. En molts casos ocorre que, entre aquestes noves figures delictives introduïdes al llarg d'aquests úl-

Lectura complementària

Sobre la diferenciació entre bé immediat i bé mediat i sobre les diverses caracteritzacions dels béns jurídics (béns individuals i supraindividuals, béns generals i béns difusos), en el marc específic dels delictes econòmics, consulteu la referència següent: C. Martínez-Buján Pérez (2007). *Derecho penal económico* (pàg. 158 i següents i 164 i següents).

tims anys, l'objecte de protecció penal, més que veure's representat per un autèntic bé jurídic en el sentit clàssic del terme, es veu en la protecció de certes funcions.

Exemple

Així, per exemple, la funció pública de gestió del territori urbà i extraurbà i de protecció de l'ambient i del patrimoni històric configura el punt de referència (l'objecte de tutela penal) dels delictes inclosos en el títol XVI del Codi penal. En l'àmbit específic dels delictes contra l'ordre socioeconòmic, es poden fer consideracions anàlogues amb referència, per exemple, al delicte societari de l'article 294 del Codi penal, que precisament s'ocupa de l'obstacle oposat a l'actuació de les persones, els òrgans o les entitats inspectores o supervisors, en l'àmbit dels "mercats subjectes a supervisió administrativa" com ara la Comissió Nacional de Valors i la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions.

En aquest cas també, si ens hi fixem bé, l'esquema, la ràtio de la intervenció penal, es pot reconduir a la relació esmentada abans entre béns jurídics finals i béns jurídics intermedis: la protecció penal es dirigeix directament i immediatament a les funcions de control de les autoritats administratives independents creades per a la vigilància de certs mercats, mentre que l'objectiu últim de la tutela penal es pot identificar correctament en aquells interessos finals (del públic dels estalviadors, inversors, dipositants, etc.) en la salvaguarda dels quals el legislador ha creat determinades autoritats de vigilància.

4. Relació amb la normativa extrapenal: el caràcter "sancionador" i "accessori" del dret penal econòmic; elements normatius, normes de reexpedició i normes penals en blanc

Una característica fonamental del dret penal econòmic és l'estretíssima i inescindible relació que té amb les normatives extrapenals subjacents (de naturalesa civil, mercantil o administrativa) a la matèria econòmica, que indueix alguns a definir aquest sector de l'ordenament penal com un dret penal "accessori" i estrictament "sancionador".

Amb aquestes definicions, es vol al·ludir al fet que les normes penals econòmiques intervenen sobre una normativa prèvia elaborada àmpliament per part del dret civil, mercantil i administratiu, tant a escala estatal com –cada vegada amb més freqüència (vegeu § 9)– supranacional. En matèria econòmica, per tant, el legislador no crea els objectes de tutela, els béns jurídics que ha de protegir, sinó que els obté de la normativa extrapenal subjacent que ja hi ha conformada, i es limita així a oferir el seu arsenal a allò que ja s'ha creat en aquests altres sectors.

El dret penal econòmic revela d'aquesta manera una vocació "sancionadora" (de preceptes derivats de la normativa extrapenal) i "accessòria" (de determinats béns procedents de la normativa no penal).

Exemple

Alguns exemples d'això els constitueixen els delictes següents:

- els **delictes societaris** (art. 290-297 del Codi penal), mitjançant l'amenaça de la sanció penal, ofereixen un reforç a algunes de les normes mercantils en matèria d'organització i gestió de les empreses, i atorguen d'aquesta manera protecció penal a interessos mercantils que mereixen i necessiten protecció (interessos d'empreses, socis, creditors, tercers, etc.);
- els **delictes d'abús de mercat** (abús d'informació privilegiada i manipulacions del mercat financer: art. 284.2 i 285 del Codi penal) constitueixen la salvaguarda de la normativa dels mercats financers establerta en el dret comunitari i en la Llei del mercat de valors, i el contingut i la funció que tenen s'entenen solament fent referència a aquesta normativa extrapenal;
- els **delictes relatius a la propietat intel·lectual i industrial** no són altra cosa que l'instrument de protecció de les regles i dels interessos definits per la legislació extrapenal en matèria d'aquestes formes de propietat.

Aquesta innegable funció "accessòria" i "sancionadora" del dret penal econòmic –que no implica de cap manera, com hauria de ser evident, una devaluació de la importància politicocriminal d'aquest sector de l'ordenament– troba en molts altres ordenaments d'altres països una confirmació *topogràfica* en la col·locació normativa de les disposicions penals en matèria econòmica fora del Codi penal, dins de les normatives sectorials a què fan referència necessàriament. D'aquesta manera, en aquests països les normes penals es converteixen, fins i tot formalment, en un autèntic apèndix sancionador dels específics sectors normatius a què es refereix.

Exemple

El delictes contra la propietat intel·lectual es trobaria dins de la Llei de la propietat intel·lectual, i no en el Codi penal. Aquesta tècnica normativa està molt difosa en països com Alemanya, França i Itàlia (vegeu § 1).

