Los delitos económicos

Gonzalo Quintero Olivares

PID_00202817

UOC
Universitat Oberta de Catalunya

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. Fundación 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

Introducción..... 5

Objetivos..... 6

1. La delincuencia económica en el derecho penal español..... 7

2. El llamado derecho penal económico..... 10

3. Legislar para la delincuencia económica..... 12
3.1. Los factores humanos y sociales 12
3.2. La concreción penal del tema de la delincuencia económica 13

4. Los problemas que afronta la legislación penal económica: aleatoriedad y riesgo permitido..... 16
4.1. La "funcionalidad" del concepto de delincuente económico 16
4.2. El riesgo de responsabilidad objetiva 17
4.3. La asunción del componente de riesgo 17

5. La técnica jurídica y los delitos económicos: el subsistema.... 19

6. Las penas de los delitos económicos..... 22
6.1. Las penas privativas de libertad 22
6.2. Las penas pecuniarias 24
6.3. Las penas privativas de derechos 25

7. Los delitos económicos en la ley penal española..... 27
7.1. Los delitos económicos del título XIII del Código penal 27
7.2. Otros delitos económicos 27

8. Los delitos financieros o societarios en el Código penal español..... 29
8.1. La significación general de algunos delitos societarios 30
8.1.1. La gestión irregular de entidades financieras 31
8.1.2. La información financiera falsa 31
8.2. La significación económica de los delitos urbanísticos 32
8.3. La significación económica de los delitos tributarios y contra la Seguridad Social 34

9. Problemas político-criminales relevantes para la delincuencia económica: actuación por otro, 36

responsabilidad penal de las personas jurídicas, levantamiento del velo.....
9.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas 36
9.1.1. Los sujetos actuantes: los administradores de hecho y de derecho 41
9.1.2. Las penas imponibles a personas jurídicas 42
9.2. La actuación en nombre de otro 44
9.2.1. La relación entre la actuación en nombre de otro y la actuación propia 45
9.3. El levantamiento del velo 46

Ejercicios de autoevaluación..... 49

Solucionario..... 51

Glosario..... 52

Introducción

En este módulo se van a estudiar los conceptos fundamentales referidos al derecho penal económico. El conocimiento de la delincuencia económica y el estudio de los medios más adecuados para prevenirla y responder a ella no son posibles sin tener presente el marco jurídico que define esa clase de criminalidad. Aunque los delitos económicos tienen antecedentes remotos, constituyen un sector que ha experimentado un gran crecimiento desde que el Estado ha asumido un protagonismo creciente en la ordenación de la economía. El estudio del derecho penal económico va a centrarse en la evolución producida en el derecho español a partir de la aprobación del Código penal de 1995, que crea un extenso grupo de delitos económicos. Las infracciones que merecen mayor atención son los delitos societarios, las insolvencias punibles, los delitos contra el mercado y los consumidores, los delitos relativos a la propiedad industrial, los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, así como los delitos contra los derechos de los trabajadores. En algunas de estas figuras delictivas no resulta fácil deslindar la dimensión económica del hecho delictivo del daño patrimonial, lo cual plantea diversos problemas de interpretación y aplicación que aquí van a examinarse. El módulo se adentra finalmente en algunas de las más relevantes cuestiones de política criminal que se plantean en relación con la delincuencia económica y la respuesta a la misma por parte del sistema de justicia penal, como la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las penas más adecuadas para esta clase de delincuencia o los supuestos de la actuación por otro o de la doctrina del levantamiento del velo.

Objetivos

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

1. Conocer los conceptos fundamentales referidos al derecho penal económico.

2. Conocer los principales delitos económicos y su tipificación en el Código penal español de 1995.

3. Comprender la problemática relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los criterios mediante los que la misma puede resultar operativa a partir de la reforma del Código penal español del 2010.

4. Conocer las ventajas e inconvenientes de las diversas clases de pena en su aplicación a los delitos económicos.

5. Conocer las respuestas jurídicas ante los supuestos de la actuación por otro, el levantamiento del velo y la atribución de responsabilidad penal en los delitos de empresa.

1. La delincuencia económica en el derecho penal español

Hablar de una parte del derecho penal dedicada a la delincuencia económica es algo relativamente nuevo en el derecho penal, y el caso español no constituye una excepción aunque hay que reconocer que es más acusado que en otros países. La causa puede verse en una tradición no intervencionista de nuestro derecho penal, que por mucho tiempo solo tuvo interés hacia los delitos patrimoniales, mientras que el tema "económico" o "financiero" se dejaba en manos de los analistas sociológicos y poco más. Muchos dirán que esa situación apenas ha cambiado y que la efectiva presencia de infracciones penales económicas no ha hecho menguar una realidad de impunidad de las prácticas más intolerables. Pero esa es otra cuestión.

El problema, con todo, preocupó en España desde hace tiempo. No hay que olvidar que en 1934 Rodríguez Sastre publicaba en España *El delito financiero*, con prólogo de Jiménez de Asía, en el que ya se describía el naciente hecho de la criminalidad económica que se presentaba con unas características nuevas en relación con las propias de la **criminalidad "clásica"**. Ya en aquel entonces se denunciaba la creciente expansión de la **cultura del "triunfo rápido"**, o expresiones incluso más plásticas. Muchos años después hemos acuñado expresiones como *cultura del pelotazo*, lo que evidencia que no se ha prosperado gran cosa.

Origen anglosajón del estudio sobre criminalidad económica

Cierto es que los estudios profundos sobre criminalidad económica arrancan en la literatura científica anglosajona, y, especialmente, norteamericana, tal vez por prioridad en el conocimiento de las características que puede ir revistiendo la criminalidad en las llamadas sociedades capitalistas, o tal vez por la importancia concedida a los estudios de sociología jurídica.

No sería correcto excluir algún dato esencial: la larga época franquista mantuvo por mucho tiempo a España fuera de los usos y tradiciones financieras europeas. Desde el fin de la guerra y durante la época de la autarquía económica se dieron comportamientos delictivos que solo se explicaban en función del marco jurídico y político en el que se producían, y sería largo, y nos apartaría del tema, entrar en la exposición de lo que sucedió en aquellos tiempos.

Pero llegó la ansiada democracia, y con ella muchos creyeron que se iniciaría un modo nuevo de vida colectiva, especialmente a partir de la declaración constitucional básica: España se proclamaba Estado social y democrático de derecho, lo cual colocaba a nuestro país en una propuesta de convivencia que en todo, y especialmente en lo jurídico y concretamente en lo penal, se distanciaba del puro Estado liberal. Al menos, eso es lo que muchos creyeron, sin sospechar que pronto irrumpirían las más desgarradoras manifestaciones del ultraliberalismo económico.

Otro paso a tener en cuenta han sido los efectos de la integración en la Unión Europea y las condiciones obligatorias que ello supone. Una gran cantidad de decisiones de la UE, o antes de la CEE, han obligado a modificaciones de leyes penales y no penales, aun cuando la resistencia a una armonización siempre ha estado presente.

