

# Funcionamiento de los sistemas de control ante la delincuencia económica

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

PID\_00202819



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

|  |    |
|--|----|
| <b>Introducción</b> .....  | 5  |
| <b>Objetivos</b> .....   | 7  |
| <b>1. Los sistemas de control formal frente al delito económico</b> ....   | 9  |
| 1.1. El control de antijuricidad por parte de la Administración<br>general: organismos generales y entes especializados .....                  | 9  |
| 1.2. Las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad .....   | 10 |
| 1.3. Actuación de fiscalía y tribunales .....  | 12 |
| 1.4. El papel de la Institución Penitenciaria .....  | 16 |
| <b>2. El control informal</b> .....  | 20 |
| 2.1. Autorregulación .....   | 20 |
| 2.1.1. Los códigos de conducta .....   | 21 |
| 2.1.2. La fórmula de la "muralla china" .....  | 22 |
| 2.2. Organizaciones de protección de víctimas .....  | 24 |
| 2.3. Tratamiento en los medios de comunicación .....   | 26 |
| <b>3. Causas de la ineficacia del sistema penal en este sector de<br/>la delincuencia</b> .....  | 28 |
| 3.1. Dificultades técnicas .....   | 28 |
| 3.2. Razones dogmáticas .....  | 31 |
| 3.3. El papel de la política criminal .....  | 39 |
| <b>4. Una política criminal adecuada para un fenómeno en<br/>expansión</b> .....   | 42 |
| 4.1. La respuesta internacional al crimen económico: la<br>globalización, la desregulación y el papel de los Estados ante<br>el fenómeno ..... | 42 |
| 4.2. Espacios para una justicia negociada .....  | 45 |
| <b>Resumen</b> .....   | 47 |
| <b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....  | 49 |
| <b>Solucionario</b> .....  | 51 |
| <b>Glosario</b> .....  | 52 |
| <b>Bibliografía</b> .....  | 53 |



## Introducción

La delincuencia económica presenta características particulares respecto de otras formas de criminalidad, en particular, porque se produce con ocasión de actividades societarias o mercantiles de carácter lícito que tienen un alto nivel de regulación extrapenal. A diferencia de la delincuencia clásica de corte violento o predatorio, en la que basta normalmente la interpretación directa de la ley penal para su comprensión y aplicación, en la criminalidad económica intervienen abundantes sujetos y operadores ajenos al sistema penal y una gran cantidad de normas de naturaleza civil, mercantil o administrativa que convierten, comparativamente hablando, en muy complejo el proceso de aplicación de la ley penal.

El papel de los organismos administrativos de control de los diferentes mercados es fundamental en la persecución de esta delincuencia, ya que son organismos especializados capaces de obtener y organizar la información económica de forma más eficaz que la que pueden llevar a cabo las propias instituciones del sistema penal. Si bien estas han ido incorporando unidades especializadas en la policía, en las fiscalías y en los tribunales, se trata de una especialización limitada y su acceso a la información es menor que la que pueden tener la Agencia Tributaria, el Banco de España o la Comisión nacional del Mercado de Valores.

Junto a los organismos de control formal, en este ámbito es muy importante la actuación de entidades no oficiales debido a la naturaleza colectiva de los intereses en juego. La capacidad individual de las personas físicas para actuar y defender sus intereses frente al crimen económico es muy reducida, por lo que las organizaciones de consumidores y usuarios o los medios de comunicación permiten aglutinar fuerzas que equilibren el poder que ostentan las organizaciones económicas en un mundo globalizado.

Se podrá analizar cómo a pesar del desarrollo e incremento de los esfuerzos legales y de las estructuras administrativas y penales para abordar estos delitos, el grado de ineficacia del sistema penal sigue siendo muy elevado en comparación con los perjuicios que estas conductas producen. Razones técnicas y dogmáticas de peso dificultan tanto el conocimiento como el inicio y el desarrollo de los procedimientos penales en la materia. Problemas con la imputación de los sujetos, el grado de participación en los hechos enjuiciados, la determinación de la voluntad delictiva o la naturaleza de las penas son dificultades de calado, que obligan a un replanteamiento constante de las tradicionales categorías jurídicas del delito para permitir su aplicación al terreno de la economía.

Finalmente, a todas las dificultades anteriores se suman las propias de un cambio radical de las relaciones económicas de las últimas décadas denominado como globalización. A los beneficios propios del crecimiento económico se han sumado espacios de impunidad por el fenómeno de la desregulación de los mercados y la influencia de organismos informales como la Organización Mundial del Comercio o el Banco Mundial en la inaplicación del derecho penal de los estados soberanos, que se muestran impotentes o muy condicionados frente a los abusos de estructuras transnacionales que se apoyan en aquellas organizaciones, lo que les permite negociar con criterios privados en el terreno de los intereses públicos colectivos.

## Objetivos

En los materiales didácticos de esta asignatura, el estudiante encontrará los contenidos y las herramientas indispensables para alcanzar los objetivos siguientes:

- 1.** Conocer los medios e instrumentos que la Administración pública y el Poder judicial ponen al servicio del control de la actividad económica y de la delincuencia socioeconómica.
- 2.** Analizar las limitaciones y los condicionantes que cada institución pública con competencias en esta materia tiene para informar o perseguir estos delitos.
- 3.** Identificar los sistemas de control informal del delito en el terreno de la economía, su naturaleza y el papel que realizan en colaboración con las instituciones públicas.
- 4.** Conocer las causas técnicas y jurídico-dogmáticas que dificultan el conocimiento y la persecución de la criminalidad económica.
- 5.** Estudiar la gestión político criminal de un fenómeno delictivo determinado.
- 6.** Evaluar el papel que la globalización económica está ejerciendo sobre el control del delito económico en los Estados nacionales.
- 7.** Valorar la alternativa privatizadora de resolución del conflicto penal que se manifiesta a través de fórmulas de justicia negociada.





## **1. Los sistemas de control formal frente al delito económico**

### **1.1. El control de antijuricidad por parte de la Administración general: organismos generales y entes especializados**

Toda la actividad económica está sometida a un fuerte control normativo en el que participan de forma amplia los poderes del Estado, sumando a la labor de la creación normativa una extensa actividad de supervisión, de control y de sanción, pudiendo tener esta última, la que mejor se visualiza, naturaleza administrativa o judicial.

Si bien el sistema penal clásico tiene la competencia directa para afrontar las formas de delincuencia más grave (homicidio, agresiones sexuales, delitos patrimoniales de apropiación), teniendo las demás ramas del ordenamiento un papel más bien auxiliar, en la moderna delincuencia, especialmente la económica, la capacidad de actuación y de utilización de los instrumentos penales tradicionales está condicionada por la acción previa de las otras ramas del derecho y de las estructuras administrativas encargadas de su aplicación.

De este modo, el delito fiscal es casi imposible de perseguir si la Agencia Tributaria no presta de forma previa mediante la inspección, o, más tarde, durante el procesamiento penal, el apoyo necesario mediante informes técnicos que permitan a jueces y tribunales valorar las acciones de los infractores. Lo mismo se puede decir de instituciones y ámbitos como el Banco de España en la actividad financiera, la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el sector bursátil, o la Dirección General de Seguros en su ámbito económico.

Y no es solo que estas entidades puedan aportar el elemento probatorio que precisen las fuerzas y cuerpos de seguridad o los tribunales de justicia para iniciar o mantener un procedimiento penal, sino que con su actuación previa pueden condicionar de forma relevante la tramitación de los mismos al intervenir en los hechos que son objeto de supervisión también con carácter valorativo, decidiendo si los hechos que conocen son de relevancia penal o no.

El traslado a la justicia penal de los expedientes administrativos sancionadores no se realiza de forma automática, a pesar de que exista una obligación general de poner en conocimiento de las autoridades penales los hechos con apariencia de ser delictivos, sino que la tendencia de los organismos administrativos de control es, por un lado, entrar en una valoración de fondo sobre la presunta naturaleza penal de los hechos que conocen e investigan y, en segundo lugar, intentar resolver los conflictos en su propio ámbito de actuación antes que perder el control sobre ellos, entregándolos a la jurisdicción penal. Razones

utilitaristas subyacen en este segundo comportamiento de los organismos públicos que anteponen el cumplimiento de sus funciones –por ejemplo, recuperar una deuda o recaudar una sanción de multa cuantiosa–, antes que derivar a una justicia penal, considerada lenta e ineficaz, cada conflicto relevante en el que tienen competencias. Así, las multas penales tienen generalmente una cuantía bastante inferior a las que pueden imponer los órganos de control administrativos y, en muchos casos, estas últimas pasan directamente a los presupuestos de los órganos de control, mientras que las multas penales, reducidas e impuestas con mucha demora, pasan al erario público general.

Además, no se puede desconocer que los actores de la economía privada y los integrantes de los órganos públicos de control establecen estrechas relaciones en la gestión de los sectores económicos en los que actúan, que en ocasiones implican una acción común incluso para los intereses generales, lo cual favorece el interés de todos ellos de mantener la mayor autonomía posible tanto en la gestión de los diferentes ámbitos económicos en los que actúan, como en la resolución de los conflictos que se generan. Solo cuando el conflicto es irresoluble en el ámbito administrativo, o cuando la gestión del problema escapa al control completo de la Administración ordinaria –cuando un colectivo de afectados acude directamente a la justicia penal, por ejemplo–, los organismos especializados ceden la competencia obligada a los tribunales penales, convirtiendo una obligación general en una posibilidad a discreción de los responsables de esos organismos.

## **1.2. Las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**

Debido a la importancia de la administrativización de la economía y el control público que ello representa, como se ha analizado con anterioridad, la capacidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad para intervenir en las formas más sofisticadas de la delincuencia económica resulta más limitada y dependiente respecto de aquella de la que disponen en otros sectores de la criminalidad más tradicionales, en los que la actividad investigadora es casi de su exclusiva competencia.

Sin embargo, las agencias encargadas del control administrativo carecen de las competencias y de la legitimación para actuar como agentes de la autoridad –con la parcial excepción del Servicio de Vigilancia Aduanera–, funciones que sí tienen las policías bajo control judicial, lo cual implica un ámbito de actuación complementario que llega más allá del control y supervisión administrativos.

Así, la inspección representa el grado máximo en la acción investigadora de la Administración, pudiendo llegar la actuación policial al registro autorizado judicialmente y a la propia detención de sujetos sospechosos o imputados por cualquier infracción delictiva.

Por lo tanto, la superposición de agencias sobre unos mismos hechos puede plantear diferentes modelos de actuación sobre los mismos.

Una primera opción partiría de atribuir a la organización policial en esta materia un papel puramente auxiliar de los organismos especializados, que actuarían en cooperación con los tribunales, siendo la policía un mero ejecutor de las decisiones tomadas por estos a partir de los resultados investigadores que aquellas agencias ofrezcan.

La opción contraria supondría otorgar a la organización policial toda la responsabilidad investigadora, actuando como policía judicial y teniendo a los organismos especializados como meros colaboradores capaces de suministrar información útil para la investigación policial y judicial.

Es evidente que cualquiera de las opciones anteriores presenta carencias sustanciales que las hace inviables. En el primer caso, se desconocería que los mecanismos de investigación del delito en el que se especializan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la investigación de los delitos no coincide ni en sus contenidos ni en sus métodos con los de la administración ordinaria inspectora, y la investigación centrada solo en el cumplimiento de objetivos administrativos desarmaría los procedimientos penales en cuanto a la obtención de las pruebas. En la segunda opción, una policía con poderes investigadores exclusivos dificultaría el correcto tratamiento de la información económica especializada, que solo los técnicos de las agencias gubernamentales están en condiciones de ordenar, tratar y explicar con absoluto detalle.

Se hace imprescindible, por lo tanto, reforzar un modelo en el que policía y organismos de control realicen un intenso trabajo colaborativo introduciendo, sobre todo, en los cuerpos y fuerza de seguridad elementos suficientes de especialización que les permita extraer conclusiones propias de los informes técnicos que se reciban en sede judicial para poner en valor, de ese modo, los métodos de investigación policial más adecuados para la obtención de la prueba válida en juicio.

### **Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal**

En este sentido, a nivel estatal e internacional se han creado y potenciado unidades de investigación de la criminalidad económica a nivel de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que en España se han concretado en la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal, del Cuerpo Nacional de Policía, creada en 2005 –antigua Brigada de delincuencia económica– y, parcialmente, en la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil. También a nivel supranacional Europol, la policía de investigación no operativa europea, o Interpol, tienen sus propias unidades de investigación de este tipo de delincuencia.

La diferencia principal en el terreno de las actuaciones policiales en esta materia, que en realidad son la materialización de decisiones judiciales, con otras de similar importancia y que han justificado la creación de unidades especializadas (narcotráfico, terrorismo, delitos telemáticos, etc.), es lo poco expeditivas que son las actuaciones judiciales y policiales con los sujetos investigados y procesados por estos delitos. Son verdaderamente excepcionales las entradas y

registros en domicilios particulares y de empresas, las detenciones, las declaraciones de prisión preventiva y otras medidas cautelares mucho más utilizadas en otros fenómenos criminales de similar importancia legal y material.

La convicción, poco justificada, de que los presuntos responsables de estos delitos no tienen un perfil claro de delincuente, que tienen mucha dificultad para sustraerse a la acción de la justicia, que son sujetos que están dentro o muy cerca de las estructuras de poder político o financiero, que son muy reducidas las probabilidades de recibir una condena privativa de libertad ejecutada en la prisión, o que, finalmente, pueden obtener medidas de gracia con facilidad, termina provocando en muchas ocasiones una actuación policial y judicial exquisita que termina facilitando la destrucción de pruebas o el andamiaje de una defensa procesal a la que muchos otros sujetos no tienen acceso o lo tienen de forma muy limitada.

Por lo tanto, a la especialización policial es preciso añadir la normalización de la utilización de todos los medios de investigación y actuación procesal comunes al resto de formas de delincuencia, incluidos los propios del crimen organizado, ya que, salvando las distancias propias del objeto ilícito o no de la estructura económica, las organizaciones empresariales y las organizaciones del crimen organizado comparten la mayor parte de los elementos organizacionales que les permiten actuar en los diferentes mercados de bienes y servicios regulados o ilícitos.