No obstant això, la funció sancionadora i accessòria del dret penal econòmic és evident també en l'ordenament espanyol, que ha pres l'opció (tècnica i politicocriminal) contrària de la inclusió dels delictes econòmics dins del Codi penal, que si bé comporta algun risc potencial (pel que fa a la coordinació entre normes penals i normes extrapenals) obté a canvi l'innegable avantatge d'aconseguir una màxima valoració d'aquestes normes penals fent-ne més fàcil el coneixement, *popularitzant-les*, i subratllar-ne d'aquesta manera la pertinença al nucli fonamental dels preceptes penals de l'ordenament.

De la naturalesa accessòria i sancionadora del dret penal econòmic, se'n deriven algunes conseqüències fonamentals que caracteritzen l'estructura i la formulació tècnica d'aquests tipus penals.

1) En primer lloc, es tracta sobretot de delictes propis, que pressuposen una determinada qualificació normativa de l'autor (l'empresari en els delictes concursals, l'administrador o altres titulars de funcions en la societat en el cas dels delictes societaris, etc.). Efectivament, els preceptes penals en matèria econòmica no es dirigeixen generalment a *el qui* –com els delictes més tradicionals del dret penal *clàssic*, inclosos els patrimonials (furt, robatori, extorsió, danys, estafa, apropiació indeguda)–, sinó que requereixen una qualitat especial en el subjecte actiu –que és el titular de poders i obligacions que es deriven d'aquesta activitat–, i també un vincle jurídic específic amb el bé protegit que justifiqui el recurs a la sanció penal.

2) En segon lloc, es tracta de tipus penals construïts exclusivament per mitjà del recurs a elements no naturalístics, sinó **normatius**: els elements constitutius d'aquests delictes solament es poden entendre correctament mitjançant referències a una norma o diverses normes jurídiques extrapenals. Per exemple:

a) Per a comprendre què són els "comptes anuals" d'una societat de l'article 290 del Codi penal hem d'analitzar necessàriament el dret societari, és a dir, per a entendre quina és la naturalesa i les funcions dels "fullets d'emissió d'instruments financers" de l'article 282 bis del Codi penal cal fer referència a aquest concepte, contingut en la Llei del mercat de valors.

b) Per a interpretar correctament les nocions d'*insolvència* i *concurso* de l'article 260 del Codi penal cal acudir a la legislació mercantil concursal.

3) En tercer lloc, utilitzen amb freqüència la tècnica del **reenviament** (explícit o implícit) al subjacent univers normatiu extrapenal. Com en els delictes (també en sentit ampli econòmics) contra el medi ambient, que castiguen determinades conductes "contravenint a les lleis o altres disposicions de caràcter general protectores del medi ambient" (art. 325 del Codi penal).

5. Dret penal econòmic i infraccions administratives

En matèria econòmica, potser més que en qualsevol altre sector d'ordenament, la infracció administrativa representa un instrument essencial per a garantir el comportament correcte dels qui participen en el mercat, que es complementa amb l'instrument penal (i, naturalment, amb els instruments civils i mercantils) en un sistema de tutela integrat, el qual utilitza tots els recursos, preventius i sancionadors, que l'ordenament posa a la seva disposició. El paper que exerceix la **infracció administrativa** en el camp econòmic revesteix una importància cabdal, tant en el nostre ordenament com en el dels països més pròxims geogràficament i culturalment. Per a demostrar-ho, n'hi ha prou de posar en relleu la funció que exerceixen les sancions comunitàries en alguns sectors específics d'activitat econòmica, com la pesca i l'agricultura. És sobretot en la protecció d'alguns béns jurídics fonamentals per al bon funcionament d'una economia de mercat moderna en què el paper de la sanció administrativa ha estat preponderant.

Hi ha un sector en què això es veu de manera especial: la tutela legal de la **llibertat** i de la **lleialtat de la competència** s'ha confiat preponderantment –tant a Espanya com en els altres països europeus i en l'ordenament comunitari– a la sanció administrativa. La normativa antimonopoli o *antitrust* es basa exclusivament en l'instrument sancionador administratiu, amb la previsió –nascuda en l'àmbit del dret comunitari i reproduïda posteriorment en els ordenaments dels estats membres– que les infraccions per part de les empreses (abús de posició dominant, acords il·lícits entre empreses, violació de les prohibicions de concentració, etc.) les segueixin sancions pecuniàries i d'interdicció particularment temibles (fins al 10% de la facturació anual de l'empresa en els casos ordinaris), que es posen en mans d'autoritats administratives *ad hoc*, que en el cas d'Espanya és la Comissió Nacional de la Competència, instituïda mitjançant la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència.

No obstant això, la protecció d'aquest sector ja no està solament en mans de l'autoritat administrativa, sinó que a més s'ha elevat la **competència** al rang de bé jurídic penal, incloent-lo en els delictes socioeconòmics del títol XIII del llibre II del Codi penal. Pensem especialment en la figura del delicte de publicitat enganyosa (art. 282 del Codi penal) i, sobretot, en la nova figura delictiva que castiga la corrupció entre particulars (art. 286 bis del Codi penal) introduïda per la Llei orgànica 5/2010. Tanmateix, el pes real de la protecció de la competència resideix, al cap i a la fi (i en manera qualitativament i quantitativament preponderant), en la sanció administrativa.