Lógicamente, es obligado preguntarse cuál ha sido la transcendencia de la Constitución para el problema de los delitos económicos. El derecho penal debe tutelar los bienes jurídicos más importantes proclamados por la Constitución, y, en su caso, debería proteger un modelo de mercado y de sistema económico emanado de la Constitución como máxima fuente creadora. Pero lo cierto es que las declaraciones constitucionales sobre el mercado son lacónicas, aunque importantes, y pueden producir consecuencias imperativas para las leyes penales.

Artículos a destacar

A destacar, el artículo 38 (Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación), artículo 40 (Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo) y artículo 51(Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca.3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales). A ello debe sumarse lo dispuesto en el art.96 (1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional), por su significación en relación con todo lo concerniente a las decisiones de la Unión Europea, a la que España pertenece.

Por supuesto que sobre toda esta materia flota un tema de debate nunca cerrado, que es la discusión sobre si es mejor la opción por el derecho penal o es más eficaz y práctica y la solución de intervenir en la materia económica a través del derecho administrativo sancionador; pero ese es un debate mal impostado, porque lo cierto es que es preciso recurrir a uno y otro sin olvidar nunca que el sistema preventivo ha de estar situado en el derecho administrativo y, en parte, en el derecho mercantil. Y eso no ha sido siempre respetado y de ahí la perceptible violación del principio de *ultima ratio* por los excesos en la actuación del derecho penal español, que, en cambio, ha dejado en la penumbra problemas graves que hoy está contemplando la ciudadanía con el asombro de que parezcan atípicos.

Por ejemplo, en la gestión de bancos y cajas en crisis.

Estrechamente ligado al régimen penal de los delitos económicos (luego ya veremos cuál es y cuáles son estos) se encuentran los delitos relativos a la corrupción de funcionarios públicos que inciden en la realidad del mercado y la

competencia, y no son en absoluto una cuestión lateral. Baste como muestra pensar lo que ha supuesto la corrupción municipal en el crecimiento disparatado y estrepitoso hundimiento de la construcción en España, causa primera de nuestros actuales males económicos. Por eso se puede afirmar sin temor a engañarse que parte importante de la actuación penal en el mercado pasa por la eficacia en la lucha contra la corrupción.

2. El llamado derecho penal económico

Es común hablar de **derecho penal económico**, e incluso es un materia específica en muchas facultades de Derecho, por lo que se puede asumir que la existencia de derecho penal económico es cuestión que en apariencia está ya fuera de duda en nuestro tiempo: nadie discute que haya de existir una **específica** parcela del derecho así intitulada, con independencia de que para algunos la construcción del derecho penal económico se consigue amputando unos cuantos temas de la parte especial del derecho penal, sin especiales modificaciones en el método de estudio.

Curiosamente, y basta con auscultar la realidad de las opiniones extraacadémicas, tampoco duda nadie de la casi nula eficacia o utilidad de la contribución del derecho penal a la tutela del orden económico, posiblemente porque es un objetivo excesivamente ambicioso o, simplemente, porque ni tan solo existe un paradigma de referencia, esto es, un "**modelo de derecho penal económico**", comenzando porque muchos Estados de gran incidencia en el pensamiento jurídico europeo no afrontan con el derecho penal, sino con el derecho administrativo o mercantil, problemas que en España se consideran "**objetivos naturales**".

El escepticismo rodea y preside toda intervención del derecho en lo económico: se considera inútil por antonomasia. Pero los últimos tiempos nos han enseñado dolorosamente que los movimientos del sistema económico y el funcionamiento de los mercados exceden incluso al poder de los Estados. Especuladores diversos pueden colocar a un Estado al borde del precipicio, y por supuesto, destrozar sus equilibrios internos. Esas sí serían agresiones al sistema económico, pero para esas no sirve el derecho penal. En el mejor de los casos, si es que existe algo modélico, el derecho penal no llega ni siquiera a proteger la realidad económica, sino tan solo, y ya sería mucho, un cierto tipo de ordenación que se considera buena o mínima para que el mercado y sus protagonistas principales, las empresas, puedan subsistir.

No es gran cosa, ciertamente, reducir el objetivo de los delitos económicos a la protección de reglas de mercado y comportamiento de los que en él actúan, además de algunos intereses del Estado o de grupos de Estados (hoy cada vez más habitual). Pero sería absurdo creer que la economía en abstracto es el objeto de tutela para el derecho. La articulación de una política económica mediante leyes –sin entrar en lo que los economistas opinan sobre la intervención en la economía a través de leyes– no significa que pueda haber leyes represivas que complementen, en sentido secundario, esa política. Por eso, lo que los penalistas denominamos delitos económicos no es –salvando la necesidad de proteger las promesas constitucionales– más que una contribución sanciona-

dora a lo que persiguen leyes administrativas y mercantiles, cuya función es reflejo tal vez de una manera de concebir el mercado, el mundo financiero y las relaciones de contenido económico entre individuos y Estado.

Esa limitación esencial explica a su vez que la opción por el derecho penal o por el derecho administrativo sancionador en materia económica no sea clara. Si exceptuamos aquellos delitos que obedecen a resoluciones supranacionales, o aquellos otros que tienen ya carta de naturaleza en el derecho penal comparado (p. ej., usurpación de modelos industriales, administración desleal, falsificación de balances) en lo demás todo es opinable, como bien se refleja en la breve historia del delito fiscal, p. ej., cuestión en la que la Administración Tributaria no ha cedido jamás el criterio de persecución al sistema ordinario de justicia penal.

Posiblemente sea excesiva la denominación de **delitos económicos** o **de derecho penal económico**, cuando se trata de figuras que solamente actúan sobre aspectos del funcionamiento del mercado, la relación de los ciudadanos con el mismo, la protección de reglas mínimas de lealtad entre empresas y de estas con la ciudadanía, la tutela de la credibilidad de las actividades de las personas jurídicas y la necesaria confianza en las informaciones económicas y en las instituciones financieras.

Cuestión distinta es el alcance de los problemas penales que se plantearán en los delitos económicos. Las cuestiones dogmáticas más importantes (la**imputación de decisiones**, en cabeza, y las **reglas internas de conducta**) inciden en la actividad de empresas o grupos de poder económico, esto es: en importantes protagonistas de la actividad del mercado que pueden verse en la condición de imputadas a causa de la actuación de personas concretas y eso lleva a problemas que a través de una especie de vía de retorno afectarán a las ideas a la interpretación de los delitos económicos: es evidente que el ápice de la determinación de la responsabilidad de una persona jurídica que se produce por *impregnación* de lo que ha hecho una persona física, está en la relación entre las personas físicas actuantes y esas personas jurídicas. Es patente que se habrá de perfilar la clase de persona que puede provocar esa derivación al grupo, su cantidad y **calidad** de poder, pues aunque se exija un poder mínimo como regla, hay que contemplar la diferencia entre el poder jurídico formal y el poder material, tema que se reproduce en el marco de la interpretación del concepto de **administrador**.