### **1.3. Actuación de fiscalía y tribunales**

La representación del delincuente económico como sujeto de calidad criminal ha tenido detractores a todos los niveles sociales. Por parte de los operadores del mercado por razones obvias; por parte de los consumidores por la representación de los poderes económicos del éxito social (Bauman, 2000); por parte de la clase política que observa al sujeto situado en la actividad económica como un igual, como un sujeto con el que acordar las propias políticas públicas; finalmente, por parte de los tribunales de justicia que han manejado con cierta facilidad la diferencia sociológica entre infractor y criminal, representando la pena de prisión el instrumento material para simbolizar la diferencia entre la infracción de las reglas económicas y el crimen (Serrano Maíllo, 2004).

La identificación decimonónica del derecho penal con los ataques a los bienes personales y los patrimoniales más inmediatos cometidos en determinadas condiciones, ha permanecido no solo en el inconsciente colectivo, sino, además, en el de los tribunales de justicia, cuyo trabajo interpretativo y aplicativo de las normas no se ha visto desprovisto de esa imagen hasta tiempos muy recientes.

En cualquier caso, poder aseverar ese trato diferenciado exige analizar la utilización objetiva de algunos de los instrumentos jurídicos básicos de los que pueden disponer los tribunales: prisión provisional, archivo provisional de las actuaciones, medidas cautelares, solicitud y práctica de la prueba y sentencia.

La prisión provisional, por su proximidad con la pena privativa de libertad y por aplicarse sobre sujetos cuya inocencia se presume hasta el dictado de una sentencia condenatoria, tiene, o debería tener, un carácter excepcional cuya aplicación debe responder a verdaderas necesidades de aseguramiento del proceso y no solo a contener a una población considerada peligrosa para la seguridad de los demás ciudadanos.

Los ordenamientos democráticos suelen exigir una combinación de causas para determinar la prisión, poniendo el acento en la gravedad del hecho, los antecedentes del sujeto, la alarma social o la posibilidad de sustraerse a la acción de la justicia, bien no estando a disposición del tribunal o destruyendo pruebas incriminatorias.

Tradicionalmente se ha acusado a los tribunales ordinarios de ser poco propensos a asociar esas causas que justifican la prisión provisional con los delitos económicos. Una relativización de la gravedad de las conductas y de sus consecuencias para ciudadanos individuales, la falta de antecedentes de los sujetos actores de estas infracciones, la escasa alarma social de hechos que son observados por la mayoría de los ciudadanos con cierta indiferencia al no afectar directamente a la mayoría ni sentirse en riesgo de sufrir un daño mensurable, han servido para alejar al delincuente económico del entorno carcelario, al menos, hasta el dictado de sentencias condenatorias a privación de libertad.

Esta situación se viene alterando en los últimos años debido a la enorme trascendencia pública que han tenido algunos grandes escándalos financieros a nivel estatal e internacional, muchos de ellos asociados a la gestión de los asuntos públicos por parte de los responsables políticos. Esta proximidad entre los intereses públicos y privados ha generado un incremento de la conciencia general sobre la trascendencia de estas infracciones y la convicción de que los delincuentes económicos no tienen por qué ser tratados de modo privilegiado respecto de los delincuentes comunes o tradicionalmente ligados a los delitos patrimoniales violentos o contra la salud pública.

Seguramente el fenómeno de la alarma social y el cambio en la percepción del daño, no en el plano individual, sino colectivo, para la ciudadanía han contribuido a una modificación de los usos judiciales. En cualquier caso, la asignación de penas privativas de libertad con límites mínimos de cumplimiento de corta duración conlleva en la práctica la inaplicación de la privación provisional de la libertad, salvo en casos muy excepcionales con múltiples afectados o gran alarma social.

El archivo de actuaciones es el principal instrumento de selección de conductas delictivas en manos de los tribunales. Aunque la sentencia judicial supone un ulterior proceso selectivo que guarda un cierto paralelismo con la decisión de archivar o de continuar las actuaciones, el archivo durante la instrucción se encuentra sometido a menos exigencias de fundamentación jurídica, así como se produce durante el periodo de recopilación de pruebas por lo que es perfectamente posible que el tribunal decida sobreseer la causa antes de que se incorporen al procedimiento todas las pruebas solicitadas por las partes.

La gran proximidad entre los delitos socioeconómicos y las infracciones administrativas, con las que en numerosas ocasiones comparten conducta típica y solo se diferencian en la entidad de los daños producidos, facilita la decisión de proceder al archivo de actuaciones por dos razones: la identidad de infracciones que, en muchas ocasiones, solo se diferencian por un elemento normativo interpretable como es la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico, permite recurrir al principio de subsidiariedad del sistema penal y optar de forma preferente por el sistema sancionador administrativo; la segunda razón, asociada de forma íntima a la anterior, estriba en que el archivo no supone una decisión drástica entre castigo o impunidad, sino que deja una vía intermedia menos agresiva que la sanción penal privativa de libertad. La tendencia a la monetarización de la delincuencia económica facilita que los tribunales den preferencia a esta clase de sanción más propia del derecho administrativo sancionador que de la justicia penal.

No solo la consideración de los hechos como delictivos, o no, nutre el archivo de actuaciones. Situaciones de prescripción o la imposibilidad de atribuir los hechos a una persona física determinada pueden igualmente finalizar el proceso penal. A ello contribuyen dos elementos fundamentales en esta materia: la capacidad económica de las empresas vinculadas al proceso permite tener un grupo de profesionales del derecho a tiempo completo en pos de la exención de responsabilidad para sus clientes; por otro lado, la movilidad del personal responsable de empresas multinacionales, en numerosas ocasiones nacionales de Estados distintos de aquellos en los que el delito se comete, hace que ante la iniciación de investigaciones penales se proceda al traslado de los sujetos imputables a jurisdicciones distintas que eviten procesos de extradición o entrega, principalmente refugiándose en su propio país cubierto por el principio de no entrega de nacionales.

La falta de carga probatoria constituye otro factor fundamental para la impunidad. Durante mucho tiempo se ha sostenido que las dificultades para dictar sentencias condenatorias en estos delitos procedía de las dificultades para establecer la conexión causal entre los hechos y los resultados, especialmente cuando los tipos penales exigen resultados materiales, y que, incluso en los tipos de peligro la prueba de este, tanto en concreto como por su potencialidad, resulta muy complejo.

Buena parte de esa convicción está fundada en la proximidad y superposición entre la actividad lícita e ilícita en que se desarrollan estas infracciones. Los hechos se realizan bajo la cobertura de normas legales, se toman en el seno de instituciones normalizadas –consejos de administración de empresas y órganos directivos de organismos públicos–, y se documentan a la luz de procedimientos regulados. Ese abrigo formal se ha considerado como una barrera en la mayor parte de las ocasiones impenetrable para la justicia penal y capaz de mantener en la impunidad actos indudablemente delictivos.

Sin embargo, esa concepción se fundamenta en una cierta falacia, a saber, que en una actividad altamente reglamentada no quedan rastros documentales de las infracciones cometidas. La situación es justamente la contraria debido al elevado nivel de plasmación documental que exige cada acto económico que pretenda tener relevancia jurídica. Cada paso precisa un reflejo documental porque casi siempre de esa forma se reconocen y ejercen los derechos, y la actividad de ocultación o simulación de la verdad constituye el mejor elemento de prueba para conocer el verdadero contenido de las conductas que encubre.

Los problemas, por lo tanto, no son tanto de obtención de elementos probatorios, sino de carácter interpretativo sobre el sentido de las pruebas aportadas en el procedimiento (Cervini, 2004). El hecho de que la mayor parte de estas infracciones solo sea punible en su forma dolosa, junto a la proximidad entre actos legales e ilegales que conforman las conductas dudosas, terminan por fundamentar exenciones de responsabilidad por parte de los tribunales.

Si se tiene presente el hecho de que las conductas ilícitas realizadas en el seno de sociedades mercantiles, o, incluso, en los órganos gestores de las administraciones públicas se ejecutan a menudo con la voluntad única o adicional de favorecer directa o indirectamente a la sociedad y a los accionistas, hasta a los trabajadores de las compañías, la voluntad delictiva dolosa queda envuelta entre un numeroso conjunto de actos lícitos que aparecen como los que definen realmente la voluntad del sujeto, siendo los actos ilícitos casi un accidente producido en el marco una actuación dominada por la voluntad general de mejorar los resultados empresariales y contribuir al desarrollo socioeconómico.

Como la mayor parte de los delitos socioeconómicos están configurados como normas penales en blanco, con remisión a normas administrativas y mercantiles profusas y no siempre sistematizadas o coherentes, el recurso al error de tipo o de prohibición, según sea el supuesto, se convierte en instrumento omnipresente en la defensa de los sujetos imputados y en la base de numerosas absoluciones ante los tribunales.

De este modo, la falta de intencionalidad o el desconocimiento, a saber, los aspectos subjetivos de la conducta, se imponen en la valoración jurídica de hechos objetivos y documentados claramente ilícitos que se hacen depender de la actitud de sujetos cuya voluntad está presuntamente dominada por la intención de mejora de las capacidades de la empresa para competir en un mercado hostil que confunde la asunción de riesgos con la falta de seguimiento de las normas que lo regulan.

En el orden interno los problemas detectados son importantes, pero si se entra en la dimensión internacional, esto es, la persecución transnacional de los delitos por jueces nacionales, la cuestión se convierte en inviable. Se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Solo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se quiere investigar y de cuáles son las formas más idóneas para hacerlo, permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de Cooperación Penal Internacional (Cervini, 2004).

#### **1.4. El papel de la Institución Penitenciaria**

Aunque las condenas a penas privativas de libertad, de obligado cumplimiento cuando supera determinados límites temporales, son realmente escasas en la delincuencia económica, cuando así se determina por los tribunales es preciso detenerse en el hecho de si el cumplimiento de estas penas por parte de los autores de estas infracciones se corresponde con el del resto de los penados por delitos tradicionales, o si, por el contrario cabe establecer diferencias de tratamiento entre ambos colectivos.

En principio, y salvo en supuestos aislados de aplicación arbitraria de las normas de ejecución de las penas, lo cual constituiría posibles supuestos de prevaricación de los sujetos que así lo hicieren, no puede afirmarse la existencia en los Estados democráticos de tratamientos privilegiados para algunos colectivos socialmente mejor situados que otros.

Las diferencias de trato en el cumplimiento deben responder a factores individuales relacionados con el sujeto que cumple la condena en virtud del principio de individualización en la ejecución de la pena. Las necesidades individuales en el tratamiento y de recuperación del sujeto han de marcar la ejecución y la aplicación de los instrumentos propios del sistema penitenciario: clasificación de grado, libertad condicional, permisos, etc.

Cualquier aproximación a la cuestión vendrá definida por los fines de la pena y su interpretación y aplicación en el sistema penitenciario. Así, al carácter aflictivo de la privación de libertad asociado a la idea de custodia del condenado por parte de la prisión, hay que añadir la función resocializadora o reha-



bilitadora de esta pena, función que, en España, se reconoce a nivel constitucional como orientación de todas las sanciones de naturaleza penal (art. 25.2 Const.).

Según se dote de contenido a dicha función o principio, se entenderá que algunos sujetos en el mismo momento de cometer el delito o en el momento de ser condenados están plenamente integrados y no precisan de tratamiento específico y pueden optar con mayor facilidad a las instituciones penitenciarias resocializadoras. Si la integración social se hace depender de una concepción eminentemente sociológica que sitúa la posible integración en las condiciones económicas del sujeto y en sus relaciones con el entorno familiar y social, es evidente que la mayor parte de los delincuentes económicos que actúan a través de sociedades mercantiles no responden a ese perfil y no estarán necesitados de tratamiento rehabilitador. En cambio, si la comisión del delito es el elemento que define una actitud antisocial, sea cual sea el ámbito en el que se produce, también los delincuentes económicos precisarían de un tratamiento específico consistente en fomentar en estos sujetos la participación en los mercados y el resto de relaciones económicas en el marco de la legalidad.

Más allá de la comprobación de que son casi inexistentes en las prisiones programas de tratamiento específicos para delincuentes económicos con alto nivel de integración social, resulta de mayor interés observar si los instrumentos rehabilitadores de los que legalmente disponen los centros penitenciarios se aplican de forma singular a estos sujetos en comparación con los delincuentes patrimoniales o los procedentes de los espacios de la marginación, por ejemplo, el colectivo de inmigrantes (Ruiz Rodríguez, 2006).

En numerosos regímenes penitenciarios el factor clave de la rehabilitación se traduce en el progresivo incremento de los contactos del interno con el exterior de la prisión. Permisos de salida, visitas, libertad condicional o regímenes atenuados de cumplimiento constituyen la materialización de la atenuación de la prisión para conseguir el objetivo mínimo de reducir las probabilidades de infringir de nuevo las normas penales.

El acceso a tales medidas legales se suele asociar a tres condiciones básicas: el aseguramiento del cumplimiento del resto de la condena, la peligrosidad o probabilidad de delinquir durante los contactos con el exterior y la integración en el entorno de procedencia a nivel laboral, familiar y de participación social.

Si bien estos modelos están concebidos para ir incrementando su intensidad a medida que se acerca el final de la condena, lo cierto es que es posible que un sujeto en concreto cumpla con las condiciones apuntadas desde el primer momento de su ingreso en prisión. Y esta es precisamente la situación en la que pueden encontrarse la mayor parte de los delincuentes económicos: sujetos integrados con capacidad patrimonial y relaciones con empresas y personas pertenecientes a grupos económicos con poder para respaldar su reinserción laboral; sujetos con fuerte vinculación familiar y con la comunidad que

garantizan la no sustracción a la acción de la justicia; finalmente, individuos que no suelen cometer delitos de forma individual sino en el seno de personas jurídicas y en órganos colegiados de dirección y administración, cuyas posibilidades inmediatas de reincidencia durante el cumplimiento de la condena quedan ciertamente reducidas.