En aquest cas, no ha estat el rang de bé jurídic o la magnitud de la violació el que ha portat el legislador a prendre una opció o una altra. Queden fora de discussió tant el fet que ens trobem davant un bé jurídic fonamental per al

mercat, especialment en matèria antimonopoli, com l'entitat de la gravetat de la posada en perill. No ha estat aquest, el motiu. En matèria de competència, han estat raons de naturalesa tècnica les que expliquen l'opció presa per la reforma del Codi penal del 2010:

- la primera, l'especial flexibilitat de l'instrument sancionador administratiu, i
- la segona, la possibilitat d'atorgar la gestió de la sanció a una autoritat administrativa independent particularment especialitzada en la matèria.

En altres sectors –en la major part dels sectors normatius econòmics– hi ha una notable presència de sancions penals i administratives que intervenen conjuntament en la protecció de béns jurídics de naturalesa clarament econòmica.

Pensem en la normativa en matèria d'empreses mercantils o dels mercats financers, en el dret tributari o en la normativa concursal. En tots aquests sectors, hi veiem un **sistema de tutela integrat**, en el qual la infracció penal solament representa la punta de l'iceberg sancionador, la base del qual es compon d'una densa xarxa d'infraccions (i de controls preventius) de naturalesa administrativa. En aquests casos, la línia de frontera i el criteri diferenciador entre infracció administrativa i penal és extremament variable.

A vegades, el legislador segueix criteris **qualitatius**:

- Qualifica la infracció de penal per la **presència d'un resultat** lesiu o de perill concret, mentre que deixa la infracció administrativa als casos en què el perill hagi estat abstracte o presumpte.
- Qualifica la infracció de penal quan intervé un **peculiar element subjectiu** (dol específic, dol intencional), mentre que la infracció administrativa és indiferent de criteris de dol o culpa.

Altres vegades, el criteri distintiu entre infracció administrativa i penal és merament **quantitatiu**. Així, per exemple, en el marc dels delictes contra la Hisenda Pública i la Comunitat Europea i contra la Seguretat Social (art. 305-210 bis del Codi penal), l'element que distingeix entre penal i administratiu és la quota defraudada (50.000 euros en els art. 306 i 309 del Codi penal, defraudació i obtenció d'ingredients de fons dels pressupostos generals de les comunitats europees; 125.000 euros en els art. 305, 307 i 308 del Codi penal, defraudació tributària, defraudació a la Seguretat Social i frau de subvencions; 240.000 euros en l'art. 310 del Codi penal, delictes comptables). De la mateixa manera, per a l'abús d'informació privilegiada en el mercat de valors (art. 285 del Codi penal) i per a la manipulació informativa del mercat (art. 284.2 del Codi

penal), l'única cosa que fa sorgir un tipus d'infracció o un altre és l'entitat del perjudici causat (frontera quantitativa fixada pel legislador en 600 euros en el primer cas i 300 euros en el segon).

La gran discussió sobre el tema se centra en la naturalesa jurídica d'aquests límits quantitativs utilitzats en els delictes econòmics. Es tracta d'una qüestió que ha dividit la doctrina en dues tesis enfrontades: la tesi del tipus d'injust i la tesi de la condició objectiva de punibilitat. El fet d'acollir-se a una tesi o una altra té conseqüències pràctiques de gran importància. La més rellevant concerneix l'element subjectiu del tipus, la que diu que, considerant el límit quantitativ com un element del tipus i no com a condició objectiva de punibilitat, aquest límit hauria de ser abastat pel dol de l'autor, i l'error sobre aquest límit seguiria el règim de l'error de tipus (art. 14.1 i 2 del Codi penal).

Lectura complementària

Sobre el contingut dels articles 14.1 i 14.2 del Codi penal, vegeu la referència següent: **C. Martínez-Buján Pérez** (2011). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general* (3a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

6. Dret penal econòmic i principis fonamentals del dret penal: subsidiarietat, fragmentarietat, últim recurs

Malgrat les indubtables peculiaritats que té, des del punt de vista tècnic i politicocriminal, el dret penal econòmic és subjecte als principis generals del dret penal, i als delictes econòmics hi són plenament aplicables les institucions de la part general de codi, excepte, naturalment, en els casos en què hi ha una derogació expressa d'algun d'aquests delictes en la norma penal corresponent.

És cert que des d'instàncies polítiques a vegades s'estimen més una solució diversa. De fet, aquesta altra opinió política té el valedor en una autoritzada orientació doctrinal d'origen alemany (Tiedemann), segons la qual mentre el dret penal, en tant que mitjà més fort de la intervenció de l'estat, per raons d'ordre constitucional s'ha d'emprar solament com a últim recurs, en el dret penal de l'economia s'hi pot veure la particularitat que és menys oneros preveure algun delicte aïllat que crear una densa xarxa de controls basats en els mecanismes jurídics administratius.

Aquest corrent d'opinió diu també que "contrariamente a un difundido equívoco, el recurso al Derecho penal de la economía no es en absoluto una *ultima ratio* en la relación entre Estado y economía. El endurecimiento del Derecho penal de la economía, efectivamente, grava sobre la economía en medida mucho menor de cualquier reforma del Derecho de la economía, pues a esta última ningún operador se puede sustraer: las normas extrapenales hacen disminuir la velocidad de *todos* los operadores; los tipos penales, por el contrario, *a priori* solo inciden sobre aquellos comportamientos que en una vida económica ordenada se estiman reprobables y cuya comisión puede evitar el operador de comportamiento correcto."