3. Legislar para la delincuencia económica

Cuando se acomete la tarea de legislar en materia económica, los problemas que aparecen son de dos clases: la selección de los objetos y modos de la intervención penal, que será el que ocupa nuestra particular atención, y el componente social y humano en el que ha de actuar esta parte del derecho penal, lo cual a su vez puede llegar a condicionar la utilidad y la eficacia.

3.1. Los factores humanos y sociales

Ciertamente, los designados como "**delincuentes económicos**" no ofrecen ninguna de las características habituales del delincuente común, pues en relación con ellos carece de sentido hablar de cualquiera de los rasgos habitualmente tomados como definitorios de la personalidad criminal (inadaptación, pobreza, incultura, abandono familiar o carencia de familia, enfermedades mentales desconocidas, etc.).Al contrarío, podría decirse, incluso, que se trata de personas con un grado de integración normal, o quizá particularmente bueno, en la vida social, con independencia de que los "**costes materiales**" de esa integración puedan estar en el origen motivacional de su conducta. El delincuente económico es, siempre en estos análisis, alguien que puede aparecer, hasta que es detenido, incluso como un triunfador en los negocios y en sus relaciones públicas.

En todo caso, y desde un principio, flota la idea de que este tipo de delincuente es diferente, pero no solo por la clase de delitos que puede cometer, sino porque su personalidad no se parece en nada a la del delincuente común o "tradicional".

Pero además surge un problema esencialmente jurídico que desde siempre ha acompañado al estudio de esta clase de delincuencia: todo lo dicho para el delincuente común en materia de imputabilidad, culpabilidad, peligrosidad, función y fundamento de la pena, fin de esta, etc., ha de ser revisado porque los presupuestos humanos en que se apoya esa configuración del derecho penal carecen de validez o de sentido al afrontar la delincuencia económica. El delincuente económico no es un ser marginal, ni atávico, ni falto de inserción social, ni ignorante, y, por lo mismo, todo lo que se pueda sostener de las reacciones penales apoyándose en esa imagen previa –por ejemplo, la casi totalidad de las características de los tratamientos penitenciarios– decae o queda sin sentido cuando se predican frente a esa clase de sujetos. Y es así porque a poco que repasemos las categorías esenciales de la teoría del delito en cuanto al juicio de la persona (imputabilidad, posibilidad de conocimiento del injus-

Cesar Lombroso

La cuestión, o la preocupación no son nuevas. Anecdóticamente recordemos que ya el precursor de la Criminología, Cesar Lombroso, llego a denunciarla al final de su vida cuando siendo anciano fue requerido para informar desde su condición de médico forense sobre las personalidades de los acusados en el fraudulento crac de la Banca de Roma acaecido hacia 1908, y no tuvo otro remedio que declarar que todos ellos eran sujetos perfectamente normales y carentes de cualquiera de las características antropológicas o psíquicas del delincuente, que él mismo había descrito desde la aparición de *L´uomo delinquente*.

to, exigibilidad de conducta, capacidad para actuar de otro manera) es fácil notar que se conciben sobre el presupuesto, muchas veces no confesado, de que estamos ante un sujeto "diferente" por muchas razones.

3.2. La concreción penal del tema de la delincuencia económica

Aun reconociendo y reteniendo las peculiares características socio-criminológicas de esta clase de delincuencia –características sobre las que tendremos que regresar una y otra vez–, es preciso, obligado, y posible trazar un perfil o concepto de lo que debe entenderse **penalmente** por **delincuente económico** en orden a fijar una política criminal.

Una primera definición, de escasa utilidad criminológica y político-criminal, consistiría en tener como tales a los que cometen delitos legalmente considerados como "económicos". Eso sería de poca utilidad ante todo porque no existe, en el estado actual de nuestra legislación al menos, una clara precisión de cuáles son los delitos que deben tener esa condición, como después veremos, toda vez que las fronteras, si ha de haberlas, con los delitos patrimoniales son a veces muy imprecisas. Pero, además, la sola naturaleza de la tipicidad realizada puede no ser suficiente para determinar el "**tipo humano**" de delincuente económico, que se ha de caracterizar por datos de índole sociológica. Cualquier ciudadano, por ejemplo, puede cometer un delito fiscal o un fraude de subvenciones, delitos que sin duda se consideran como "económicos", pero quizá eso no bastaría para entender que criminológicamente estamos ante un "**delincuente económico**". Este concepto, en cuanto objeto de problema, viene mejor dado con otra caracterización:

1) El delincuente económico busca el aprovechamiento personal a través de las fisuras que pueda ofrecer el mercado, comprensivo de relaciones mercantiles, financieras, societarias, o quebrando las reglas de este. Su primera característica viene dada pues por el marco de actuación en que se mueve.

2) El daño patrimonial causado a otras personas o a la comunidad o al Estado aparece como fruto de la conducta anterior. Si quisiéramos establecer analogías las podríamos encontrar con la estructura del delito culposo: este no es solo la producción de un daño a personas o cosas, sino que ese daño ha de ser además consecuencia de la infracción de unas normas de cuidado establecidas precisamente para evitarlo. El delito económico, por lo tanto, no es solo la producción de un daño patrimonial por un sujeto que actúa en el mundo financiero o empresarial, sino la causación de ese daño mediante la violación de las normas o usos que regulan esa actividad. Una **apropiación indebida** "**común**" –en la que indudablemente el autor viola deberes establecidos por el derecho privado– se diferencia de un delito societario cometido por un administrador, por ejemplo, precisamente por ese distinto ámbito normativo o de obligaciones que se establece.

3) Ese ámbito normativo especial tiene un sentido, que es el que a su vez colorea a la delincuencia económica misma. Se trata de reglas establecidas para preservar el normal funcionamiento del mercado y de las relaciones microeconómicas (financieras, societarias, de competencia, etc.). Por lo tanto, hay que dejar de lado cualquier pretensión de definir el delito económico como aquel que atenta contra el "**orden económico**" o el sistema "económico", pues esas expresiones, así utilizadas, resultan carentes de sentido.

4) Las grandes cuestiones de la economía no pueden venir afectadas por actuaciones individuales, pero lo que es realmente importante es que escapan claramente a la capacidad de actuación o de control del derecho penal, e incluso a cualquier **pretensión de** "**dominación**" a través de normas jurídicas.

Partiendo de todas estas consideraciones se pueden establecer los perfiles que técnicamente separan y caracterizan a los **delitos económicos** frente a los **delitos patrimoniales**:

- Una primera observación es que en los delitos patrimoniales prima el carácter individual del bien afectado (el patrimonio) y con ello, de los perjudicados, que son personas concretas, una sola o muchas –eso no es significativo en principio– que resultan perjudicadas. Frente a ello, en los delitos económicos se dañan principios rectores del mercado que, por lo mismo, son supraindividuales.