Si se comparan estas condiciones con las que presenta la mayor parte de la población penitenciaria, vinculada con toxicomanías, la marginación y el paro, es evidente que en la puesta en práctica de las instituciones resocializadoras, estas devendrán en una aplicación diferente en colectivos que objetivamente presentan características muy distintas. Lo llamativo es que las condiciones de resocialización que se exigen a todos los internos de las prisiones para acceder al exterior de los centros durante el cumplimiento coinciden en general con las que presentan los delincuentes económicos, lo cual ha fomentado en ocasiones esa idea falaz de que estos sujetos no requieren un tratamiento reinsertador porque nunca han dejado de estar insertados. De este modo, al no precisar tratamiento pueden acceder de forma directa a los mecanismos de reinserción sin apenas tener que demostrar evolución alguna relacionada con las conductas delictivas que le llevaron a la prisión.

Al ser, cuando menos por comparación, menos traumático el paso por la prisión, el efecto preventivo de la pena sobre el sujeto pierde eficacia y mantiene, aunque solo sea en el terreno de lo simbólico, una dualidad visible para los propios internos de los centros penitenciarios entre ambas clases de delincuentes, más favorable a los que cometen delitos económicos que al resto de presos. Así, un régimen de cumplimiento menos gravoso termina por influir en una valoración más complaciente con el propio delito.

El error, por lo tanto, reside en considerar que la presencia de determinadas condiciones socioeconómicas favorables en el sujeto condenado a prisión exime de la necesidad de tratamiento y que al mismo se le pueden aplicar los beneficios penitenciarios casi de forma automática a partir de la reducción de los riesgos anteriormente señalados, especialmente el peligro de fuga.

Esta falsa representación se fundamenta en una asociación ideológica entre delincuencia, prisión y marginalidad, que impregna todo el sistema penal y termina por orientar el sistema penitenciario hacia el objetivo resocializador centrado en aquellos sujetos que presentan, sobre todo, claros elementos definidores de pertenencia a grupos marginales, asociales, no integrados o peligrosos.

El delincuente económico no suele presentar tales elementos, sino que se coloca en las antípodas del sujeto marginal. Es un sujeto integrado que participa, en numerosos casos, en los principales centros de poder públicos y privados y sobre el cual las instituciones penitenciarias carecen de actividades propias de tratamiento rehabilitador. De este modo se realiza una especie de presunción, según la cual el delincuente tradicional, violento o patrimonial, precisa una

atención porque de lo contrario tras su paso por la prisión volverá a delinquir con toda probabilidad. En cambio, con el delincuente económico no se precisa acción reeducadora alguna porque cuando cumpla su pena es muy improbable que cometa un delito violento contra las personas, un delito patrimonial de apoderamiento violento o un acto delictivo de narcotráfico, pero no parece preocupar en exceso que vuelva a realizar fraudes contra el consumidor, delitos contra el mercado o infracciones durante su participación en los consejos de administración de sociedades mercantiles. En todo caso, ello no dependería de la realización de programas individualizados, sino de factores externos al sistema penal como es la propia selección de sujetos en los circuitos económicos que podrían ejercer un mayor control sobre los sujetos condenados por estas infracciones.

### **Observación**

No puede extrañar, siendo ese el punto de partida, que no existan delincuentes económicos en las prisiones de máxima seguridad, que accedan con cierta facilidad a los grados de ejecución más flexibles, con la excepción de sujetos que hayan alcanzado cierta notoriedad mediática y un fuerte rechazo social, y que disfruten de la libertad condicional con cierto automatismo.

La consecuencia final es que aquellos sujetos, que en raras ocasiones participan de programas rehabilitadores contra la delincuencia económica, sin embargo, disfrutan plenamente de las instituciones penitenciarias que buscan la flexibilización de la privación de libertad con la finalidad de mejorar la capacidad del interno para su futura vida en libertad. Y los criterios de acceso a tales beneficios serán sorprendentemente los mismos que se utilizan para aplicarlos al resto de delincuentes.

Sería deseable que, como el resto de internos de las prisiones, los delincuentes económicos accediesen a los instrumentos rehabilitadores en la medida en la que se produzca una progresión en orden a no cometer delitos económicos, o de otro tipo llegado el caso, una vez obtenga la libertad por el cumplimiento total de la condena. De lo contrario, se estaría asistiendo a un tratamiento privilegiado e injustificado sobre sujetos sometidos a las mismas limitaciones de derechos y cuyo trato debe responder a los mismos principios generales que informan el sistema penitenciario.

## 2. El control informal

### 2.1. Autorregulación

La práctica de determinadas conductas que pueden considerarse perniciosas para importantes intereses económicos que confluyen en los diferentes mercados –de bienes y servicios, de capitales, de valores–, o fuera de ellos –la protección del medio ambiente–, ha venido suscitando en el derecho español y en el derecho comparado enconadas polémicas en torno, no solo a la necesidad de la represión, sino sobre todo a cuál o cuáles son la fórmulas y los mecanismos más adecuados para limitar el ejercicio de tales prácticas.

En general, el mundo de la economía y sus agentes se muestran enormemente reacios a un exceso de regulación que pueda poner en peligro la rapidez, la eficacia, o el desarrollo de la **habilidad profesional** para la conclusión de exitosas operaciones mercantiles; en definitiva, una especie de "selección natural" en el mundo de los negocios por la que sobrevive únicamente el más capacitado.

Salvo en los supuestos considerados más **graves** –apropiaciones indebidas, estafas, falsificaciones– en los que pervive la tradicional representación de los intereses dominicales necesitados de protección, cuya sanción es fácilmente admitida, aquellas conductas que representan ataques a intereses no individuales, o, más concretamente, a intereses no patrimoniales, son difícilmente aceptadas como merecedoras de sanción (Rider, 1989). Y es que no toda perturbación o lesión en la actividad económica tiene porqué consistir en daños patrimoniales.

Además, cuando se admite que determinada conducta realizada en la actividad económica puede resultar lesiva para un bien, un interés no dominical determinado, la elección de la vía de protección de ese interés es aún motivo de mayor controversia. El autocontrol, la autorregulación, cuando no la libertad de actuación en el mercado, son las posiciones defendidas por una parte de los agentes económicos, que solamente admiten cierta intervención sancionadora administrativa para aquellos supuestos en los que más claramente se ponen en peligro o se lesionan determinados intereses del mercado.

En cambio, la imposición de sanciones penales, o, incluso, la admisión de sanciones o responsabilidades civiles expresas, chocan con la frontal oposición de quienes creen que este tipo de medidas atacan directamente a la eficacia y agilidad de un mercado necesitado de la mayor libertad de actuación posible para cumplir sus objetivos últimos (Minervini, 1992).

No obstante, en las últimas décadas, se han impuesto, en los ordenamientos de los países con grandes mercados financieros y de servicios, normativas que conjugan diferentes mecanismos represores, que, en términos generales, han supuesto un mayor nivel de intervención legal con relación a las conductas de sus operadores, tanto por la cantidad de instrumentos jurídicos puestos a disposición de los responsables del control de los mercados, como por el aumento generalizado en la cuantía y gravedad de las sanciones previstas.

La autorregulación, es decir, la garantía dada por los propios agentes económicos de hacer una utilización correcta de los instrumentos legales y materiales de los que disponen, de actuar adecuadamente en la actividad económica que desarrollan, ha gozado, y goza en algunos sectores, de gran predicamento como la fórmula más útil y menos perjudicial para el funcionamiento del mercado y sus agentes.

En algunos países –Gran Bretaña, Alemania, Suiza–, que en la actualidad cuentan con cuantiosas sanciones administrativas, civiles o penales en casi todos los sectores económicos, originariamente habían optado por el establecimiento exclusivo de reglas de conducta, internas y externas a la sociedad, que los agentes económicos se encargaban de hacer respetar desde órganos constituidos por ellos mismos, destacando dos sistemas para el cumplimiento de estos objetivos: los códigos de conducta y la fórmula denominada "muralla china".

### **2.1.1. Los códigos de conducta**

Con excepciones, el establecimiento de reglas de conducta correcta en el comercio constituyó en muchos países el primer acercamiento serio para disciplinar la actividad económica. Así, las *Licensed Dealers (Conduct of Business) Rules* de 1960, creadas por el Departamento de Comercio e Industria británico para el mercado de valores –derivadas de unas reglas de conducta de origen bancario–, fueron de las primeras normas autorreguladoras establecidas en Gran Bretaña, con dos objetivos básicos: evitar interferencias en el mercado libre de valores y acciones, y procurar que el accionista dispusiera de la información más completa para decidir acerca de su inversión. A pesar de lo flexible de sus reglas de aplicación, el fracaso de este código estuvo originado por la ausencia de un verdadero poder de imposición de decisiones a los sujetos obligados.

En el caso alemán, la autorregulación se impuso como disciplina única para estas actividades. Así, en 1970, el Comité de Expertos del Mercado de Valores y el Ministerio Federal de Economía aprobó y ratificó un documento cuyo contenido era una serie de recomendaciones dirigidas a evitar los efectos de la utilización abusiva de información privilegiada. El propio preámbulo declaraba que el objetivo de las recomendaciones era introducir reglas en el contexto de una economía auto regulada, y sobre una base voluntaria, que pusiera los límites necesarios a estos abusos.

La propia Comunidad Económica Europea intentó dar respuesta a los nuevos problemas que surgían en el mercado de valores en los años setenta a través de la Recomendación de la Comisión de 25 de julio de 1977, que adoptaba un código de conducta europeo para las transacciones de valores mobiliarios.

En la actualidad, los sistemas de autocontrol siguen vigentes como complemento de normas administrativas, penales o civiles al haberse demostrado la insuficiencia de estos sistemas para dar por sí mismos una respuesta efectiva a las actuaciones abusivas en los diferentes mercados.

Las causas de esta insuficiencia son varias, pero quizás puedan quedar resumidas en algunas de las que el informe del Departamento de Comercio británico realizó respecto al funcionamiento de *The Panel and Code on Take-Overs and Mergers* de 1968. Se señalaron como problemas más relevantes: la dificultad material de su aplicación; los riesgos de conflictos que surgían entre directores y administradores; la falta de adecuados poderes de investigación; y la existencia de una gran dificultad para convencer al público inversor de que el código se aplicaría a las autoridades del mercado para juzgar sus propios comportamientos.

### **2.1.2. La fórmula de la "muralla china"**

Este sistema de protección de la información perteneciente a una sociedad no es un sistema exclusivo de las formas de autorregulación, ya que la intervención de los legisladores de algunos países ha supuesto la introducción obligatoria, a través de normas legales, de diferentes formas de separar los compartimentos donde fluye la información en el interior de una sociedad.

La dificultad de establecer un concepto único y válido radica en la posibilidad de reducir a un solo esquema los variados procedimientos que bajo esa denominación se han utilizado en diferentes países y mercados.

Realmente, la finalidad última es separar dentro de una misma sociedad –incluso físicamente– los centros de decisión y los departamentos en los que circula información reservada, de aquellos otros con los que se pudieran crear conflictos de interés por el uso común de informaciones relevantes para el funcionamiento de un sector de la empresa. Así, en una entidad bancaria, el departamento encargado del asesoramiento a clientes inversores –que maneja acciones del propio banco u otra sociedad perteneciente a un *holding* del que forma parte el banco–, si obtiene informaciones privilegiadas de otros departamentos de la entidad, relativas a ampliaciones de capital de otra empresa del grupo, probablemente aconsejará a sus clientes, o a algunos de ellos, influenciados por los conocimientos obtenidos.

Que los diferentes departamentos actúen de forma autónoma, sin interferencias, y que los máximos responsables de las sociedades, concededores de la actividad de todos los departamentos, queden sujetos a los deberes de secreto y a la utilización no abusiva de la información que obtengan en el ejercicio de sus cargos, es la finalidad última de esta figura.

En Alemania, país en el que el sistema de autorregulación ha tenido mayor importancia, la implantación de la "muralla china" en las entidades bancarias fue un efecto natural del sistema bursátil alemán. Es preciso tener presente que los bancos en Alemania tienen permitido comerciar sobre sus propias cuentas, a menudo confundidas con las de sus clientes.

En estos códigos se establecen reglas de ejecución simplificadas que cada banco debe desarrollar individualmente: separación material de departamentos; información a los clientes de la existencia y razones de la muralla; establecimiento de un cargo en el banco que controle la aplicación de las reglas; y la creación de obligaciones de reserva para los empleados respecto de la información que obtengan.

Pero el sistema de "muralla china" ha sido ampliamente criticado desde diferentes sectores. En general, se ha resaltado su falta de eficacia en caso de no ir respaldada por normas legales que cubran las situaciones en que las posibilidades de estas reglas de auto regulación queden sobrepasadas por los hechos. Si bien puede reducir el riesgo de que se produzcan conflictos de interés, lo que no parece tener es capacidad para erradicarlos.

Se han puesto de relieve otros efectos negativos, en relación con el funcionamiento interno de las empresas, ya que la implantación obligatoria de estos sistemas de control aumentaría los costes y excluiría a importantes ejecutivos de determinadas tomas de decisiones, lo que chocaría con el principio de responsabilidad colectiva de los órganos de dirección y provocaría la dispersión del control en la administración de la sociedad (Wood, 1986).

Por otro lado, es difícil garantizar su efectividad en empresas pequeñas, con medios materiales y personales menores, donde se reducen las posibilidades de mantener la información compartimentada y se aumentan los riesgos de provocar a la sociedad un quebranto económico importante. En estos casos solo la barrera psicológica parece aconsejable, respaldada, eso sí, por normas legales de control y sanción.

Pero, quizás estos inconvenientes serían superables por la propia flexibilidad que ofrece el sistema de "muralla china", ya que sus posibilidades de materialización son tan diversas que la introducción de las mismas en función del tipo de empresa y su organización interna soslayaría buena parte de los obstáculos planteados, sirviendo como primer paso para evitar flujos irregulares de información, y siempre que se mantuviese la plena eficacia de normas penales, civiles y administrativas que puedan dar respuesta a las evidentes limitaciones que la "muralla china" presenta.