Es tracta d'una opinió que no es pot compartir i que conduiria al "paradójico resultado según el cual el Derecho penal (es decir, la represión) representa siempre el instrumento más leve y menos oneroso, ya que por definición incide solo sobre las conductas desviadas, a diferencia de las reglamentaciones de tipo preventivo que por necesidad afectan a todos".

En realitat, l'oportunitat i utilitat dels controls i de les mesures preventives, i sancionadores i administratives (i extrapenals en general) –també i sobretot en matèria econòmica– queda fora de discussió. No es pot admetre que la solució penal sigui la més respectuosa amb la llibertat de moviments de l'operador econòmic, en contraposició amb els vincles interposats per l'aparell administratiu preventiu de les infraccions. Un eficient i equilibrat sistema de prevenció i repressió de la il·legalitat en la vida econòmica solament es pot construir com un **sistema integrat de protecció** en l'àmbit de la intervenció de què es tracti i es fonamenta necessàriament sobre un sòlid aparell administratiu de prevenció i de repressió de les infraccions menors.

Lectura complementària

K. Tiedemann (2010). *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial* (núm. 63, pàg. 69-70). València: Tirant lo Blanch.

Reflexió

El dret penal ha d'intervenir solament allà on el sistema administratiu no pugui renunciar a una cobertura penal de les infraccions més greus contra els béns jurídics "finals" o contra els objectes jurídics "intermedis" o "institucionals", pel fet que les sancions administratives no són prou efectives.

S'ha de concloure que, per a desenvolupar una política criminal racional, també en l'àmbit del dret penal econòmic s'ha d'afirmar la validesa dels principis de **fragmentarietat** (limitar la intervenció del dret penal solament als casos més greus i intolerables als béns jurídics d'una rellevància social especial), d'**últim recurs** i de **subsidiarietat** (legitimació de l'ocupació del dret penal solament quan no es pugui acudir a altres instruments de protecció menys invasius de la llibertat dels ciutadans o quan aquests instruments no siguin adequats).

7. Els subjectes del dret penal econòmic

7.1. Els delictes societaris com a delictes propis

El dret penal econòmic, entès com a instrument essencial de l'activitat econòmica i com a instrument de protecció enfront de les violacions més greus de les regles del joc en l'exercici d'aquesta activitat, exerceix una **funció fonamental d'orientació cultural** de la col·lectivitat (prevenció general positiva), a la qual s'ha de sensibilitzar –molt més que en el passat– de la importància que té respectar aquestes regles i de la gravetat d'infringir-les. Aquesta necessitat per si mateixa ja justifica prou la inclusió d'aquestes figures delictives dins del Codi penal.

Malgrat això, solament una part minoritària dels delictes en matèria econòmica es dirigeixen directament a tots els ciutadans imposant prohibicions i obligacions, i donen lloc així a figures de delictes comuns.

Per contra, en la majoria dels casos els delictes econòmics es construeixen com a **delictes propis** (veg. § 4), en els quals solament poden ser autors un cercle qualificat de subjectes que ocupin una específica posició jurídica i econòmica i que, per tant, es trobin en una relació especial amb el bé jurídic protegit pel dret penal.

D'aquesta manera, els destinataris del tipus d'administració deslleial (art. 295 del Codi penal) són "els administradors de fet o de dret o els socis de qualsevol societat constituïda o en formació"; els destinataris del delicte de publicitat enganyosa (art. 282 del Codi penal) són els "fabricants o comerciants"; el destinatari de les insolvències punibles (art. 257-261 del Codi penal) és el "deutor" admès o declarat en concurs; el destinatari del nou delicte de corrupció (passiva) entre particulars (art. 286 bis.2 del Codi penal) és el "directiu, administrador, empleat o col·laborador d'una empresa mercantil, o d'una societat, associació, fundació o organització", i el destinatari del tipus agreujat de difusió, revelació o cessió d'un secret d'empresa (art. 279 del Codi penal) és "qui tingui legalment o contractualment l'obligació de guardar-ne reserva".

Naturalment, per a saber si som davant un delicte propi no n'hi ha prou de comprovar que no comenci amb la fórmula *el qui*. A vegades, aquest cercle determinat de subjectes actius està formulat en termes implícits, però equívocs:

- Així, per exemple, en el tipus agreujat de l'article 283 del Codi penal, en què es diu que "els qui, en perjudici del consumidor, facturin quantitats superiors per productes o serveis el cost o preu dels quals calculin aparells automàtics, mitjançant la seva alteració o manipulació", encara que co-

Exemple de delictes comuns

Com a mostra de delictes comuns, podem esmentar el delicte contra la propietat intel·lectual en la forma bàsica no empresarial de l'article 270.1 del Codi penal, l'apropiació o difusió de secrets d'empresa de l'article 278 del Codi penal, la sostracció de cosa pròpia a la seva utilitat social o cultural de l'article 289 del Codi penal i l'encobriment en el tipus bàsic de l'article 298.1 del Codi penal (el tipus agreujat de l'art. 298.2 del Codi penal, per contra, comporta implícitament que l'autor exerciti una activitat comercial o industrial).

menci dient *els qui*, és evident que amb aquesta formulació al·ludeix els fabricants o comerciants.