- Sería absurdo suponer que en los delitos económicos no hay también componentes de lesión patrimonial como consecuencia más o menos inmediata (por ejemplo, una competencia desleal acabará dañando los intereses económicos de otras empresas), pero la pérdida de ganancias no es el objetivo inmediato ni la esencia de la conducta injusta.

- La condición de delito económico se concede a veces a delitos que, como los **societarios**, afectan a la vida interna de las sociedades de capital y alguna otra. Esa calificación es excesiva en algunos casos. Ciertos delitos societarios, como por ejemplo ofrecer información financiera falsa y así lograr inversores, son claros delitos económicos, pero no así otros, como pueda ser la imposición abusiva de acuerdos de la mayoría sobre la minoría, que en último extremo no es más que un conflicto interno que en el fondo debería resolverse con las reglas del derecho mercantil.

Los delitos económicos, por lo tanto, de acuerdo con un criterio **estricto** son conductas que afectan a parcelas del funcionamiento del mercado, cuyo orden o credibilidad es algo que interesa a las empresas que concurren en él y a los ciudadanos que pueden ser inversores o clientes, pero que, sobre todo, saben que el buen funcionamiento del mercado y de sus protagonistas acaba afectando al interés de todos (pensemos por ejemplo, en lo que significa el correcto comportamiento de las empresas bancarias o de crédito). Pero sería absurdo creer que es posible una frontera nítida, pues ni los delitos patrimo-

niales son ataques a bienes jurídicos exclusivamente **individuales**, ni los económicos afectan únicamente a intereses sociales y metaindividuales. Esos respectivos caracteres solo han de tener la condición de **preponderantes**. Eso ha de ser además tenido en cuenta para cuando se deba precisar quiénes son los perjudicados en cada uno de esos delitos.

P. ej., los trabajadores de una empresa abocada a la desaparición tras quiebra fraudulenta son perjudicados (de ese delito patrimonial) aunque concretamente ellos hayan cobrado hasta el último salario, pues perderán su trabajo. Quien bajo engaño adquiere una costosa maquinaria falsificada y de mala calidad es perjudicado como lo es el titular de la marca usurpada (delito contra la propiedad industrial).

En resumen: la calificación de un delito como económico no es fácil porque hay zonas mixtas que participan de ambas dimensiones (patrimonial o individual y económica o supraindividual). Pero en realidad todos esos delitos dudosos en su naturaleza son en realidad de una sola clase, aunque incidan en otros intereses, y eso es preciso recordarlo para determinar cuál es el bien jurídico y cómo se produce la consumación y, en la misma línea, tener un criterio para determinar cuándo se ha de apreciar un concurso de delitos.

Por ejemplo: decir que los delitos de publicidad son estafas intentadas conduciría, en buena lógica, a ver innecesaria esa infracción y, por lo tanto, a suprimirla. Pero en ese caso se olvidaría que la publicidad aspira a formar la opinión de los consumidores, lo cual es una valor supraindividual y de mercado.

4. Los problemas que afronta la legislación penal económica: aleatoriedad y riesgo permitido

La construcción y aplicación del derecho penal económico topa con **problemas "estructurales"** que son esgrimidos por muchos a modo de argumento definitivo para probar la inutilidad o inviabilidad de esta parte del derecho penal, y lo cierto es que son problemas importantes, que veremos por separado.

4.1. La "funcionalidad" del concepto de delincuente económico

Los aspectos problemáticos del concepto de delincuente económico no acaban con las dificultades hasta ahora señaladas en orden al establecimiento de una delimitación de ese concepto. Al margen de las cuestiones referentes a los perfiles criminológicos y a los presupuestos jurídico-positivos que fijan el ámbito de actuación de esa delincuencia, que son de indudable importancia, aparecen otras que afectan, según algunos, cuestionando a la base misma que permite declarar la sustancial injusticia de su comportamiento.

Nadie duda de que sea materialmente injusto que una persona arruine a otros a través de una jugada en bolsa, por ejemplo, o que les despoje de sus ahorros ofreciendo inversiones maravillosas. Y ciertamente, cuando esas cosas se producen al hilo de un plan delictivo diseñado y preciso, no hay problema alguno en precisar el origen del injusto y sus perfiles y, con ello, el fundamento de la reacción punitiva.

Pero se ha dicho demasiadas veces que la diferencia entre un delincuente económico y un empresario genial residía exclusivamente en la suerte, llamando así al éxito en una especulación de cualquier clase, que por lo mismo puede conducir a dejar un reguero de personas con sed de justicia o con agradecimiento infinito por los beneficios obtenidos. Sin duda el derecho penal no puede premiar al aventurero con una patente de corso que le permita circular libremente por la vida financiera en la convicción de que existe una verosímil posibilidad de triunfo en sus actividades, ni tampoco puede dejar de reaccionar ante el fiasco. Pero no puede ser "**totalmente**" **indiferente** a ese factor suerte o desgracia, pues si lo es, recupera indirectamente la responsabilidad por el resultado o la objetiva, lo que sucedería si la pena se aplicara a un sujeto que sustancialmente había hecho exactamente lo mismo que el triunfador, pero sin fortuna. Esta contingencia la examinaremos después, pero ciertamente no caeremos en la ingenuidad de decir que el derecho penal se tiene que abstener de actuar, aunque sin duda ha de medir bien el fundamento humano y material de su intervención, pues así lo exige el **principio de *ultima ratio***.

4.2. El riesgo de responsabilidad objetiva

Acabamos de hacer mención al **riesgo de recuperación de la responsabilidad objetiva**. Esto sucedería si el derecho penal asumiera, en materia de delincuencia económica, una especie de máxima del siguiente tenor:

"Delito será lo que mal acabe".

Pongamos un ejemplo sencillo:

Un administrador desleal dispone de información privilegiada sobre el propósito de su empresa de adquirir las acciones de otra, y, aprovechándose de ese conocimiento, procede a adquirirlas él mismo a través de un testaferro, para así realizar un negocio ganando la diferencia entre el precio por el que compra y el precio por el que vende. Eso sería un delito de uso de información privilegiada, según el CP; pero supongamos que la empresa, a la que debía lealtad, decide después no comprar esas acciones porque el precio ha dejado de interesarles al haber aumentado, ¿diremos por eso que no ha habido conducta delictiva?; o bien, la empresa compra, el administrador desleal hace sus negocios, pero al día siguiente una tercera empresa les ofrece un precio dos veces superior por esas mismas acciones.