## 2.2. Organizaciones de protección de víctimas

Característica fundamental de la delincuencia económica es la habitual naturaleza colectiva de la víctima de estas infracciones. Aunque no siempre es así, por ejemplo, porque algunos delitos societarios tienen una naturaleza estrictamente patrimonial individual, sí es consustancial a estos comportamientos formar parte de la actividad económica que, operadores organizados en forma de persona jurídica, dirigen a colectivos específicos o al conjunto de la población en tanto que consumidores o usuarios de tales servicios.

Esta identificación del sujeto pasivo del delito, la víctima de la infracción, implica dificultades importantes en varios aspectos sustanciales de la persecución penal, problemas que se centran, sobre todo, en la prueba del perjuicio para los sujetos afectados, así como, en los mecanismos de intervención penal que se ponen a disposición de los sujetos afectados por estas infracciones.

En el primer aspecto, el sistema penal ha resuelto la imposibilidad de probar la gravedad de la conducta del sujeto si se separan los pequeños resultados materiales que sufre cada víctima individualmente, no solo acumulando los daños mediante una simple suma de los mismos, sino identificando intereses que trascienden dichos daños mediante la identificación de intereses colectivos que alcanzan la categoría de bienes jurídicos autónomos que se pueden proteger incluso frente a conductas peligrosas. Este esfuerzo intelectual, no exento de riesgos para principios básicos limitadores del derecho penal, ha permitido que las víctimas de la criminalidad económica se hayan podido agrupar en organizaciones en defensa de sus intereses con capacidad de actuar como sujetos actores en todas las instancias administrativas y judiciales correspondientes.

El Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal atienden a esta necesidad y articulan mecanismos para permitir que los afectados por estos delitos accedan con condiciones especiales a los procesos penales en protección de sus intereses. En particular, la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo XI del vigente Código penal, acerca *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, recoge en sus artículos 287 y 288 una serie de disposiciones de naturaleza procesal y sancionadora de clara inspiración político criminal, que pretende adecuar la intervención penal a un sector de la actividad económica cuya trascendencia pública y colectiva es innegable.

Para alcanzar ese objetivo se han incorporado a esta sección figuras heterogéneas como son la exigencia de denuncia previa, por un lado, y la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias sobre las empresas utilizadas para cometer el delito, por otro. Si bien estas figuras son aplicables a todas las infracciones contenidas en el capítulo, habrá que estar, sin embargo, al contenido de cada una de ellas para interpretar cuál es la efectividad real de cada una de ellas puesta en relación con el delito en particular.

El art. 287 CP condiciona el inicio de actuaciones procesales a la presentación de denuncia por parte de la persona agraviada o de sus representantes legales. Se trata de una clásica condición objetiva de procedibilidad o de perseguibilidad, cuyo fundamento reside en la consideración de no tratarse de delitos enteramente públicos en los que la persecución será de oficio en todo caso. Tampoco se trata de delitos privados en sentido estricto, tanto por la excepción relativa a la pluralidad de perjudicados o a la afectación a los intereses generales, como por no ser precisa la interposición de querrela, elemento este que suele caracterizar a aquella clase de infracciones.

La opción por la denuncia en los delitos del capítulo XI obedece, en parte, a la doble regulación penal y civil de esas materias y al interés en que no se inicien acciones pe-



nales por terceros si el perjudicado ha preferido acudir solo a la vía civil. Así, el agraviado es el único sujeto legitimado para iniciar el proceso penal, ya que la mención a los representantes legales y al Ministerio Fiscal parte del hecho de que el agraviado bien sea una persona jurídica, y deba actuar a través de las personas físicas que le representan, o bien que no reúna de manera íntegra las capacidades que le permitan actuar por sí mismos en un proceso penal.

El concepto de agraviado, en cuanto que sujeto perjudicado por el delito, puede ser difícil de determinar en algunos delitos en los que la ausencia de víctimas directas entorpece esa labor. Mientras que los delitos contra la propiedad industrial o intelectual no presentarán mayores problemas, así como los relativos a los secretos de empresas, en cambio, un delito como es el detraimiento de materias primas con intención de desabastecer un sector del mercado o el intento de alteración de precios, dificulta de manera notable la identificación del sujeto legitimado para denunciar en concepto de agraviado.

Es probable que la excepción del segundo párrafo del art. 287 se dirija a resolver esta dificultad, pero no es una solución del todo satisfactoria en la medida en que si no se afecta a los intereses generales o no existe una pluralidad de personas afectadas, solo el agraviado puede iniciar la acción penal, e identificarle no será sencillo. Para evitar este efecto, se ha propuesto no interpretar el término agraviado como equivalente a persona económicamente perjudicada, sino más bien a persona que ha sufrido directamente las consecuencias del delito.

Por otro lado, el concepto de agraviado es más amplio que el de sujeto pasivo del delito, que identifica normalmente al titular del bien jurídico protegido. El agraviado debe extenderse al perjudicado civil del delito, dando de este modo una respuesta adecuada a la heterogeneidad de delitos del capítulo.

En cuanto a los representantes legales y el Ministerio Fiscal, se puede establecer que en el primer caso deberá quedar acreditada la representación de forma inequívoca, y en el segundo que el agraviado carece de la capacidad para actuar por sí mismo en los tribunales por razón de la edad o de la capacidad legal que se le atribuya.

A pesar de lo anterior, mantener a toda costa un sistema de delitos semiprivados o semipúblicos en un capítulo que incorpora junto a derechos patrimoniales de naturaleza estrictamente individual, intereses colectivos esenciales que tienen como receptores principales al mercado y a los consumidores, habría sido un error político criminal definitivo. Por esa razón, y atendiendo a que algunos de los delitos se dirigen a la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, resultaba inevitable una excepción como la del párrafo segundo del art. 287.

En relación con los intereses generales como primera excepción, la cuestión más importante desde el punto de vista práctico reside en aclarar si es aplicable a todos los delitos del capítulo, o solo se puede poner en relación con los delitos que protegen intereses no individuales. Si se tiene en cuenta que la otra excepción emerge cuando hay una pluralidad de personas afectadas, los intereses generales no tendrán relación directa con el número de personas afectadas sino con la posibilidad de que los consumidores en general o el mercado o sistema económico puedan resultar afectados.

La segunda de las excepciones atiende al número de personas perjudicadas por el delito que permite soslayar el requisito del inicio del proceso a instancia de parte. La pluralidad de personas representa un problema numérico que, o bien tiene que ver con la naturaleza del bien jurídico y exige un número elevado de afectados para evitar la denuncia previa, o bien precisa de una interpretación gramatical acorde con otros preceptos del Código penal, en los que, según interpretación del Tribunal Supremo, solo se necesitan más de tres personas para que la pluralidad exista.

En principio, la jurisprudencia, frente a expresiones similares como son *múltiples perjudicados* o *generalidad de personas*, plantea una equivalencia con un número elevado de afectados que llegue a convertirlos en sujetos pasivos indiferenciados. Sin embargo, ni los términos que se usan en el art. 287, ni los preceptos con los que tienen relación directa, permiten deducir una interpretación tan amplia, por lo que sería conveniente reducir a su mínima expresión el término *pluralidad* y aceptarlo aunque los mismos no fuesen indiferenciados.

### 2.3. Tratamiento en los medios de comunicación

Si la mayor sensación de inseguridad surge con el conocimiento del delito, es posible afirmar que, durante el siglo XX, los medios de comunicación se han convertido en los principales transmisores del conocimiento de las infracciones penales. Este interés por incorporar la delincuencia de forma relevante a los mismos surge porque la violencia constituye uno de los objetos de interés periodístico principal. Las guerras, los conflictos sociales no delictivos y la delincuencia violenta se han convertido en cabecera informativa y de análisis de cualquier medio de comunicación que pretenda serlo de masas, en el sentido tradicional del término, de modo que se convierte la realidad en espectáculo enfatizando como de interés público lo violento.

Sin embargo, el tratamiento en los medios de comunicación de la violencia delictiva carece de seguimiento, y prácticamente solo alcanza el carácter de noticia la producción de un suceso cuyo devenir futuro judicial casi siempre se desconoce, salvo en los casos más llamativos que mantienen el carácter de noticia en el tiempo. Es necesario no perder de vista que los medios son entidades implicadas en la organización institucional a la que pertenecen. Por lo tanto, tienen una visión definida sobre la realidad, que es legítima a condición de que no sea ocultada.

De este modo, la realidad mediática es para los usuarios de los medios la realidad misma. Los medios no son mediadores neutrales, lógicos o racionales, sino que ayudan a reproducir ideologías reformuladas, y ejercen una gran influencia sobre las representaciones que el público se hace de la criminalidad y del delincuente al transmitir de ellos imágenes estereotipadas y con frecuencia incorrectas.

De este modo, la delincuencia en los medios y la presencia permanente de las víctimas en los mismos refuerza en los ciudadanos los sentimientos de indefensión y peligro, acompañándole una presentación de los sucesos violentos con muchos elementos dramatizantes y emotivos, a lo que se suma la utilización de técnicas de presentación que capten la atención del usuario. De este modo se produce la paradoja de informar al mismo nivel sobre la gravedad de los delitos como de la eficacia policial, lo que supone mantener de manera ambivalente un doble discurso: inseguridad y orden.

En el terreno de la delincuencia socioeconómica la asociación entre crimen e inseguridad, clásica en los delitos violentos, no se reproduce por varias razones, entre las que son destacables dos. La primera, tiene que ver con la valoración sobre la gravedad de la conducta en sí misma y respecto de los perjudicados por estos delitos. Al tratarse de infracciones que atentan, en general, contra intereses colectivos, en los que resulta difícil identificar el daño concreto para cada ciudadano (por ejemplo, en los comportamientos de corrupción o en los delitos societarios relacionados con el funcionamiento interno de las sociedades mercantiles), la identificación de víctimas y la entidad de su perjui-

cio queda más difuminada que en el delito patrimonial clásico y a los medios les resulta más complejo presentar una noticia con el componente dramático propio de la delincuencia violenta. Es cierto que, en los últimos años, los medios están prestando más atención a estas conductas, pero el nivel de impacto de las mismas sigue considerándose bastante menor.

El segundo motivo reside en que la vinculación principal de esta delincuencia se asocia con la actividad política y de acción empresarial, lo cual, la mayoría de los ciudadanos observan con preocupación, pero sin poder concretar la dimensión del daño que reciben. A ello es preciso añadir que los medios de comunicación, vinculados modernamente a estructuras empresariales complejas, con fuertes conexiones con las organizaciones políticas, tienen orientaciones editoriales muy marcadas, mediante las cuales se asocian ideológicamente a sectores políticos y económicos cuyas conductas delictivas conocidas atenúan, mientras exageran, o incluso exageran, los comportamientos que afectan a los competidores o a los rivales políticos.

En cualquier caso, el incremento del interés mediático de la criminalidad económica en los últimos años parece tener una fuerte asociación con el largo periodo de crisis económica iniciado en el 2007, de dimensión muy profunda, y que ha funcionado como amplificador de los comportamientos ilícitos cometidos en el espacio económico y político. Que el actual nivel de exigencia de responsabilidades penales que se detecta en los medios de comunicación en este terreno se mantenga en el futuro cuando se atemperen los efectos de la crisis es algo que estará por analizar y que dependerá, igualmente, de que la situación actual genere cambios estructurales profundos en las reglas de funcionamiento del sistema económico y de la gestión de la economía por los responsables públicos.

### **3. Causas de la ineficacia del sistema penal en este sector de la delincuencia**

#### **3.1. Dificultades técnicas**

Es un hecho común asegurar que los sistemas penales nacionales no están materialmente capacitados para controlar y perseguir la delincuencia económica, especialmente cuando esta sobrepasa esas fronteras y se expande por territorios globales siguiendo el rastro de la propia actividad económica lícita. Esa incapacidad puede explicarse por factores cuyo control escapa a la acción del Estado, o puede partirse de una visión que sitúa precisamente en la voluntad o tolerancia de los poderes públicos el origen de la creciente impunidad con la que los grandes operadores económicos actúan en los mercados globales, especialmente en sus zonas de mayor sombra. Así, se apunta como causas de la falta de persecución de esta delincuencia la dificultad de persecución judicial, la levedad de las sanciones legales, la escasa difusión pública del delito y el trato preferente de las autoridades administrativas y policiales a los sujetos implicados, si bien se está produciendo un importante cambio de tendencia que puede generar riesgos de excesos en la presunción de culpabilidad por pertenecer al mundo económico (Mantovani, 1984). Así,

*“los Estados han permitido la creación y la reproducción de un nuevo mercado, el más vasto y rentable a escala mundial, el de la trasgresión de la norma.” (De Maillard, 2002)*

Antes de achacar a la globalización la ineficacia de los sistemas penales nacionales, sería aconsejable no perder de vista que los ordenamientos estatales no pueden exhibir una brillante trayectoria cuando de controlar los cerrados mercados nacionales de la postguerra mundial se trataba. La globalización tan solo está suponiendo un paso más dentro del fenómeno, probablemente muy importante y de grandes dimensiones, pero no puede considerarse como el inicio y la causa de la impunidad del delito económico. Los datos de cualquier Estado nacional muestran una leve incidencia del derecho penal precisamente en las materias relativas a la delincuencia económica y a la corrupción, con numerosas vías de escape que la delincuencia violenta no está en condiciones de utilizar.

Factores legales, sociológicos, económicos y políticos concurren por igual contribuyendo a dibujar un panorama de gran ineficacia del sistema público de control en esta materia.

En el momento de plantear soluciones a esta situación las opciones se centran fundamentalmente en dos posibilidades: el impulso de reformas legales e institucionales que mejoren las carencias de los sistemas públicos de supervisión

y sanción, y, sobre todo, el fomento de políticas de formación y comunicación que permitan visualizar desde las instituciones y desde la ciudadanía en general los verdaderos efectos negativos de la delincuencia económica, reduciendo el importante grado de relativización con el que los autores y sus hechos se presentan a la colectividad.