- A la mateixa categoria de subjectes actius implícits pertanyen els de l'article 273.1 del Codi penal, que castiga "el qui, amb finalitats industrials o comercials, sense consentiment del titular d'una patent o model d'utilitat i amb coneixement del seu registre, fabriqui, importi, posseeixi, utilitzi, ofereixi o introdueixi al comerç objectes emparats per aquests drets".
- L'article 275 del Codi penal, en què s'assenyala com a penalment responsable "qui intencionadament i sense estar-hi autoritzat utilitzi en el tràfic econòmic una denominació d'origen o una indicació geogràfica representativa d'una qualitat determinada legalment protegides".
- Amb una tècnica legislativa anàloga s'ha formulat el tipus penal del delictes d'iniciat o *insider trading* (art. 285 del Codi penal), que, encara que sembla que es dirigeix de manera indiscriminada a qualsevol ("Qui de forma directa o per mitjà d'una persona interposada usi alguna informació rellevant per a la cotització de qualsevol classe de valors o instruments negociats en algun mercat organitzat, oficial o reconegut"), en realitat immediatament després especifica que s'ha de tractar necessàriament d'una informació "a la qual hagi tingut accés reservat a causa de l'exercici de la seva activitat professional o empresarial".

Per tant, en dret penal econòmic cal analitzar escrupolosament el tipus per a comprovar si ens trobem davant un delictes comú o un delictes propi.

7.2. L'administrador de fet

L'administrador de la societat, sovint esmentat com a subjecte actiu de delictes econòmics (per exemple, en els art. 282 bis, 290, 293, 294, 295), és definit sistemàticament com a **administrador "de fet o de dret"**. Mitjançant aquesta expressió, el dret penal espanyol ha recepcionat la teoria de l'administrador de fet, de manera que acull una solució "substancialista" segons la qual –a l'efecte d'una potencial atribució de responsabilitat penal– s'ha d'equiparar la titularitat formal d'un determinat càrrec (aquí, el d'administrador) amb l'exercici efectiu dels poders i funcions inherents a aquest càrrec de manera continuada i significativa de qui no el té formalment.

El que el codi no especifica, no obstant això, és si a aquesta solució substancialista s'hi han d'atribuir efectes generals –amb una consegüent possible extensió a altres sectors normatius que també fan un recurs freqüent als delictes propis (com els delictes contra l'Administració pública), o si per contra, com sembla més versemblant, en aplicació dels principis constitucionals de determinació

dels tipus penals i de prohibició d'analogia, la rellevància de les situacions "de fet" hagi de quedar rigorosament circumscrita a la figura de l'administrador de societats mercantils en l'àmbit restringit dels delictes econòmics.

7.3. Empresa i societat

L'àmbit operatiu dels delictes econòmics gira al voltant de les figures centrals de l'empresa i de la societat. A l'**empresa** hi fa referència per exemple l'article 286 bis del Codi penal, que introdueix el nou delicte de corrupció entre particulars –quan esmenta l'"empresa mercantil" (al costat de la "societat, associació, fundació o organització"). Per la seva banda, a la **societat** s'hi refereixen sobretot els tipus penals dels delictes societaris (art. 290-297 del Codi penal), però també uns altres com la nova figura de la falsa informació economicofinancera en els fullets d'emissió (art. 282 bis del Codi penal), que fa referència a la "societat emissora de valors negociats en els mercats de valors".

Empresa i societat, a més, apareixen en aquests delictes cobrint posicions diferents. Hi poden aparèixer com a subjectes actius del delicte (per exemple, en els delictes societaris dels art. 290-296 del Codi penal) o com a subjecte passiu titular de l'interès protegit (per exemple, en els delictes relatius a la propietat industrial dels art. 273-277 del Codi penal), sense excloure la possibilitat que hi hagi qualsevol de les dues posicions en altres tipus penals (per exemple, en l'art. 286 bis del Codi penal, de corrupció entre particulars i frau esportiu, en l'art. 290 del Codi penal, de falsedat en els comptes de societats mercantils, i en l'art. 295 del Codi penal, d'administració deslleial).

Dins dels delictes societaris podem trobar a més una interpretació autèntica del concepte de *societat* en l'article 297 del Codi penal, que la descriu com a "tota cooperativa, caixa d'estalvis, mútua, entitat financera o de crèdit, fundació, societat mercantil o qualsevol altra entitat de naturalesa anàloga que per complir les seves finalitats participi de manera permanent en el mercat", i afegeix, en una afirmació transcendental, que es pot tractar de "societat constituïda o en formació".

7.4. Els grups de societats

Per contra, el codi no diu res sobre aquest tema en el tractament dels grups de societats, que pot presentar grans problemes pràctics de solució teòrica difícil.