Parecería que se podría decir que la cosa acabó bien para todos. Y de nuevo viene la pregunta, ¿acaso no hubo actuación delictiva, aunque fuera difuminada por la buena fortuna posterior? El instinto jurídico nos inclina a rechazar que la existencia de un delito pueda depender de un golpe de fortuna que diluya la significación de una conducta, y nos lleva a exigir una valoración de las cosas *ex ante*, puesto que *ex post* pueden resultar de otro modo y si fundamos la reacción penal en el resultado final quizá no nos acerquemos a la responsabilidad por el resultado, pero lo que con toda seguridad haremos será, además de hacer depender la pena de factores aleatorios, despreciar enteramente el contenido del desvalor de acción, y no se olvide que, por ese camino, se podría llegar a sostener que la tentativa no ha de castigarse porque, a la postre, no ha pasado nada.

Si un sujeto, y sigo con los ejemplos, vende un inmueble que aún no le pertenece y con ese dinero se lo compra por un precio menor al dueño real, ganando la diferencia, pero dejando al dueño convencido de que ha hecho una operación estupenda, el derecho penal se encontrará con que quien simplemente es el autor de una estafa inmobiliaria, cuyo perjuicio sería ciertamente difícil de precisar, es "socialmente" un tipo muy hábil.

4.3. La asunción del componente de riesgo

Nos encontramos pues ante un dilema que la vida diaria muestra fácilmente, y es que el factor suerte es un elemento caracterizador, aunque no siempre, por supuesto, de alguno de estos delitos. ¿Acaso eso desautoriza la actuación del derecho penal, o la torna injusta o discriminatoria? No lo creo, al igual que quien conduce un coche de modo imprudente y, por eso mismo, mata a una persona, no puede defenderse diciendo que otros corrían tanto como él pero tuvieron la suerte de que no se cruzó ningún peatón.

Por lo mismo, quien "circula por el sistema económico o financiero" produciendo riesgos para los intereses de otras personas o del Estado o las administraciones públicas ha de asumir la **eventual** responsabilidad criminal en la que puede incurrir, y al decir "eventual" señalo, de pasada, a la actitud subjetiva que, en términos de dolo, puede adoptar el sujeto en estos casos. Así pues, el escrúpulo, o abierta crítica, que en ocasiones se oye en relación con esta materia ha de ser rechazado, por lo que tendría de incongruente incluso con otras estructuras de responsabilidad penal.

Queda no obstante una pregunta por contestar: ¿por qué el derecho penal no ha de actuar cuando "todo concluye felizmente" a pesar de que el autor haya violado las normas de comportamiento propias de la actividad económica de que se trate? La respuesta creo que es evidente:

> Al margen de las dificultades de persecución que en la práctica se darían, pues costaría encontrar al perjudicado o denunciante, y sin entrar en que otras normas jurídicas no penales puedan actuar, el derecho penal se ha de quedar al margen en nombre del principio de *ultima ratio*, a pesar de que el "**desvalor de acción**" ya se haya producido, lo cual es algo que sucede en relación con otros bienes jurídicos diferentes del orden socioeconómico, salvo aquellos casos en los que el legislador decide "adelantar la protección" estableciendo delitos de peligro.

Que en esta clase de delitos la actuación punitiva solamente se produzca no ya cuando se perfeccione el desvalor de resultado, sino **cuando el perjuicio "material" sea visible**, no ha de ser, en sí mismo, motivo de asombro o lamento, puesto que es una manera habitual de producirse en la práctica el principio de intervención mínima en cuanto a "persecución" (que es cosa distinta de la presencia legal formal), y, además, no es un fenómeno privativo de la delincuencia económica, sino que en términos generales se puede apreciar una clara diferencia de volumen entre las conductas "típicas y antijurídicas" y las que efectivamente llegan a ser perseguidas como delitos.

5. La técnica jurídica y los delitos económicos: el subsistema

Por problemas como los anteriormente descritos y otros, se ha dicho que los delitos económicos, por las diferentes especializaciones técnicas que requieren, componen un auténtico subsistema penal, en el que habría una "parte general" especial para los delitos económicos y de hecho una importante reformulación de la teoría del delito para adecuarla a estos hechos.

En modo alguno es una cuestión nueva la de que ciertas materias ofrecen tal cúmulo de aristas que resulta muy difícil someterlas a los principios "normales" del derecho penal, o de la teoría jurídica del delito. Se ha criticado doctrinalmente, incluso, la supuesta abdicación del derecho penal, traducida en la renuncia a sus garantías fundamentales, cuando se trata de ciertos problemas, citándose al respecto los casos del terrorismo y el narcotráfico, pues para ambos grupos de delincuencia se plantean soluciones que escapan de las reglas ordinarias, aunque no siempre sean excepciones para "empeorar" (basta pensar en la eficacia que se concede al arrepentimiento eficaz).

Los delitos económicos presentan, tanto en su criminología como en la política criminal para afrontarlos, pero, particularmente, en su regulación legal, características propias lo bastante significativas como para poder hablar de un subsistema. Posiblemente lo mejor hubiera sido dedicarles una ley penal especial, aunque soy consciente de las supersticiones usuales en contra de esa vía legislativa, que tiene muchas ventajas.

> Los defensores, muchos, de la conveniencia de que toda la materia penal económica se trate en leyes penales especiales, es decir, fuera del Código penal común, se apoyan precisamente en esa especialidad.

Sin embargo, hay dos maneras de hablar de especialidades:

1) Especialidades materiales, que son las dimanantes de la propia naturaleza del objeto de regulación. Es verdad que la complejidad técnica de muchas de las cuestiones tratadas hace que el derecho penal tenga que ser subsidiario o complementario de otras leyes, ya que los conceptos usados por la ley penal son en su totalidad de carácter normativo y, además, particularmente complejos. Por ello, según algunos, sería conveniente que todo tuviera un tratamiento conjunto de manera tal que las infracciones crimínales fueran la parte repre-

siva penal de aquellas leyes especiales. Según esto, las diferentes leyes que se ocupan de problemas económicos, financieros, de mercado, de tributos, tendrían que ir acompañadas de una **parte penal**.

2) Las especialidades en materia de responsabilidad y pena, que tienen una importancia superior, pues lo anterior, en el fondo, es esencialmente un problema de técnica legislativa, aunque tenga también ciertas facetas político-criminales, mientras que el criterio represor es algo más que eso.

El sistema penal, y volvemos de nuevo a lo que se tiene por "tradicional", está esencialmente concebido sobre la idea de responsabilidad individual (la persona física es la autora del delito) y de una pena que, en una concepción retribucionista, salda la cuenta con el sujeto aislado o bien, en las concepciones que persiguen fines reeducadores o resocializadores, aplica un tratamiento (penitenciario) al sujeto. Pero cuando afrontamos el problema de la delincuencia económica, resulta que en muchas ocasiones la "materialidad humana" de la actuación delictiva ha estado en manos de un grupo, siendo pocas las veces en que se puede atribuir a un individuo aislado. El viejo problema de la capacidad penal de las personas jurídicas –que trataremos después– surge aquí con particular fuerza. Por lo mismo, las soluciones legales para la imputación del hecho o la responsabilidad penal a persona concreta exigen un constante perfeccionamiento.