Un experimento interesante ha sido el desarrollo institucional que representa el modelo de la Unión Europea. Nacida de la voluntad de aunar intereses económicos y financieros de los países europeos, el aparato público desarrollado para dar satisfacción a aquellos intereses ha tenido el efecto, probablemente por primera vez de forma generalizada, de elevar al primer plano del interés ciudadano la protección de los intereses económicos públicos claramente identificados con el desarrollo de los países que se han sumado a ese proyecto colectivo.

Posteriormente, y una vez asentada la necesidad y la complicidad ciudadana en la protección, incluso penal, de los intereses económicos comunitarios, han sido las propias instituciones europeas las que han impulsado las políticas nacionales de represión de la delincuencia económica por un efecto expansivo y unificador propio de la estructura comunitaria. La sensibilización hacia la relevancia y necesidad de su represión se ha favorecido por la identificación permanente entre delincuencia económica y delincuencia organizada, aunque ha tenido el efecto perverso de focalizar la atención sobre determinada clase de sujetos asociados a la delincuencia tradicional con fuertes connotaciones económicas –tráfico de drogas, blanqueo de capitales, tráfico de personas o de armas, etc.

De este modo, se ha producido un doble fenómeno: en primer lugar, se ha asentado, al menos en el plano legal, la voluntad de dar una respuesta penal a los comportamientos más graves producidos en y alrededor de los mercados fundamentales de las sociedades capitalistas contemporáneas –mercados de valores, mercados financieros, de servicios y productos de consumo, etc.–; pero, en segundo lugar, se ha producido una distorsión que vuelve a ensombrecer al delincuente económico por excelencia, al sujeto poderoso e integrado socialmente que describió Sutherland, al dar un valor negativo prioritario al delincuente económico que comete infracciones asociadas a aquellos delitos que se representan como el símbolo de la delincuencia moderna: drogas, blanqueo, tráfico de personas, pornografía infantil y delincuencia informática. De este modo, los delitos corporativos, incorporados a la generalidad de los países europeos mediante la decidida influencia de las instituciones comunitarias, vuelven a quedar relegados a un segundo plano público, y quedan condenados a repetir los esquemas de relativización propios del modelo estatal clásico de comparación entre delincuencia violenta y delincuencia económica.

Las diferentes organizaciones internacionales que han asumido un fuerte protagonismo en la ordenación y la supervisión del comercio internacional y de las políticas económicas de los Estados ha hecho gran hincapié en el control y

el castigo, incluso penal, de las conductas que han considerado disfuncionales con las directrices maestras del comercio capitalista a nivel mundial. Han puesto mucho énfasis en impedir conductas atentatorias contra el libre comercio, contra los derechos de propiedad industrial o contra el libre movimiento de capitales, además de atacar los tráficicos ilegales de todo tipo, con la excepción del de armas y parcialmente el de personas, y la reversión de los beneficios de estos comportamientos al comercio legal en clave de ilegítima competencia.

En cambio, su contundencia ha sido menor a todos los niveles –legal, político y económico–, cuando los comportamientos a considerar no son perjudiciales de forma directa para la mejor eficiencia de los mercados, sino que son observados como limitaciones a su dinamicidad. En este caso se encontrarían las conductas lesivas para el medio ambiente, los abusos contra los derechos de los trabajadores, las conductas contrarias a los intereses de los consumidores o contra la salud pública en los sistemas de producción industrial de carácter legal.

Resulta evidente que a nivel internacional hay dos posibles modelos de intervención en la economía por parte del derecho, en particular del sancionador. Uno de alcance limitado y dirigido a favorecer el mantenimiento y desarrollo de las estructuras básicas del sistema económico, que intenta eliminar los obstáculos a la expansión de los diferentes mercados a nivel global. Un segundo modelo se basa en el crecimiento y desarrollo sostenible, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas y contrario a la manipulación de los mercados por parte de quienes ostentan espacios de poder.

Entre estas dos vías, las organizaciones internacionales, públicas, privadas y semipúblicas, vienen optando de forma preferente por el primero de los modelos. Con excepciones puntuales en la Unión Europea o en las organizaciones de naturaleza pública, el referente esencial es el crecimiento económico y la reglamentación es visualizada como su obstáculo directo más inmediato.

Consecuencia parcial de este análisis es que ni el autor de estas infracciones alcanza la consideración de delincuente, ni los tipos penales se configuran técnicamente de forma acorde con los intereses que pretenden proteger, ni la persecución de los delitos en la vía administrativa, policial y judicial se realiza con los criterios generales que se aplican a la delincuencia contra las personas y el patrimonio o la que es identificada como verdaderos crímenes: drogas, falsificación de moneda, terrorismo, falsedades, etc. De este modo,

“lo que comenzó siendo una preocupación por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa de la intensidad de persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida expansión del derecho penal no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos.” (Díez Ripollés, 2003)

### 3.2. Razones dogmáticas

Los numerosos problemas detectados para la persecución de la delincuencia económica persisten en el proceso de argumentación jurídica que se articula durante el procesamiento penal.

En la redacción de la sentencia, y en momentos puntuales de la imputación o del archivo de actuaciones, entran en aplicación las construcciones teóricas propias de la ciencia jurídico penal. Elaboradas para facilitar la aplicación de la norma penal, y desarrolladas en su origen para un modelo penal propio de finales del siglo XIX y primera mitad del siguiente siglo, tenían por objeto primordial una clase de delincuencia centrada en la persona individual, tanto en lo relativo al autor como a la víctima del delito. Si bien esta situación presentaba excepciones permanentes, por ejemplo en los delitos contra la seguridad del Estado, la regla general y la construcción teórico-dogmática buscaba respuestas generales y seguras para los homicidios, los robos, las agresiones sexuales y contra la libertad.

La responsabilidad individual y los delitos de resultado material, la construcción del dolo y las causas de justificación, y la teorización sobre el bien jurídico, han basado su evolución en infracciones con bienes jurídicos individuales, cometidas por sujetos autónomos, con resultado material perceptible y con la voluntad y el conocimiento como límites mínimos de la responsabilidad subjetiva.

Al ir sumándose al catálogo de infracciones penales nuevas conductas propias de sociedades más complejas que aquellas de los inicios de la dogmática penal, el número de problemas para la aplicación del derecho penal a las mismas ha ido creciendo en parecida proporción.

Sin embargo, y por razones no estrictamente jurídicas, el cúmulo de dificultades se ha centrado más en una clase de delincuencia que en otras. Cuando se ha querido ejemplificar el terreno de las mayores complejidades que surgen en la denominada delincuencia moderna, el derecho penal económico ha sido el perfecto receptor de todas ellas. Falta de concreción de los bienes jurídicos en juego, tendencia a tipificar conductas de peligro sin aparente lesividad, extremas dificultades para la imputación de los sujetos que ostentan el poder real en las organizaciones, etc. (Hassemer, 1989). Otras formas delictivas modernas, en cambio, no han recibido las mismas críticas, o al menos no han encontrado

tantas reticencias en su aplicación por parte de los tribunales penales. Actos de narcotráfico, formas tangentes de colaboración con el terrorismo, algunas formas de blanqueo de capitales, son ejemplos en los que las mismas o mayores dificultades que las mencionadas han podido concurrir al materializarse en disposiciones legales, y, sin embargo, son mínimas las dificultades que se han encontrado para generar una abundante jurisprudencia en que la responsabilidad de los sujetos con poder en la organización resulta clara, el simple peligro para el bien jurídico no representa un obstáculo insalvable y la constatación de la intencionalidad delictiva se homologa al del resto de infracciones penales denominadas clásicas.

Entre los ámbitos de mayor discusión pueden destacarse tres particularmente relevantes: el problema de la asignación de responsabilidad a los sujetos, físicos o jurídicos, que intervienen en el delito; la cuestión de la lesividad de la conducta y el interés merecedor de protección; y por último, las cuestiones relativas a la tipificación de las conductas, tanto en términos objetivos como subjetivos –delitos especiales, delitos de resultado, elementos subjetivos del injusto, etc.

En el primer caso se trata de problemas de imputación de la autoría y de la participación en el delito, especialmente en el caso de sujetos que tomando las decisiones relevantes en el seno de las personas jurídicas, especialmente las de contenido económico, no figuran como ejecutores de las conductas típicas que describen los tipos penales. Desde la dogmática penal se han elaborado diferentes construcciones para dar respuesta a estos espacios de impunidad (Roxin, 2000), las cuales han sido asumidas por los aplicadores del derecho con mayor o menor fortuna.

Con la intención de dar una respuesta que palie esta situación, se ha venido extendiendo en la doctrina penal a nivel internacional y en un número cada vez mayor de legislaciones nacionales la sanción penal directa a la empresa como respuesta político criminal más eficaz en la lucha contra la delincuencia económica. Entre los muchos argumentos utilizados para justificar este cambio de paradigma respecto de la tradicional limitación de responsabilidad de las personas jurídicas, puede partirse de la posición que afirma que:

“nadie discute que las sociedades anónimas y las *corporations* pertenecen a la categoría de las organizaciones; responden a categorías comunes que la sociología actual analiza como componentes de un subsistema: colectividad humana de cierta magnitud, un conjunto de fines racionales, un sistema de comunicación institucionalizado, relaciones de poder, un nivel de conflicto interno. Nosotros recogemos estos enunciados pero ubicamos como variables independientes la regulación normativa y el interés económico, lo cual no significa desconocer la interacción entre las distintas variables y las características exhibidas por cada una de ellas; precisamente, como resultado de esta interacción, se genera lo que denominamos segundo código, es decir, el conjunto de reglas reales que gobiernan la decisión institucional y en cuya elaboración gravitan predominantemente los llamados fines reales, muchas veces en disonancia con las normas que prescriben los fines estatutarios.” (Baigún, 2001)

#### Atribución de responsabilidad penal

En la atribución de responsabilidad penal el problema ha sido doble: por un lado, la facilidad de los verdaderos gestores de las sociedades mercantiles para excluir su responsabilidad y derivar la misma hacia sujetos que material y jurídicamente aparecen como verdaderos ejecutores de las infracciones penales; por otro lado, y ante las numerosas situaciones de impunidad derivadas de la complejidad de las estructuras jurídico-económicas que constituyen determinadas formas de empresa, la opción por hacer responder de forma directa a la persona jurídica por el delito asignándole penas propias para estas entidades.



En la construcción del autor se trata de afirmar que este segundo código es el que crea la verdadera resolución, la voluntad social de la organización, justificando la existencia de una responsabilidad penal directa de la persona jurídica que se acota bajo la idea de la **responsabilidad social**.

Sin entrar en la discusión dogmática acerca de la conveniencia o no de considerar sujeto penal a la empresa, lo relevante desde el punto de vista criminológico es analizar qué aporta el castigo de la persona jurídica a la evolución de la delincuencia económica. El principal argumento utilizado a favor de su criminalización ha residido en la contrastada ineficacia de un sistema que sanciona a personas físicas, esto es, a sujetos sustituibles en una organización que no modifica su actividad económico-delictiva porque la pena no incide de forma directa en la capacidad lesiva de la estructura empresarial. La responsabilidad civil es considerada como insuficiente por previsible desde el punto de vista económico, tan insuficiente como las medidas administrativas o de naturaleza seudopenal asociadas al delito, tales como el cierre de la empresa o la suspensión de actividades acordadas por el juez penal (Cesano, 2006).

Esta posición parte de una presunción no suficientemente demostrada, a saber, que la imposición de una pena de cierre o suspensión, incluso de multa, impuesta en un procedimiento penal sí afectaría a la capacidad delictiva de la entidad, mientras que las mismas sanciones impuestas en un procedimiento administrativo o como consecuencias accesorias en un proceso penal (art. 129 del Código penal español), no ejercerían los efectos preventivo generales o especiales propios de las sanciones penales y, por lo tanto, son ineficientes.

Por esa razón, los esfuerzos teóricos dirigidos a castigar penalmente a las empresas han centrado sus esfuerzos en atribuir una voluntad propia a la persona jurídica, y no solo por la razón dogmática y legal derivada de la necesidad de atribuir alguna clase de voluntad dolosa o conducta imprudente a la misma, sino para justificar la existencia de dos sujetos criminales diferentes, cada uno de los cuales debe afrontar su propia responsabilidad por separado.

Desde la perspectiva criminológica admitir la responsabilidad penal de las empresas supone introducir un cambio radical en el estudio de uno de los clásicos objetos de estudio de la disciplina: el delincuente. Este ya no es solo el sujeto con una trayectoria vital, con una carga genética, con una serie de condicionamientos sociales, familiares y educativos, sino que el delincuente también sería una organización legal, con una trayectoria económico-jurídica, con una capacidad de acción, de poder, en el sector en el que se ubica, que se relaciona con el resto de sujetos individuales y económicos a partir de un marco normativo muy delimitado y menos libre que el de las personas físicas.

Estas evidentes diferencias entre sujetos exigen utilizar métodos de investigación distintos y conlleva realizar planteamientos políticos criminales propios para afrontar los problemas que presenta cada uno de los sujetos.

Sin embargo, el principal problema criminológico que plantea esta duplicidad de sujetos es que parece dejar de lado un aspecto fundamental de la cuestión: que las personas jurídicas no son entes totalmente independientes de las personas físicas que integran sus órganos y que, al máximo nivel de poder, las decisiones las toman aquellas, resultando inasumible afirmar que la estructura jurídico económica se puede terminar por imponer a la capacidad de decisión de las personas que ejercen el poder real en los consejos de administración y en las presidencias de las empresas. Es cierto que organizaciones con trayectoria o modos de actuación delictivos imponen a trabajadores o gestores concretos formas de trabajo criminales que solo pueden evitarse desvinculándose de la empresa. Pero, no lo es menos que estos métodos delictivos están diseñados y decididos por sujetos que, individualmente o en grupo, son capaces de orientar la actividad de la entidad en la dirección del delito o en la dirección del respeto a la legislación vigente.