Cal preguntar-se si entre els "altres documents que hagin de reflectir la situació jurídica o econòmica de l'entitat, de manera idònia perquè causen un perjudici econòmic a aquesta" s'hi poden incloure els comptes consolidats del grup de societats, a més dels comptes de la societat concreta a què pertany el grup. I en la interpretació de l'article 295 del Codi penal, ens hem de preguntar necessàriament si el "tercer" en benefici del qual l'administrador deslleial disposi

abusivament i fraudulentament dels béns de la societat o contregui obligació a càrrec d'aquesta societat pot ser també una societat que pertanyi al mateix grup que la societat perjudicada per la conducta deslleial de l'administrador.

8. Dret penal econòmic i responsabilitat de les persones jurídiques

Després de la històrica reforma operada per la Llei orgànica 5/2010, que va abandonar el vell lema que a Espanya havia suposat fins aleshores un dogma de fe, el *societas delinquere non potest*, entre els subjectes actius dels delictes econòmics hi ha, per primera vegada en la història del dret espanyol, a més de les persones físiques, les persones jurídiques. Si bé en la nova normativa les persones jurídiques no s'identifiquen expressament en cap cas amb les societats mercantils, i encara que la seva responsabilitat avui aconsegueix una vasta i heterogènia gamma de figures delictives –obeint a exigències politico-criminals de la Unió Europea (veg. § 9)–, no hi ha dubte que el nucli principal d'aquests delictes és de naturalesa econòmica i que la reforma ha tingut com a raó de ser una autèntica i fonamental necessitat de control preventiu i represiú de la criminalitat econòmica.

"La apuesta político criminal, siguiendo las directrices de la Unión Europea, pretende abarcar la mayoría de ámbitos en los que la producción del delito se produce en un contexto organizado y, como es lógico, en las empresas. La resultante de esta apuesta es bien sencilla, la responsabilidad de las personas jurídicas se introyecta en el ámbito de los circuitos de criminalidad socioeconómica y financiera, así como en los entramados organizados de corrupción."

Morales Prats (2010, pàg. 48).

Els subjectes destinataris d'aquesta nova forma de responsabilitat penal són els ens col·lectius amb personalitat jurídica, encara que amb les excepcions previstes en l'art. 31 bis 5 del Codi penal. Aquestes excepcions abasten a una sèrie de persones jurídiques de dret públic, als partits polítics i als sindicats. D'això es deriva que són les persones jurídiques de dret privat, i específicament les empreses organitzades en forma de societats mercantils els destinataris gairebé exclusius de la nova normativa.

Això ho confirma el fet que les persones físiques que actuant "en nom de o per compte de" la persona jurídica "i en profit seu" poden fer que sorgeixi la responsabilitat penal de les persones jurídiques estiguin identificades en el Codi penal –tal com sol·liciten les directives i decisions marc europees– com els "representants legals i administradors de fet o de dret" de les persones jurídiques (art. 31 bis 1, § 1, del Codi penal). Això significa també que els delictes comesos per persones físiques que estiguin sotmeses a l'autoritat d'aquests subjectes que hem esmentat poden comportar conseqüències penals per a la persona jurídica quan es tracti de "delictes comesos, en l'exercici d'activitats socials i per compte i en profit d'aquestes" (art. 31 bis 1, § 2, del Codi penal).

No obstant això, la responsabilitat penal de les persones jurídiques no és general, no té un abast il·limitat, sinó que en realitat fixa els objectius solament en fenòmens criminals molt específics –seleccionats seguint les pautes con-

Lectura complementària

F. Morales Prats (2010). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. A: G. Quintero Olivares (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (pàg. 48). Madrid: Aranzadi.

tingudes en les decisions marc i en les directives europees-, i per tant el codi la preveu solament per a uns quants tipus penals. A títol d'exemple, i sense esgotar-los:

1) Els casos més greus de delictes de terrorisme (art. 570 bis del Codi penal) i de criminalitat organitzada (art. 570 quater del Codi penal), sobretot si recauen sobre víctimes en situació d'especial debilitat i vulnerabilitat –tràfic il·legal d'òrgans (art. 156 bis del Codi penal), tràfic d'éssers humans (art. 177 bis del Codi penal), prostitució i corrupció de menors (art. 189 bis del Codi penal), delictes contra els drets dels ciutadans estrangers (art. 318 bis 4 del Codi penal).

2) Una atenció especial –derivada directament d'una densa xarxa d'iniciatives politicocriminals supranacionals– als delictes de suborn (art. 427 del Codi penal) i tràfic d'influències (art. 430 del Codi penal).

3) Molts delictes contra el patrimoni, com l'estafa (art. 251 bis del Codi penal) i els danys (art. 264 del Codi penal).

4) Delictes típicament econòmics del llibre II, títol XIII, del Codi penal, que s'estudiïn en aquests materials, com:

- a) Els delictes relatius a la propietat intel·lectual i industrial.
- b) Els delictes relatius al mercat i als consumidors (art. 288 del Codi penal).
- c) El blanqueig de capitals (art. 302.2 del Codi penal).

5) Altres delictes d'empresa previstos en altres títols del Codi penal com:

- a) Els delictes contra la Hisenda Pública i la Seguretat Social (art. 310 bis del Codi penal).
- b) Els delictes sobre l'ordenació del territori i l'urbanisme (art. 319.4 del Codi penal).
- c) Els delictes contra els recursos naturals i el medi ambient (art. 327 i 328 del Codi penal).
- d) La corrupció en les transaccions comercials internacionals (art. 445 del Codi penal).