Claramente es en el ámbito de la autoría y la participación donde se producen los mayores y más **singulares** problemas. La cuestión no es ya solo reducible al tema de quienes han de ser tenidos por administradores de hecho, sino, más allá, se ha de entrar en el complejo problema de la responsabilidad por la toma de decisiones en las grandes organizaciones, cuestión que tampoco se limita a la atribución de responsabilidad penal por decisiones tomadas por un órgano colegiado. Es clara la insuficiencia de las formas de participación tradicionales en relación con empresas o grupos de poder económico: dominio del hecho, autoría mediata, inducción son conceptos del derecho penal individual, y son solo ejemplos. Una aparente vía de solución de problemas parciales ha sido la regulación de la actuación en nombre de otro, que es de por sí una muestra de los límites del derecho penal tradicional.

Por lo tanto, que al parecer haya ámbitos "excepcionales" en el derecho penal moderno no es en modo alguno un "descubrimiento". Y en este contexto se suscita el problema de aceptar que la delincuencia económica integre un ámbito también especial, sin que eso se pueda interpretar como "**ámbito privilegiado**". Veamos qué respuesta cabe.

En primer lugar hay que advertir que la parcela del sistema penal que denominamos "**derecho penal económico**" ofrece defectos compartidos con la totalidad del sistema, como es, especialmente, el defectuoso cumplimiento del

principio de *extrema ratio*, a la vez que se deja en manos del derecho mercantil o administrativo la solución de problemas de mayor gravedad que algunos delitos del grupo.

En segundo lugar, es preciso no extender excesivamente la condición de delito económico: es cierto que los delitos fiscales, o contra la Seguridad Social, o los delitos de funcionarios, como el cohecho, el tráfico de influencias, el uso de información privilegiada, etc., inciden indirectamente en la normalidad del mercado, aunque solo sea por lo que suponen para la igualdad de condiciones, pero no son en sí mismos delitos económicos.

Responsabilidad de las personas jurídicas

Otro tanto sucede con la responsabilidad de las personas jurídicas, que se nos presenta como una espectacular novedad que transforma el contenido del derecho penal económico. Pero es evidente que por mucho que sea su alcance para la actividad empresarial, en modo alguno puede ser tildada de "institución del derecho penal económico" pues pertenece a todo el derecho penal.

Dicho esto, hay que señalar también que la teoría del delito no es "monolítica", sino que cada uno de sus componentes tiene un gran número de versiones o tesis sobre su contenido o significado. Algunos de sus elementos nucleares, como por ejemplo el "**dolo**", no se tiene en pie a fuerza de recibir tantas explicaciones contradictorias. Siendo así, es difícil mantener el título de "teoría", pues eso alude a un mínimo común estable –así fue en su tiempo– que hoy dista de existir, con lo que la diferencia entre "**regla**" y "**excepción**" no es fácil de trazar, y que se asuma que en el derecho penal de nuestro tiempo hay "excepciones" normativas en muchos campos.

No hay que escandalizarse, pues, cuando se oye hablar de una **subteoría** jurídica de los delitos económicos, e incluso de la necesidad de una "parte general" para los delitos económicos, que son ideas que han ganado fuerza a partir de la supuesta o real incapacidad de los principios generales del derecho penal para explicar lo que sucede en esta materia. Para explicar esa incapacidad, se invoca la ya antes mencionada "contingencia" necesaria de lo económico, que se transforma en un obstáculo para la aplicación de categorías estables.

Pero esa es una tesis que en el fondo solamente persigue un objetivo: que el sistema penal no intervenga en los negocios.

Sostener que no es posible construir el dolo o la imprudencia porque el resultado posible de una decisión financiera es a veces impredecible no puede ser argumento más que para renunciar al dolo directo si así procede. Admitir que vivimos en lo que se llama "**capitalismo salvaje**" no puede ser argumento en contra de la posibilidad de acusar a alguien de haber obrado con conciencia de obrar injustamente, por más que se defienda aduciendo que lo hacía espoleado por el ejemplo de los demás y que el "tonto sería el último".

6. Las penas de los delitos económicos

La **imposición de la pena al delincuente económico** "persona física" presenta otras dificultades, o provoca discusiones, variando según la clase de pena de que se trate (pecuniaria, privativa de derechos, privativas de libertad):

6.1. Las penas privativas de libertad

El debate sobre la utilidad de las penas privativas de libertad en relación con la delincuencia económica es, sin duda, el que presenta aspectos más ásperos y contradictorios, reproduciendo en parte la "cuestión diferencial" entre la delincuencia económica y la delincuencia común o tradicional. Las particularidades del tipo de delincuencia que nos ocupa reaparecen, y también aquí resurgen los deseos de renunciar a los principios que, en términos generales, se defienden como útiles o convenientes en lo político-criminal.

Por supuesto, no nos estamos refiriendo a las ya comentadas dificultades técnicas para imputar a una persona física los actos externos de una persona jurídica. Una vez que se haya realizado esa operación jurídica, si es que es precisa –pues en otros casos el delito económico puede ser cometido por persona física sin relación con sociedades o empresas–, nos situaremos en el punto problemático al que nos referimos: la imposición de una pena privativa de libertad por el delito económico cometido. Ello no revestiría problema –al menos, problemas particulares– cuando se trate de penas de larga duración, pero sí cuando se haya de imponer una pena de corta duración.

Como es sabido, desde hace tiempo la ciencia penal europea, así como los códigos más modernos, han tomado una posición contraria a la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración. De ellas se dice que sus defectos e inconvenientes superan ampliamente a las hipotéticas utilidades que pueda tener. En el fondo lo que sucede es que las penas privativas de libertad, en términos generales, no han alcanzado los ideales que en su nacimiento pretendieron –camino de reinserción, etc., cumpliendo funciones de prevención–, sino que la contaminación penitenciaria produce más riesgo de profesionalización en la delincuencia, además de que el ideal de reinserción, tras la estigmatización penitenciaría, se muestra aún más alejado. Es cierto que en relación con los delitos graves, las necesidades de prevención especial obligan a disponer de la privación de libertad, pues el aseguramiento de las condiciones mínimas de convivencia así lo imponen.

Pero cuando esa inexcusable necesidad decae, porque la gravedad, en términos de "**peligrosidad del sujeto**", también decrece, y la pena imponible es de las consideradas "cortas", se plantea, y en muchas legislaciones se acepta, que en lo posible se evite su ejecución efectiva, toda vez que su sustitución por

reacciones no privativas de libertad brinda la posibilidad de ofrecer al sujeto una oportunidad de rehabilitación mucho más verosímil que la "reeducación" en la cárcel. No concurriendo claras necesidades de prevención que obliguen a privar de libertad, la sustitución de la pena de prisión por otras, eventualmente acompañada de unas normas de conducta, ofrece una perspectiva de recuperación mucho mayor que una corta estancia en prisión.