Este planteamiento no puede hacer perder a la persona jurídica todo el interés criminológico que presenta, especialmente en cuanto al incremento de la lesividad de las acciones desarrolladas en su seno o hacia fuera, a la capacidad de esconder la responsabilidad de las personas físicas que se ocultan tras ella, a la facilidad para actuar a nivel global, etc. Pero el centro del interés empírico reside más en los modos con los que las personas físicas eluden su responsabilidad penal a través de las personas jurídicas que en la propia forma de ejecución de los delitos desde el seno de las organizaciones. El riesgo lo representan las personas físicas que utilizan las complejas organizaciones societarias para eludir su propia responsabilidad, no la de la organización.

Es cierto que ello no resuelve la polémica inicial acerca de si las personas jurídicas deben responder penalmente, pero no lo es menos que un riesgo real, aunque no querido, del cambio de modelo pasará por priorizar desde los instrumentos públicos de control la persecución de las sociedades mercantiles, mientras persisten las dificultades para imputar los delitos a las personas físicas que toman las verdaderas decisiones delictivas permitiendo, de este modo, que el castigo de la persona jurídica suponga su abandono por “el hombre de atrás” que quede impune repitiendo la secuencia de forma indefinida.

El segundo ámbito problemático se centra alrededor de la identificación del bien jurídico. Construida la teoría del delito en torno a este concepto con la función de servir de garantía tanto para la protección de intereses relevantes para las personas como para impedir excesos desde el poder en el ejercicio del castigo a los sujetos individuales, su principal evolución desde su consolidación a principios del siglo XX ha venido de la mano de la incorporación de nuevos intereses surgidos en las relaciones económicas propias de los crecientes mercados de bienes y servicios.

Si bien los intereses económicos, en un primer momento, tuvieron para el sistema penal un sentido eminentemente patrimonial e individual, el protagonismo del consumidor frente al sujeto contratante y de la competencia frente

al negocio jurídico, han terminado por colocar a los intereses de los participantes en los sistemas económicos al mismo nivel de importancia que el patrimonio concreto de cada sujeto individualmente considerado.

Este cambio de modelo ha generado toda clase de discusiones dogmáticas acerca de la función del derecho penal y de los límites de esta intervención, dividiendo a la doctrina penal en sectores muy definidos y combativos a favor y en contra de la expansión del derecho penal hacia estos nuevos intereses. En general, la discusión no ha estado centrada en la bondad o no de las conductas que distorsionan elementos fundamentales de los mercados, y el acuerdo es generalizado acerca de la lesividad de las conductas contrarias a la competencia, al medio ambiente, a los derechos o intereses de los consumidores, etc., residiendo la principal divergencia en el modo de afrontar tales conductas negativas. Solo derecho penal, solo derecho administrativo, utilización complementaria de ambos ordenamientos o incorporación de vías intermedias de naturaleza mixta para abordar este tipo de conductas son las principales soluciones propuestas.

En el fondo de esta discusión lo que subyace es la determinación de la naturaleza de los bienes jurídicos que la doctrina y jurisprudencia han venido señalando como objeto de protección en la delincuencia económica. Si bien algunos de ellos mantienen una naturaleza patrimonial individual –delitos contra la propiedad industrial–, la mayoría de estas infracciones se han creado legalmente para proteger intereses colectivos de significación económica general. Mientras que los primeros no han encontrado obstáculos para su tipificación penal y aplicación forense, los segundos han sido objeto de toda clase de críticas, tachados, en general, de difusos, vacíos de contenido, formales o con una única vocación de regular las relaciones de los operadores económicos.

Desde el punto de vista criminológico esta discusión ha ido pareja a un grave problema de inaplicación de los delitos económicos a pesar de su aterrizaje en los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados desde hace más de cuarenta años. Esta situación puede explicarse por varias razones: escasa proclividad judicial para sancionar penalmente conductas atentatorias contra intereses de difícil concreción; escasa percepción del carácter delictivo de actividades de alcance económico desarrolladas en el seno de empresas con actividad lícita; descoordinación entre la redacción de los tipos penales y los supuestos intereses que subyacen en los mismos; existencia de infracciones paralelas en el orden sancionador administrativo, con mayor nivel de concreción y cuya aplicabilidad exige menores garantías, además de ser menos invasivas con los derechos fundamentales de las personas.

Entre estas causas, es destacable la perplejidad que causan muchos de estos tipos económicos cuando se intenta extraer el bien jurídico protegido en los mismos. Por ejemplo, resulta frecuente que el legislador aborde algunas formas de esta criminalidad con tipos penales de resultado material que no se compadecen ni con la descripción de la propia conducta delictiva ni con el

ámbito jurídico económico al que se refieren. En la legislación penal española un buen ejemplo lo constituye el delito de utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores (art. 285 del Código penal). Construida esta infracción en derecho comparado alrededor de la idea de protección de la participación libre e igualitaria de los inversores en el mercado de inversión en valores, pierde todo su sentido al exigirse una cantidad de beneficio o de pérdida a terceros para poder castigar la conducta. Articulado como un delito de lesión contra intereses que no pueden exigir ese resultado para verificar la lesión del bien jurídico, se termina convirtiendo en un tipo penal inútil que desde 1995 no ha podido ser aplicado en ninguna ocasión (Ruiz Rodríguez, 2003).

En términos generales, se puede afirmar que en los delitos socio económicos que tienen como referentes bienes jurídicos colectivos, estos se han convertido en una rémora que ha lastrado su aplicación ante los tribunales de justicia. Obviamente, ello no quiere decir que se deba abandonar la senda de la protección de intereses colectivos de definición económica, sino que la construcción de estos tipos penales ha de ser más esmerada en orden a plasmar en la descripción de las conductas los elementos que realmente reflejan el sentido de la prohibición. Como se advierte, la tendencia a dejarse llevar en esta materia por **“ideas morales rigurosas y ajenas a la economía”** (Kaiser, 1988) puede lastrar la intervención racional del derecho penal.

Lo cual enlaza con el tercero de los problemas dogmáticos que afectan a la vida aplicativa del derecho penal económico: la tipificación de los delitos. Este trabajo eminentemente legislativo de criminalización supone un proceso de selección de conductas de cuyo alcance el legislador debe ser consciente. El proceso de creación de la ley penal viene definido por una serie de parámetros de abstracción y concreción que ha de contener tanto los elementos objetivos como subjetivos que sirvan para describir de modo completo la conducta prohibida, amén de la racionalidad que debe ser subyacente a todo el proceso de creación y de aplicación de las leyes (Díez Ripollés, 2001). Entre los elementos de los tipos que mayor número de dificultades ha encontrado la legislación penal socioeconómica, la descripción del resultado típico y las referencias a los elementos subjetivos de los tipos son las más relevantes.

La primera de las cuestiones ha sido objeto de los mayores debates, al nivel y en la misma línea en la que se ha desarrollado la polémica sobre los bienes jurídicos objeto de protección. La opción político criminal adoptada de forma mayoritaria para proteger estos intereses de dimensión supraindividual ha sido la utilización de tipos de peligro que alejan la consumación del delito de la efectiva lesión material del interés tutelado. Preñada esta opción tanto de razones prácticas como jurídicas que centran en la imposibilidad e inidoneidad de esperar a la producción de un resultado material difícilmente constatable la consumación de la infracción, ha sido, no obstante, un motivo más para dificultar la aplicabilidad de estos preceptos.

El uso de delitos de peligro se ha visualizado como un riesgo para las garantías penales propias del modelo penal liberal. Pero en la práctica, la máxima dificultad para su aplicación ha venido de la mano de la dificultad para establecer la prueba del peligro, abstracto o concreto, ya que no basta con realizar la conducta típica para que el riesgo, incluso si ha sido predeterminado por el legislador *ex ante* a la realización de la conducta, se haya materializado (Terradillos Basoco, 1995). Es evidente que ello no ocurre así en todos los delitos de peligro –véase el exitoso tránsito judicial de los delitos de narcotráfico en los que a cualquier conducta de tráfico se le asigna de forma casi automática una capacidad lesiva para el bien jurídico–, por lo que es necesario relativizar la dificultad aplicativa de los tipos de peligro para bienes jurídicos colectivos y relacionar esos obstáculos con consideraciones valorativas adicionales de carácter no dogmático.

Como consecuencia de la inseguridad del legislador para identificar bienes jurídicos necesitados de protección penal en esta materia, otro de los problemas de tipificación habitual estriba en la fuerte desconexión entre la descripción de la conducta objetiva del interés jurídicamente tutelado. La conversión de tipos de peligro en delitos de resultado, la utilización frecuente de cuantías económicas para dar inicio a la intervención penal o la fuerte tendencia a incorporar elementos patrimoniales en los tipos o cláusulas generales de procedibilidad, han terminado por malograr la vida jurídica de algunos delitos económicos. Dos ejemplos interesantes y contradictorios son representativos de estas dificultades en el Código penal español: el delito de blanqueo de capitales y el delito de administración fraudulenta.

El primero de ellos (art. 301 del Código penal) continúa la tendencia punitivista de la regulación del narcotráfico permitiendo con su amplitud considerar como delito de blanqueo cualquier clase de utilización personal de los beneficios de origen ilícito del autor de un delito o de cualquier tercero que participe o se aproveche de esos bienes. Olvidando el legislador adecuar el tipo a la protección del interés colectivo subyacente, se impone una posición ética que permite una subsunción de conductas completamente desmesurada.

Por el contrario, el delito de administración fraudulenta (art. 294), redactado como delito doloso de resultado, limita su aplicación con una fundamentación que se considera endeble:

“toda vez que contraer obligaciones perjudiciales es conducta de lesividad normalmente neutralizable con mecanismos propios del derecho mercantil.” (Terradillos Basoco, 1995)

Por último, los elementos subjetivos de los tipos vienen jugando un papel importante en la delincuencia económica. Redactados de forma abrumadora como delitos dolosos en respuesta a un rechazo general a castigar las conductas lesivas de intereses socioeconómicos cometidas por imprudencia –con alguna excepción en el blanqueo, el delito ecológico o las infracciones que pongan en riesgo la vida y la salud de los trabajadores (Martínez-Buján Pérez, 2001) –,

la tentación de introducir en estos delitos elementos subjetivos especiales relacionados con la intención de perjudicar o elementos característicos de dolos reforzados ha sido habitual.

La finalidad de esta técnica legislativa ha sido claramente recortar el espacio de lo punible para llevar al terreno penal solo aquellas conductas que en ningún caso pueden ser identificadas como propias y naturales en mercados muy competitivos donde la buena voluntad en los negocios no es un valor preponderante. La agresividad comercial siempre será admisible, excepto en aquellos supuestos en los que el daño se busque de forma directa y principal, siendo los daños dolosos colaterales, esto es, aquellos provocados por dolo eventual, una consecuencia normal del funcionamiento de los mercados. Estos solo tendrán una dimensión privada a resolverse en la jurisdicción civil o mercantil.

En términos generales, la voluntad de lucro no es trascendente para la redacción de los delitos socioeconómicos, a diferencia de lo que ocurre con los delitos patrimoniales. Esta voluntad subyacente de lucro, considerada como causa fundamental de la delincuencia económica, sin embargo, no tiene representación en la delincuencia económica porque el lucro no tiene trascendencia por sí mismo, sino respecto del bien jurídico protegido. En los delitos económicos la intención de lucro siempre está presente pero es secundaria respecto de la protección del bien jurídico. Cualquiera de estas conductas realizadas sin aquel ánimo mantiene intacta su lesividad, mientras que en los delitos patrimoniales su ausencia altera de forma fundamental el perjuicio al patrimonio.

Finalmente, queda por señalar una cuestión de naturaleza subjetiva de gran relevancia en este sector. La conversión automática de los supuestos de error de tipo vencible en conductas impunes por la vía del no castigo de la imprudencia (art. 14.1 del Código penal). Esta respuesta, considerada mayoritariamente por la doctrina como satisfactoria (Muñoz Conde, 1989), plantea, sin embargo, algunas dudas acerca de cuál es el papel que juega el error en el tipo subjetivo del delito, y sobre cuáles son las relaciones que se establecen con el dolo y con la imprudencia, en general, y con los específicos elementos subjetivos del tipo, en particular. Esta solución, acertada o no, implica una equiparación absoluta desde el punto de vista valorativo entre imprudencia y error de tipo vencible, en la que este último elemento se convierte en subsidiario de la incriminación imprudente, ya que, mientras que esta se lleva a cabo de forma directa por parte del legislador, el error vencible de tipo y el ámbito de su aplicación han quedado a expensas de aquella decisión legislativa inicial.

En el fondo, el problema que subyace es determinar qué es el error de tipo vencible, cuál es su naturaleza, ya que podría *a priori* deducirse que se trata de un supuesto particular de imprudencia, de un modo especial de violar el deber objetivo de cuidado, y al que habría que analizar desde la propia estructura

interna del delito imprudente, llevando, entre otros, al problema de tener que calificar la imprudencia con error de tipo vencible como consciente o inconsciente.

La importante presencia de elementos normativos en los tipos penales económicos hace que el error sobre los mismos, aunque pueda discutirse si son errores de tipo o de prohibición, conduzca a la impunidad de las conductas. Los negocios de riesgo, la complejidad de la normativa extrapenal, la intención de favorecer a la sociedad en que el autor se integra, la dificultad de interpretar la dirección de las políticas de empresa, etc., hacen que el error constituya un argumento fundamental de la defensa de sujetos imputados por estas infracciones (Martínez-Buján Pérez, 2001). El automatismo en la conversión de los errores de tipo en imprudencias y la ausencia de castigo de estas en la delincuencia socioeconómica presentan un importante motivo de ineficacia del sistema penal.