Fins i tot la tipologia de **penes aplicables** a les persones jurídiques (art. 33.7 del Codi penal) confirma implícitament la naturalesa empresarial dels subjectes als quals van dirigides: n'hi ha prou de pensar, en particular, en penes com la clausura d'establiments (lletra *d*), la inhabilitació per a obtenir subvencions i ajudes públiques, per a contractar amb el sector públic i per a gaudir de beneficis i incentius fiscals o de la Seguretat Social (lletra *f*) i la intervenció judicial per a salvaguardar els drets dels treballadors o dels creditors" (lletra *g*). Des d'aquest mateix punt de vista, és molt significatiu que es prevegi expressament

–a les finalitats de l'aplicació de les penes imposades a les persones jurídiques– una atenció especial a "[l]es seves conseqüències econòmiques i socials, i especialment els efectes per als treballadors" (art. 66 bis 1a.b del Codi penal), i també la referència al que ha de succeir amb la responsabilitat penal d'una persona jurídica en els casos "transformació, fusió, absorció o escissió d'una persona jurídica" (art. 130.2 del Codi penal).

Tota la normativa de la responsabilitat penal de les persones jurídiques, en definitiva, confirma que –malgrat que s'hagi inserit en el codi penal– l'horitzó en què és aplicable sigui essencialment el del dret penal econòmic i de l'empresa. La finalitat principal de la nova normativa sembla que és, des del punt de vista politicocriminal, la d'afavorir la màxima penetració de la cultura de la legalitat i del respecte als béns jurídics sancionats penalment per les organitzacions empresarials.

Amb aquesta finalitat ha sorgit i s'ha elaborat un instrument empresarial anomenat **programa de compliment** o *compliance program*, amb motiu de l'experiència jurídica dels Estats Units d'Amèrica. Es tracta de programes d'organització interna de l'empresa que creen mecanismes de funcionament i control per a evitar la possibilitat de conductes no desitjades i en què l'atribució de funcions i responsabilitats són prou clares.

L'única referència, encara que indirecta, a aquests programes apareix en l'article 31 bis 4 del Codi penal, en què es preveu entre les "**circumstàncies atenuants** de la responsabilitat penal de les persones jurídiques" el fet d'"[h]aver establert, abans del començament del judici oral, mesures eficaces per a prevenir i descobrir els delictes que en el futur es puguin cometre amb els mitjans o sota la cobertura de la persona jurídica" (lletra *d*). La reforma no diu res, per contra, sobre una possible eficàcia eximent d'una adopció d'aquests "programes de compliment" per part de persones físiques vinculades a la persona jurídica.

La presència i el grau d'eficàcia d'aquests programes, en qualsevol cas, ha de ser objecte d'una valoració adequada per part del jutge en cada cas, especialment en el moment d'establir si, en el cas de delictes comesos per empleats de la persona jurídica, s'han "pogut realitzar els fets perquè no s'ha exercit sobre ells el degut control ateses les circumstàncies concretes del cas" (art. 31 bis 1, § 2, del Codi penal).

Lectura complementària

Sobre les circumstàncies atenuants, vegeu les observacions crítiques que es fan en la referència següent: **I. Ortiz de Urbina Gimeno** (2010). "Ahora sí: hispánica *societas delinquere potest*". *Criminalia* (pàg. 413-414).

9. Cap a una europeïtzació del dret penal econòmic

La introducció mitjançant la Llei orgànica 5/2010 de la nova responsabilitat de les persones jurídiques representa la conseqüència més vistosa i històricament significativa del procés –en curs des de fa uns quinze anys– d'europeïtzació del dret penal econòmic a Espanya. La **responsabilitat de les persones jurídiques** –és a dir, la nascuda per actes delictius comesos en l'interès d'aquestes persones jurídiques per part de persones físiques que estan vinculades a aquella responsabilitat de diverses maneres– representa efectivament l'autèntica raó de ser de les iniciatives politicocriminals adoptades en l'àmbit de la Comunitat Europea i de la Unió Europea en el curs dels últims anys, a partir del Segon Protocol del Conveni per a la Protecció dels Interessos Financers de Comunitats Europees de 1997 (PIF).

És cert que les indicacions supranacionals deixaven i continuen deixant sempre oberta la qüestió de la naturalesa de la responsabilitat de les persones jurídiques i de les sancions corresponents –l'elecció de les quals deixa a la discrecionalitat de cada estat¹–, però no hi ha dubte que l'opció que s'ha pres en el Codi penal espanyol –que manté la línia de reformes anàlogues escomeses en els últims anys en altres països membres de la Unió Europea (com Itàlia i Àustria), o bé pròxims a la Unió Europea (Suïssa)– representa un fruit evident de la tendència històrica dels sistemes penals nacionals (i, molt especialment, del dret penal econòmic) a l'harmonització europea.