Naturalmente, la sustitución de las penas cortas de prisión se propugna para sujetos en los que, además de la menor gravedad del delito cometido, concurran otras circunstancias.

Así, por ejemplo, el art.88 del CP dispone la sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años (por multas o arrestos de fin de semana), a los delincuentes "no habituales", dadas las circunstancias personales del reo, su conducta, el esfuerzo para reparar el daño causado, y la naturaleza del hecho.

Lo que acabo de exponer expresa en esencia el estado de opinión dominante en torno al problema de las penas cortas y la sustitución de las mismas (figura que no debe confundirse con la condena condicional), opinión que es unánime en sostener que la privación de libertad de corta duración es perjudicial y se ha de evitar en lo posible. Pero esa unanimidad desaparece cuando se trata de la delincuencia económica, pues un sector de penalistas entiende que la pena corta de prisión es particularmente adecuada en la represión de esta clase de delincuencia. Veamos las razones, y si son atendibles, adelantando nuestra postura contraria a los argumentos que se aducen:

El debate parte del conocido hecho de que el delincuente económico no es un individuo precisado de "**resocialización**". Al contrario, suele disfrutar de un buen grado de integración social. A renglón seguido se señala que el rechazo a las penas cortas de prisión obedece a que se consideran perjudiciales o contraproducentes para el ideal de recuperación del sujeto, y que, por eso mismo, conviene evitarlas en lo posible, a cuyo fin se disponen en los códigos reglas de sustitución de la pena corta. Pero el discurso se abandona cuando se arriba a la delincuencia económica, ya que a esta clase de delincuencia "no le impresiona" ni la pena pecuniaria ni la pena privativa de derechos, siendo la privación de libertad la única amenaza que puede contramotivar al eventual delincuente. El argumento de los inconvenientes para la resocialización decae ante su evidente superfluidad en delincuentes que no tienen esos problemas. Por lo tanto, y así culmina el razonamiento, la renuncia a la pena privativa de libertad de corta duración ha de postularse para toda la delincuencia con la excepción de los delincuentes económicos.

No hay ninguna razón *a priori* para sostener que a la delincuencia económica se le ha de sustituir "siempre" la pena corta, pero tampoco existe motivo alguno para decir que no se le ha de sustituir "nunca", pues ambas hipótesis son incompatibles con lo que se estima como una facultad. Es cierto que no existe el temor de la disocialización o el contagio penitenciario, pero también es cierto que el delincuente económico puede haber tenido un buen comportamiento

postdelictual, o que el delito cometido no haya suscitado la suficiente alarma como para explicar la aparición de sentimientos de necesidad de prevención. Lo que resulta en todo caso atávico, cuando no demagógico, es regresar a cantar las virtudes de la represión por sí misma en nombre de una **función "intimidatoria" de la pena**. Indudablemente esa función la tiene todo el derecho penal, pero la ejecuta cuando no hay otro remedio; y si la delincuencia económica puede ser atacada con penas diferentes de la privación de libertad –eso es posible y hace falta solo un poco de imaginación– no es admisible una reivindicación de la pura represión, escindiendo el derecho penal entre una manera de actuar y de justificarse para la delincuencia clásica, y otra para la delincuencia económica, en la cual se renunciaría a la bondad de los principios o ideales sostenidos antes vigorosamente.

Así pues, no es admisible un planteamiento que apriorísticamente cierre la puerta de la sustitución de la pena corta a la delincuencia económica. Es más, todo este debate pone de manifiesto un preocupante estado de cosas. Mientras que se sostiene firmemente que la privación de libertad es un remedio tosco e insatisfactorio, del que en ocasiones no se puede prescindir (especialmente en los casos de ataques a los más importantes derechos de la persona, como la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual), pues razones de privación hacen inevitable acudir a ella (la repetida "**amarga necesidad**"), de pronto rebrota la tentación de renunciar al progresivo refinamiento del derecho penal en favor de la creencia en las virtudes de la represión. Y eso ha de rechazarse. La pena corta debe evitarse siempre que sea aconsejable o posible, ya sea el delito cometido "clásico" o de carácter económico.

6.2. Las penas pecuniarias

Las **penas pecuniarias** son habitualmente criticadas. De ellas se dice que tratan de manera desigual a pobres y a ricos, siendo, por lo tanto, la más discriminatoria de las reacciones penales. Ello no obstante, en la doctrina europea se considera la multa como una pena "con gran futuro" en el camino de la sustitución de las penas cortas de prisión. Naturalmente, ello exige una revisión profunda del modo de estructurarse legalmente esta clase de pena, a fin de obviar en lo posible las críticas mencionadas. La proporción entre la multa y las posibilidades económicas del sujeto; la relación entre la multa y la entidad del mal causado; los modos de cumplimiento de la obligación impuesta por la multa, así como las soluciones subsidiarias en caso de voluntario incumplimiento, se sitúan en esta línea de actuación.

Pero ni contando con la mejor regulación se evita que se critique su utilidad en delitos económicos (y lo mismo sucede con los delitos medioambientales y urbanísticos) pues el coste de la multa puede ser computado como gasto necesario en la ejecución de la actuación ilícita, perdiendo en tal caso su carácter

disuasorio o contramotivador del delito. Pero se ha de rechazar la tentación de descalificar la utilidad de la pena de multa en cuanto que se relaciona con personas o grupos de capacidad económica superior a la generalidad.

6.3. Las penas privativas de derechos

Las penas **privativas de derechos** plantean problemas de otra naturaleza. Sin embargo, debemos avanzar que las privaciones de derechos imponibles a personas físicas o jurídicas son las reacciones penales que ofrecen la mayor utilidad o eficacia en la lucha contra esta clase de delincuencia. Se debe, no obstante, realizar algunas precisiones sobre la razón de ser de esta afirmación, para, posteriormente, diferenciar la función *ad intra* del mundo financiero o *ad extra*, frente a la ciudadanía, que han de tener estas sanciones.

Cuando señalaba las características socio-jurídicas de la delincuencia económica, decía que, al igual que sucede con la imprudencia, el delincuente económico no agrede al patrimonio de otros directa o subrepticiamente, sino utilizando mecanismos del mercado en el que está participando o interviniendo. Estos mecanismos son de interés general, y precisamente en eso reside la diferencia conceptual entre los delitos económicos y los meros delitos patrimoniales (al margen, lógicamente, de que el respeto a la propiedad ajena sea también de interés general). Partiendo de esta consideración, la reacción punitiva se tiene que orientar, por claras razones de prevención general y especial, a la preservación futura del buen funcionamiento de las relaciones económico-financieras, impidiendo a personas o grupos su participación en ellas en cuanto hayan demostrado su falta de respeto a las reglas de conducta que se han de observar. El camino para alcanzar ese objetivo es la imposición de penas de inhabilitación que versen sobre la condición o clase de actividad empresarial que el sujeto estuviera utilizando para la comisión del hecho.