### **3.3. El papel de la política criminal**

Entendida la política criminal como aquella parte de las políticas públicas que tiene que ver con la infracción penal y que asume el papel de reflexionar y ofrecer soluciones de forma valorativa sobre una realidad criminológica determinada, es evidente que la delincuencia socioeconómica, por los datos que ofrece de crecimiento continuado en volumen y en resultado dañoso, deviene en interés de primer orden para aquella.

Desde el punto de vista científico, si se respeta la exposición clásica que coloca a la política criminal como disciplina que actúa como nexo de unión entre la información criminológica y la interpretación dogmática de las leyes penales, el interés de la misma por resolver los problemas de intervención del sistema penal en este sector ha sido claro e intenso. Con voluntad de simplificar, se pueden resumir las posiciones de la doctrina penal en esta materia en dos que representan un antagonismo relativo, no completo.

Por un lado, hay un sector que considera contraproducente dar un claro protagonismo al derecho penal clásico en una materia muy administrativizada, con un fuerte control institucional y en la que se considera que lo más eficaz es construir un régimen disciplinario propio en el que confluyan tanto elementos del derecho penal como del derecho administrativo, rebajando las exigencias garantistas clásicas del derecho penal en cuanto a tipicidad y culpabilidad y, lógicamente, también en cuanto a las sanciones, creando un sistema no de delitos sino de contravenciones a las que se asignan sanciones de naturaleza principalmente económicas, descartando la pena de prisión como pena de referencia. La opción político criminal de esta tendencia es mantener un derecho penal clásico de imputación individual de sujetos que cometen delitos contra bienes jurídicos básicos de naturaleza individual –vida, integridad física, lesiones, etc. –, en el que la prisión seguiría representando el simbolismo del poder penal vinculado a la idea de crimen y, de forma paralela, un

derecho penal de segunda vía diseñado para actuar, sobre todo, contra personas jurídicas y mediante sanciones de naturaleza económica o inhabilitadora, que restrinjan la capacidad de acción de las estructuras empresariales en los mercados y ante las administraciones públicas.

Frente a esta opción de derecho sancionador intermedio, otro sector doctrinal plantea el mantenimiento de las estructuras tradicionales del derecho penal, en todas las categorías dogmáticas de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, así como no renunciar al catálogo completo de penas que incluiría, también, a la pena de prisión como sanción adecuada a este tipo de delincuencia. Si bien se plantean cambios sustanciales para afrontar los problemas dogmáticos que esta delincuencia presenta, por ejemplo, en el concepto de acción típica, de dolo o de culpabilidad, o diseñando un sistema de responsabilidad penal específico de las personas jurídicas (artículo 31 bis del vigente Código penal español), ello no impediría seguir manteniendo un derecho penal único, enjuiciado en un solo tipo de procedimiento, para permitir el mantenimiento del juicio de valor negativo que la delincuencia económica representa.

En el enfrentamiento de ambas posturas residen dos formas de entender la eficacia del sistema penal así como dos concepciones valorativas sobre la gravedad que representan los delitos económicos.

En cuanto a eficacia, el discurso de la relajación de las categorías dogmáticas para facilitar la aplicación de las normas penales en un ámbito especialmente complejo desde el punto de vista técnico-económico y técnico-jurídico, en realidad no se puede disociar del aspecto valorativo de la gravedad de las conductas. Solo a partir de una concepción más benévola de la delincuencia económica se pueden plantear dos formas de reacción distintas, con consecuencias jurídicas que son necesariamente menos graves en una que en otra. Al final, en el momento decisivo de incorporar una conducta al régimen de las contravenciones penales o al de los delitos, lo que más pesaría sería la valoración sobre la gravedad de la conducta y no la adscripción a la categoría de los delitos patrimoniales o los socioeconómicos por la naturaleza de los sujetos, por los bienes jurídicos protegidos o por la clase de acción realizada.

Por su parte, la opción de mantener un único derecho penal que incluya la delincuencia económica antepone la valoración sobre los hechos y la asociación al interés protegido a la pura eficacia, meta que habrá de abordarse desde un régimen general y común para todos los delitos. Por lo tanto, plantea cambios dogmáticos desde dentro de la teoría general del delito y de la teoría de la pena, si bien con el riesgo de mantener un aparente único sistema, materialmente dividido por la necesidad de resolver problemas concretos. Sería el supuesto de permitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en paralelo con la de las personas físicas a determinar en un solo procedimiento penal con las mismas reglas penales y procesales de enjuiciamiento. De forma



indirecta, se trata de buscar la eficacia del sistema atacando la estructura de la organización en la que se comete el delito, pero sin resolver con claridad los problemas añadidos que genera.

Por lo tanto, la política criminal como disciplina científica que incluye la delincuencia económica entre sus preocupaciones no ha aportado grandes soluciones a los problemas de ineficacia del sistema penal en este sector de la criminalidad. Sin embargo, la práctica política criminal de las instituciones responsables de su ejecución, manifestada principalmente en las reformas penales desarrolladas a lo largo del tiempo, no ha dado mejores resultados prácticos. La decisión más relevante de las últimas décadas de incorporar al código penal un título relativo a los delitos contra el orden socioeconómico en 1995, y sus sucesivas reformas, no ha supuesto grandes cambios detectados por la investigación criminológica, con unos tipos penales escasamente aplicados por la justicia penal y una acumulación de casos debatidos en los medios de comunicación y en los tribunales que han finalizado mayoritariamente en procesos reconducidos a los delitos patrimoniales clásicos o, directamente, al archivo de los mismos.

## **4. Una política criminal adecuada para un fenómeno en expansión**

### **4.1. La respuesta internacional al crimen económico: la globalización, la desregulación y el papel de los Estados ante el fenómeno**

Sin duda, el fenómeno económico que ha caracterizado el final del siglo XX y el inicio del XXI ha sido la internacionalización de la actividad económica, que ha arrastrado poco a poco a la actividad política, al desarrollo jurídico y, de forma consecuente, a las actividades ilícitas desarrolladas al calor de los distintos fenómenos de expansión económica internacional.

La globalización económica es un fenómeno material que ha venido apoyándose en la aparición de estructuras informales de poder que se han constituido de forma paralela a las instituciones internacionales formales, y que han sido las verdaderas impulsoras del proceso de expansión de un modelo económico único válido para todos los mercados (Terradillos, 2004). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio y otras estructuras de poder participadas formal o informalmente por los Estados, han generado el impulso de la mayor transformación de las reglas de actuación económica de las últimas décadas, cambios a los que los Estados soberanos han asistido como colaboradores, pero con escasa capacidad de resistir muchas de las consecuencias de tales cambios.

La medida estrella del impulso de la economía a nivel global ha sido la desregulación promocionada por estas instituciones cuasi formales, en la convicción de que el exceso de regulación del comercio y la diferencia normativa son un estorbo para el crecimiento de la actividad económica.

En el terreno normativo, la expansión de la economía de mercado exigía cierta homogeneidad y la eliminación de trabas que, en materia penal, estaban asociadas, de manera fundamental, a las materias relacionadas con fiscalidad, la seguridad e higiene en el trabajo y la protección del medio ambiente, además de a figuras más particulares como las relacionadas con la corrupción política. De ese modo, se ha promocionado en países emergentes una fiscalidad favorable a la inversión y un compromiso de instaurar fórmulas de exención de responsabilidad penal por fraude fiscal, bien flexibilizando las normas, bien introduciendo fórmulas de regularización fiscal que eximan de responsabilidad a inversores. De igual forma, se ha favorecido la derogación o bien la ausencia de reglas estrictas de protección de los trabajadores al entenderse que representan un coste que dificulta la inversión o la creación de riqueza, extendida a otros campos como el medio ambiental que, incluso en los países más

desarrollados, es objeto de críticas por el lastre que, se dice, conllevan para la actividad económica. De esta forma, vemos cómo en época de crisis económica profunda son estas las partidas empresariales que más merman.

La revolución tecnológica del siglo xx abre el camino a una nueva etapa de poder mundial (la globalización) en la que conductas tradicionalmente criminalizadas tienden a ser monopolizadas por el poder económico y por las propias agencias policiales nacionales. El poder económico tiende a detentar la exclusividad de la criminalidad de mercado transnacional, en tanto que la criminalidad del mercado local (tráficos de objetos, personas y servicios ilícitos) tiende a concentrarse por las agencias policiales que enfrentan a los propios poderes políticos debilitados y en permanente cesión de atribuciones (Zaffaroni, 2005).

Globalización, tecnologías de la información, desregulación, internacionalización del crimen y corrupción política, constituyen todos fenómenos que vienen a poner en crisis los tradicionales sistemas penales sometidos al principio de legalidad derivado de la soberanía estatal. Es decir, generan debilidad frente al crimen, lo cual implica la creación de dos modelos para afrontarlo: el mantenimiento de un derecho penal tradicional que sigue estando en manos del Estado clásico con capacidad para imponer sanciones penales privativas de libertad; y un segundo modelo de naturaleza internacional en el que ningún poder está en condiciones de perseguir infracciones penales cometidas a través de los espacios transnacionales y que termina por buscar modelos de autorregulación, de control meramente político y, como mucho, con sanciones internacionales de tipo comercial. Todo ello en un modelo que no puede ser definido como fortuito, local, coyuntural o reversible.

El fenómeno económico globalizador ha precisado de ciertos compañeros de viaje que fuesen allanando el camino para el reto de establecer un mercado único en un mundo en el que solo las reglas de la economía deben ser comunes. El resto de parcelas de la vida social no precisan de modelos únicos, y solo se les pide que, en su existencia y en su diferencia, no entorpezcan el objetivo del mercado mundial.

En esa concepción de la realidad, el derecho, en particular el de los Estados nacionales, desde un primer momento ha sido considerado como el principal enemigo de la globalización y muchos han sido los esfuerzos dirigidos a convencer a los legisladores locales de que, cualquier vocación de control sobre los procesos económicos transnacionales, constituye un error de consecuencias dramáticas para sus propias economías nacionales, cuando no para su interna estabilidad política. No es casual que el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo y otras instituciones globales no políticas puedan determinar la forma de gestionar la economía de los Estados, con el efecto de que las fórmulas económicas que proponen sean indiscutibles para el profano.

De este modo, la desregulación se ha impuesto como el vehículo más adecuado para conducir a buen puerto el objetivo del control económico sin control político (Terradillos, 1999). La búsqueda del máximo beneficio a través de la ausencia de responsabilidad ante autoridad política alguna que represente a los ciudadanos.

La globalización económica, las redes tecnológicas globales y la imposición de las entidades transnacionales como principales sujetos actores en todos esos sectores, han provocado una considerable pérdida de capacidad de influencia económica, de control legal y de imposición de líneas de acción política por parte de los Estados soberanos. Solo algunos Estados –básicamente los Estados Unidos y en un futuro próximo China y otras economías emergentes–, han podido mantener un papel relevante por sí solos frente a la superación de las fronteras que aquellas realidades han impuesto. El resto de naciones han debido buscar fórmulas asociativas capaces de afrontar los nuevos retos –Unión Europea, Mercado Común del Sur, la embrionaria **Iniciativa Chiang Mai**–, contribuyendo de este modo a confeccionar una especie de polarización económica y política de ámbito continental que dé mayor peso a los Estados a través de mecanismos internacionales de cooperación.

Sin embargo, estos instrumentos, con la salvedad del mayor desarrollo político de la Unión Europea, presentan enormes limitaciones de actuación legal a través de normas aprobadas según los tradicionales sistemas parlamentarios y desarrollan principalmente acciones de política económica acordadas bien en foros privados (Organización Mundial del Comercio), mediante tratados internacionales con desigual nivel de cumplimiento (tercer pilar europeo) o acuerdos adoptados en el seno de organizaciones internacionales ya constituidas.

En este contexto de creciente confusión respecto de las reglas que rigen en los espacios supraestatales y de dudas sobre la eficacia de las mismas es donde las actividades ilícitas han emergido con una fuerza poco previsible hace algunas décadas. Con lo que se hace cierto que un fenómeno internacional requiere acudir a medidas de carácter internacional. Pero no hay que olvidar que esta opción puede constituir una renuncia a afrontar el crimen económico internacional con un derecho penal que, pese a los muchos esfuerzos realizados hasta el momento, sigue siendo de naturaleza estatal, es decir, limitado política y geográficamente.

La traslación del delito a la idea de territorio único ha ido pareja a la economía global, y, como esta, ha ido buscando en su desarrollo la obtención del máximo beneficio en un solo mercado mundial. En este proceso se han aprovechado a un mismo tiempo técnicas económicas y comerciales legales, y se han buscado fórmulas de impunidad de idéntica inspiración.

Así, la búsqueda de espacios geográficos de impunidad ha sido tan común en la globalización económica como en el crimen organizado: trasladar empresas contaminantes a Estados con inexistente legislación ambiental, o sancionadora de la explotación laboral infantil, o fiscal, ha ido paralelo a la instalación de redes de crimen organizado con base en países sin legislación suficiente o con políticas tolerantes frente al blanqueo de capitales, la explotación sexual de menores, la infracción de derechos de propiedad industrial o los actos de terrorismo.

Ante la comprobación cuantitativa y cualitativa de los daños generados y potenciales de la criminalidad económica transnacional, se hacen serias objeciones a la visión tradicional del derecho penal y sus instituciones, bien a través de discursos deslegitimadores de la pervivencia de los principios o instrumentos teóricos liberales –el principio de legalidad, el protección de bienes jurídicos, el de *ultima ratio*, el principio de causalidad, el de responsabilidad individual, etc. –, bien señalando los peligros que un derecho penal clásico plantea a la **sociedad del riesgo** por ser un instrumento inadecuado para dar respuesta a la problemática subyacente, proponiendo a la vez, mecanismos de flexibilización y eficacia para el derecho penal de hoy –conceptos indeterminados, leyes penales en blanco, criminalización anticipada, delitos de peligro abstracto, etc. – que garanticen la eficacia requerida.