Hi ha altres delictes introduïts o modificats per aquesta reforma recent que fan evident aquesta matriu europea. Pensem en l'abús d'**informacions privilegiades** (l'anomenat *delicte d'iniciat*: art. 285 del Codi penal) i en les **manipulacions del mercat** (art. 284 del Codi penal), que adopten la mateixa configuració que els van donar respectivament la directiva europea de 1998 sobre l'abús d'informacions privilegiades i sobretot la directiva europea de 2003 sobre els abusos de mercat, si bé aquests instruments europeus els preveïen solament com a il·lícit administratiu. Ocorre el mateix amb el tipus penal de **corrupció entre particulars** (art. 286 bis del Codi penal), que recepciona l'obligació d'incriminar prevista en l'acció comuna de 1998 i la posterior decisió marc del 2003 sobre la corrupció en el sector privat (a més, a escala mundial, de la convenció de l'OCSE de 1997 i de l'ONU del 2003 sobre la lluita contra la corrupció).

Per tant, és evident que, igual que en la resta de països de la Unió Europea, el dret penal econòmic és precisament el sector de l'ordenament que més que cap altre està i continuarà estant a mercè de l'irresistible influx de l'harmonització europea, sobretot en el marc de l'acabada d'estrenar competència penal accessòria dibuixada per l'article 83.2 del nou Tractat sobre el funcionament de la Unió Europea (TFUE), adoptat a Lisboa el 2008, que legitima el Parlament i

⁽¹⁾Tot plegat per a respectar el principi de coherència vertical entre ordenament europeu i ordenaments nacionals, i també en consideració a les possibles friccions que una naturalesa necessàriament penal de la responsabilitat de les persones jurídiques hauria pogut provocar en alguns països.

Lectura complementària

Sobre la coherència entre l'ordenament europeu i el d'àmbit estatal, vegeu les observacions de la referència següent: *Manifiesto sobre la política criminal europea* (2011, gener). *Revista Penal* (núm 27, pàg. 83-92).

el Consell de la Unió Europea a preveure "normes mínimes per a la definició dels delictes i de les sancions" en els sectors de competència de la Unió que ja hagin estat objecte d'harmonització extrapenal, com és el cas, precisament, de la matèria penal econòmica. Aquesta nova competència aconseguida finalment per la Unió Europea de dictar normes penals i no simples directives o decisions marc que obliguen els estats membres a generar normes tindrà sens dubte com a conseqüència una nova producció de tipus penals aplicables al nostre país, i un increment de les normes que conformen el dret penal econòmic i el de l'empresa.

Resum

En aquest mòdul didàctic s'han estudiat les característiques generals dels delictes econòmics.

En primer lloc, s'estudia el camí que porta a la "gemació" dels delictes econòmics des dels delictes patrimonials, amb la creació de nous béns jurídics.

A continuació s'analitzen els mecanismes tècnics de tutela específics d'aquests delictes, com la utilització de delictes de perill abstracte, la utilització de béns jurídics intermedis o la tutela de funcions en lloc de tutela de béns jurídics. A més, s'assenyala que es pot apreciar una naturalesa híbrida a mig camí entre el delicte patrimonial i el delicte econòmic en molts tipus penals.

Es constata i descriu la relació estreta del dret penal econòmic amb les branques de l'ordenament a les quals serveix, i quina ha de ser la relació amb aquestes, i s'analitzen les conseqüències pràctiques que se'n deriven. Això es confronta amb la realitat del nostre codi, del qual es fa una anàlisi crítica pel que fa a aquesta qüestió. D'aquesta anàlisi es desprèn el caràcter fragmentari, subsidiari i d'*ultima ratio* del dret penal econòmic.

Finalment, es dóna una visió de quins són els subjectes del dret penal econòmic, s'analitzen els més importants, i es donen pautes de com interpretar els tipus penals present en el nostre CP. De manera particular es tracta de la nova introducció de la responsabilitat penal de les persones jurídiques, que canvia completament el panorama aplicatiu d'aquestes normes.

Es conclou amb la constatació de la importància primordial que el dret supranacional (europeu i internacional) té en la normativa espanyola, sense el qual aquesta última no es podria explicar ni avui ni en el futur. Això implica, a més, reconèixer que ens trobem davant una branca del dret en expansió plena i constant que obliga a un seguiment freqüent de les novetats normatives internacionals per a preveure les línies jurisprudencials d'interpretació de la creació i modificació de nous tipus penals.

Bibliografia

Bibliografia bàsica

Corcoy Bidasolo, M.; Mir Puig, S. (2011). *Comentarios al código penal*. València: Tirant lo Blanch.

Martínez-Buján Pérez, C. (2011). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (3a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

Martínez-Buján Pérez, C. (2011). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general* (3a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho penal. Parte especial* (18a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho penal. Parte general* (8a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

Quintero Olivares, G.; Morales Prats, F.; Tamarit Sumalla, J. M.; García Albero, R. (2011). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (6a. ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*. València: Tirant lo Blanch.

Vives Antón, T. S.; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Martínez-Buján Pérez, C. (2010). *Derecho penal. Parte especial* (3a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

Bibliografia complementària

Bacigalupo Zapater, E. (dir.) (1998). *Curso de Derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons.

Bajo Fernández, M.; Bacigalupo Saccese, S. (2001). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Diversos autors (1995). *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE.

Gómez Benítez, J. M. (2002). *Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial ("Manuales de Formación Continuada", 14, 2001).

Martínez-Buján Pérez, C. (2002). *Derecho penal económico*. València: Tirant lo Blanch.