#### **4.2. Espacios para una justicia negociada**

Sobre la base de una creciente incapacidad de los Estados para afrontar la delincuencia económica de ámbito transnacional, surge una tendencia que es la manifestación del desplazamiento de parte del poder de aquellos hacia las corporaciones transnacionales o hacia las estructuras informales que representan sus intereses. Ese traslado no se materializa en el establecimiento de procedimientos de solución de conflictos informales o ajenos al derecho, sino en la capacidad de negociar respuestas a conductas ilícitas dentro de los sistemas de justicia oficial más allá de las respuestas preestablecidas en la ley.

La presión de las grandes corporaciones a gobiernos con conflictos internos o en situación de inestabilidad política o económica puede ser muy intensa mediante amenazas de despido, desinversión o deslocalización, o directamente mediante pagos indemnizatorios en los que la presencia de la corrupción es frecuente.

Casos como los de Chiquita Brands en Colombia, o el caso Bophal en India, son claros ejemplos de cómo multinacionales involucradas en conductas de clara naturaleza penal resuelven sus problemas con la justicia oficial de terceros países mediante negociaciones directas con los gobiernos de algunos países o con la intermediación de los Estados de los que la empresa es matriz. El caso Chiquita Brands es especialmente ilustrativo ya que vincula a la propia justicia oficial de un Estado, que negocia con los afectados de graves crímenes cometidos en otro país ofreciendo una compensación económica a cambio de renunciar a posibles responsabilidades penales para los presuntos autores de los delitos.

Son evidentes los riesgos de este método de justicia alternativa que, además de ser la demostración de la atenuación del sometimiento de algunos de los actores de la economía a la justicia penal y de la quiebra del principio de igualdad, ponen en duda la legitimidad de los sistemas penales de justicia penal, que tienden a ser sustituidos por sistemas de negociación de sujetos cuya legitimidad resulta dudosa o incluso inexistente para llegar a acuerdos sobre intereses básicos de los ciudadanos.

Es imprescindible, por lo tanto, que ante la evidencia de la internacionalización de la economía, se mantenga, por un lado, la necesaria eficacia y reconocimiento de los sistema de justicia penal de los Estados tradicionales, y que se desarrollen y refuercen sistemas de justicia penal supranacional sustentados por los Estados soberanos que aborden los casos más relevantes mediante procesos homologados de justicia y ante tribunales supranacionales con plena capacidad para dictar sentencias e imponer las penas legalmente establecidas.

## Resumen

En este módulo didáctico hemos estudiado el funcionamiento de los sistemas de control frente a la delincuencia económica, destacando, por un lado, los recursos públicos y privados disponibles y por otro, resaltando los problemas de contenido aplicativo para la regulación penal en la materia.

En cuanto a las instituciones formales de control se ha analizado el papel que juegan cuatro instituciones básicas:

- Las agencias administrativas de control, con gran capacidad de obtener y tratar información relevante para la persecución del delito y con tendencia a resolver internamente los conflictos de naturaleza criminal relacionados con sus competencias.
- Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, muy dependientes del trabajo de las agencias de control administrativo, aunque con un creciente grado de especialización.
- Los órganos de la justicia penal, que, salvo en los supuestos más graves de corrupción política y económica, tramitan los expedientes judiciales por estos delitos con un grado de interpretación más rígido que el utilizado en la delincuencia puramente patrimonial y son poco dados a la utilización de medidas extraordinarias como la prisión provisional.
- La institución penitenciaria, que carece de programas específicos para tratar a los responsables de delitos económicos al utilizar un concepto de re-socialización más asociado a factores socioeconómicos que de respeto a la legalidad vigente.

Posteriormente se han analizado los mecanismos de control informal. En primer lugar, la autorregulación de los operadores de los mercados con códigos de conducta, respecto de los cuales asumen un compromiso de cumplimiento, o con mecanismos como las “murallas chinas” para el control de la información en el seno de las entidades societarias y mercantiles. A nivel informal también actúan los medios de comunicación, que asumen un papel de control social y en los que ha crecido exponencialmente esta clase de información en las últimas décadas, si bien condicionados por sus propias líneas editoriales o de negocio. Finalmente, se ha tratado en este apartado el papel de las organizaciones de víctimas en el formato habitual de consumidores y usuarios, imprescindibles para compensar el desequilibrio que las partes tienen en los mercados.

Además de las estructuras de control, se han evaluado las dificultades aplicativas del derecho penal de la economía, tanto por las dificultades técnicas para obtener información y construir la prueba de la infracción, como por la complejidad que la construcción dogmática clásica presenta para abordar figuras clave como la autoría y la participación, la imputación objetiva, la voluntad comisiva, el error de prohibición o la culpabilidad de los sujetos en delitos que se cometen a través de organizaciones jurídicas y económicas complejas.

Finalmente, se ha tratado la influencia del proceso de mundialización de la economía, especialmente en lo referente a la capacidad de influencia reguladora de organismos de poder informales, la tendencia a la desregulación en materias que se consideran un obstáculo para el progreso económico –medio ambiente, derechos de los trabajadores, régimen fiscal– y el progresivo incremento de los espacios de justicia negociada que sustituye a los sistemas de justicia penal clásico de los Estados soberanos.



## Ejercicios de autoevaluación

1. Las agencias administrativas de control de los mercados regulados...
  - a) trasladan los hechos que conocen por sus funciones con apariencia de delito a los tribunales.
  - b) trasladan a los tribunales los hechos con apariencia de delito que conocen por sus funciones solo cuando no pueden sancionarlos administrativamente.
  - c) sopesan sus propios intereses administrativos y la relevancia de los hechos para dar traslado a los tribunales de los hechos que conocen.
  
2. Las fuerzas y cuerpos de seguridad deberían tener la capacidad exclusiva de investigar la delincuencia económica.
  - a) Nunca.
  - b) Siempre.
  - c) Dependiendo de la capacidad real de investigar de las agencias de control económico.
  
3. ¿Por qué los tribunales de justicia no suelen dictar prisión provisional para los presuntos delincuentes económicos no vinculados a la corrupción?
  - a) Porque los sujetos enjuiciados suelen demostrar un algo grado de resocialización.
  - b) Por la escasa asociación valorativa que se hace entre delito económico y crimen.
  - c) Porque el riesgo de fuga entre estos sujetos es excepcional.
  
4. Las asociaciones de consumidores y usuarios pueden presentar una denuncia en los tribunales en base al artículo 287 del Código penal...
  - a) cuando alguno de los miembros de su asociación haya sido económicamente perjudicado por un delito.
  - b) cuando los hechos afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas.
  - c) cuando la propia asociación sea agraviada por un delito socioeconómico.
  
5. ¿Qué es la “muralla china” en materia empresarial?
  - a) Una barrera infranqueable para la comisión de delitos.
  - b) Un sistema de separación de la información en las empresas para evitar conflictos de interés.
  - c) Un sistema de comunicación interno de las empresas destinado a conocer posibles conflictos de interés.
  
6. ¿Por qué el error de tipo en la delincuencia económica siempre queda impune?
  - a) Porque el error de tipo convierte la acción en imprudente y no se castiga ningún delito económico como imprudente.
  - b) Porque solo la intencionalidad directa de defraudar merece un castigo penal.
  - c) Porque la dogmática penal está diseñada para eludir la responsabilidad penal de los delincuentes económicos.
  
7. Los medios de comunicación...
  - a) forman parte del control formal del delito en cooperación con las instituciones políticas.
  - b) forman parte del control informal del delito participando indirectamente en la persecución de los mismos.
  - c) ejercen un control informal sobre la delincuencia, informando sobre hechos y autores.
  
8. La política criminal como disciplina científica y la política criminal como acción del Estado...
  - a) son totalmente coincidentes en los objetivos.
  - b) coinciden en los objetivos, pero no en los medios.
  - c) representan dos formas diferentes de reflexionar sobre el sistema penal y aportar soluciones propias.
  
9. Es característico del proceso de globalización de la economía...

- a) una tendencia a la desregulación tanto penal como administrativa de aquello que pueda entorpecer el desarrollo económico.
- b) una voluntad de aproximación internacional de las leyes penales que castigan los delitos económicos.
- c) la deslocalización de empresas hacia países con normativas equiparables a las de los países de origen.

10. ¿Cuándo se puede hablar de justicia penal negociada?

- a) Cuando se produce un acuerdo entre el procesado y el acusado para negociar la pena a imponer.
- b) Cuando las propias instituciones del control formal presionan a las partes para acordar soluciones no previstas en las leyes penales.
- c) Cuando se produce un buen acuerdo económico que satisface a las partes implicadas en un proceso penal.

## **Solucionario**

### **Ejercicios de autoevaluación**

1. c

2. a

3. b

4. b

5. b

6. a

7. c

8. c

9. a

10. b

## Glosario

**antijuricidad** *f* Cualidad que se asigna a una conducta cuando contradice una norma vigente, siendo, por lo tanto, la cualidad que se predica de toda conducta tipificada que es contraria al derecho.

**control formal** *m* Conjunto de mecanismos legales e institucionales de naturaleza pública que actúan frente al delito como parte de su actividad profesional.

**control informal** *m* : Conjunto de institucionales de naturaleza privada que actúan directa o indirectamente frente al delito sin constituir una actividad profesional regulada.

**desregulación** *f* Proceso de eliminación o de flexibilización de las normas reguladoras de los mercados económicos mundiales dirigidos a facilitar el movimiento de capitales, de empresas y de trabajadores.

**dogmática penal** *f* Ciencia jurídica cuya finalidad es la interpretación de las normas penales mediante reglas generales que permitan resolver casos concretos, con criterios uniformes que eliminen la arbitrariedad.

**error de tipo** *m* Error cometido por el autor de un delito que afecta a los elementos objetivos de la infracción penal.

**error de prohibición** *m* Error cometido por el autor de un delito que afecta a los elementos relacionados con la antijuricidad de la conducta.

**globalización** *f* Proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global.

**medidas cautelares** *f* Medidas que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás leyes procesales ponen a disposición de jueces y tribunales para asegurar los sujetos, las pruebas y los efectos de los delitos de cara a la celebración del juicio oral.

**muralla china** *f* Conjunto de reglas y medidas de separación de estructuras y personas dentro de las sociedades mercantiles para asegurar un flujo de información no contaminado que evite conflictos de interés.

**norma penal en blanco** *f* Norma penal que realiza una remisión a una norma extrapenal para poder conocer el sentido y alcance de la prohibición y de los elementos del delito.

**política criminal** *f* Disciplina científica de carácter valorativo que utiliza la información que ofrece la investigación criminológica para realizar una crítica racional de las instituciones y normas del sistema penal y realizar propuestas de transformación de las mismas acorde con las reglas y orientaciones básicas constitucionales.

**prisión provisional** *f* Medida cautelar del orden jurisdiccional penal, de carácter extraordinario, que implica el ingreso en prisión de un sujeto imputado por un delito grave cuyo tiempo de cumplimiento se computa con la pena finalmente impuesta.

**sobreseimiento** *m* Archivo de un procedimiento penal por parte de un juez o tribunal por no apreciar suficientes elementos delictivos o por no poder identificar al responsable de los hechos.

**tipo de peligro** *m* Tipo penal que no incorpora entre sus elementos típicos un resultado material separable ontológicamente de la acción típica, sino una previsión de un peligro inmediato o futuro para un bien jurídico protegido.

## Bibliografía

**Baigun, D.** (2001). "El Estatuto de Roma y la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: Arroyo Zapatero (dir.); Berdugo Gómez de la Torre. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam* (vol. I). Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha/Universidad de Salamanca.

**Bauman, Z.** (2000). "Social uses of Law and Order". En: Garland; Sparks (eds.). *Criminology and social theory*. Nueva York: Oxford University.

**Cervini, R.** (2004). "Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos". *Revista de Derecho penal y Criminología* (núm. 14).

**Cesano, J. D.** (2006). *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

**De Maillard, J.** (2002). *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*. Milán: Ed. Feltrinelli.

**Diez Ripolles, J. L.** (2001). "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (núm. 24).

(2003). "La nueva política criminal española". *Eguzkilore*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (núm. 17).

**Hassemer, W.** (1989). "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". *Doctrina penal* (núm. 46-47).

**Kaiser, G.** (1988). *Introducción a la Criminología* (7.ª ed.). Madrid: Ed. Dykinson.

**Mantovani, F.** (1984). *Il problema Della criminalità*. Padua: Ed. Cedam.

**Minervini, G.** (1992). "Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi". *Giurisprudenza Commerciale* (vol. 1, núm. 19).

**Roxin, C.** (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (7.ª ed.). Madrid: Ed. Marcial Pons.

**Martínez-Buján Pérez, C.** (2001). "Imputación subjetiva". *Derecho penal económico* (núm. 14). Ed. CGPJ.

**Muñoz Conde, F.** (1989). *El error en Derecho penal*. Valencia.

**Rider, B.** (1989). "Insider Trading. A crime of our Times". *Current Developments in Banking and Finance*.

**Ruiz Rodríguez, L. R.** (2006). "Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada". En: Ruiz Rodríguez (coord.). *Sistema penal y exclusión de extranjeros* (pág. 181 y sig.). Albacete: Ed. Bomarzo.

(2003). "El abuso de información privilegiada en derecho español, con referencias a la normativa bursátil argentina". En: De la Cuesta Aguado (dir.). *Derecho penal económico*. Mendoza: Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo.

**Serrano Maillo, A.** (2004). "El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos". *Revista de Derecho penal y Criminología* (núm. 14).

**Terradillos Basoco, J.** (1995). *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Ed. Trotta.

(2004). "Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico". En: Acale Sánchez-Terradillos Basoco (coord.). *Temas de Derecho penal económico*. Madrid: Ed. Trotta.

(1999). "El derecho penal de la globalización: luces y sombras". *Transformaciones del Derecho en la mundialización*. Madrid: Ed. CGPJ.

**Wood, P.** (1986). "Financial Conglomerates and Conflicts of Interest": En: AA. VV. *Conflicts of Interest in the Changing Financial World*. Londres: Ed. Goode.

**Zaffaroni, E. R.** (2005). *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: Ed. B de F.

**Zuñiga Rodriguez, L.** "Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas". *Derecho penal*. Disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artzuniga.html> (sin paginar)