La realización práctica de estas ideas no es tan sencilla como pudiera parecer. En el CP podemos apreciar cómo las penas de inhabilitación para la profesión aparecen expresamente señaladas para los administradores de hecho o de derecho de las sociedades que hayan cometido delitos societarios, que son distintas especies de deslealtades. Se trata por tanto de penas principales acumuladas a las otras que se puedan imponer por esos hechos, que claramente tienen una significación "interior" para la vida de las empresas o grupos financieros, al margen de que, como es lógico, concurra la afección de bienes jurídicos de interés general, ya que, de no ser así, no se explicaría la intervención del derecho penal. Bienes jurídicos que se resumen en la necesidad de que esas personas jurídicas funcionen sin ser perturbadas desde dentro, tanto por el interés de sus socios como por el de terceros, en el convencimiento de que su actuación es buena y conveniente para la sociedad como protagonistas que son de la actividad económica.

Pero los delitos societarios o financieros no agotan el campo de los delitos económicos, con lo cual el razonamiento anterior serviría solo para un limitado número de casos. El problema reside en que en la política criminal actual, al menos en España, las penas privativas de derechos continúan teniendo una función, finalidad y contenidos vetustos, por no decir desorientados, y, en todo caso, pacatos o poco imaginativos, siendo así que cuando, como ahora sucede, se quieren encontrar remedios útiles en la lucha contra la delincuencia evitando en lo posible el recurso a la privación de libertad, las privaciones de derechos ofrecen ventajas que no han sido debidamente valoradas, quizá por el temor a que puedan ser tomadas como reacciones "poco enérgicas".

Sucede así algo parecido a lo que ocurre en el ámbito de los delitos relativos a la función pública, salvando ciertas distancias. En estos, como es sabido, las inhabilitaciones aparecen siempre como penas principales expresamente impuestas al autor del hecho, incluso, en muchos casos, no se señala pena privativa de libertad , lo que aumenta la significación de esa sanción que, en esencia, supone la pérdida temporal o definitiva de la carrera o empleo público. Pues bien, hay muchos defensores de la idea de que los delitos cometidos en el ámbito de la función pública, **y no solo los relativos a la corrupción**, lleven aparejada "siempre" pena privativa de libertad, por estimar que la pérdida del empleo público es una consecuencia demasiado benigna. Olvidan, los que eso dicen, que esa consecuencia será, al final, la única o la que más sufrirá el funcionario, además de ser la que tiene mayor fundamento desde el punto de vista de las necesidades de prevención.

En los delitos económicos creo también que aun admitiendo que no siempre estamos en condiciones de prescindir de la pena pecuniaria o de la privación de libertad (las razones que se aducen en defensa de esta última nos llevaría a otros ámbitos polémicos, que incluyen criterios "comparativos" supuestamente celosos de la equidad) las prohibiciones de reanudar actividades mercantiles o empresariales, personalmente o como socio de otro, durante tiempos determinados, así como las más concretas (contrataciones, subvenciones, fundación o constitución de sociedades anónimas, licencias de actividades industriales o mercantiles, etc.) son **seguramente las armas más eficaces** en la prevención de este tipo de comportamientos, y las críticas que consideran esas reacciones como "blandas" son injustas, cuando no jurídicamente atávicas, aunque debamos advertir que el campo de las inhabilitaciones empresariales o de derechos económicos está todavía falto de un desarrollo o perfeccionamiento; pero lo primero es conferirle un protagonismo que hoy aún no tiene.

7. Los delitos económicos en la ley penal española

Se encuentran **principalmente** tipificados en el título XIII, del libro II del Código penal, rubricado como delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Pero hay delitos significativos para lo económico que se encuentran regulados en otros títulos.

7.1. Los delitos económicos del título XIII del Código penal

Para decidir cuáles son estos, lo normal es comenzar por elegir los delitos contenidos en el título XIII del CP, que se consideran económicos, pues la rúbrica del título así lo impone ("delitos contra el patrimonio y contra el **orden socioeconómico**"), aunque luego internamente no precise cuáles han de ser esos concretamente.

El tema puede parecer baladí, solo que quien así opine deberá, consecuentemente, renunciar a apreciar cualquier atisbo de diferencia de sentido (entre patrimoniales y económicos) que haya de plasmarse en la interpretación de los tipos de delito. Lo antes dicho sobre el carácter mixto es muy visible en relación con los delitos de alzamiento y concurso doloso de pagos[1]. En los delitos contra la propiedad intelectual, aun naciendo de bienes individuales fundamentales, como el derecho a la creación intelectual, se produce una transformación en pro del carácter de la creación como objeto del mercado a cuyas reglas ha de someterse.

(1)Para este se anuncia en la actualidad una profunda reforma, aunque está por ver si se llevará a cabo.

Más discutible es el carácter mixto de los **delitos contra la propiedad industrial**: se produce una confluencia de bienes jurídicos individuales, que pronto se ve predominada por la irrupción del derecho administrativo (el régimen de la propiedad industrial) inspirado ya en un modelo de regular el mercado y la competencia.

Hay unanimidad, en cambio, en otorgar carácter económico a los **delitos relativos al mercado y los consumidores** y a los **delitos societarios**. Pero muchos penalistas acuden después a criterios patrimoniales para interpretarlos, con lo cual esa posición de principio no sirve de nada.

Finalmente, merecen mención especial los delitos societarios o financieros.

7.2. Otros delitos económicos

Reina acuerdo también en sostener que los delitos económicos no están solamente en el título XIII, aunque sea ese título el que los tenga en su rúbrica, sino que es necesario contemplar los delitos de contenido o de impacto económico **no comprendidos en el grupo** aunque sean delitos contra bienes ju-

rídicos, que son diferentes de los propios del orden del mercado y el sistema económico, pero que, sin perjuicio de eso, de un modo más o menos directo acaban incidiendo en valores económicos.

Con esa perspectiva, se pueden incluir en el grupo de los delitos económicos, por su trascendencia económica, los siguientes:

a) Los delitos relativos al medio ambiente, pues en su mayoría pasan por una política empresarial que desprecia la previsión del daño ambiental, lo cual supone un indudable ahorro de costes y aumento del beneficio, en detrimento del interés ambiental, del valor mismo del lugar afectado, y de las condiciones de una competencia justa, pues coloca en desventaja financiera a las empresas respetuosas con el ambiente.

b) Los delitos de funcionarios con transcendencia económica, entre los que destacan, además de los casos de corrupción en la adjudicación de programas y contratas de ejecución de obras o servicios, privilegiando a unas empresas en perjuicio de otras, el tráfico de información privilegiada.

c) La falsificación de medios de pago (moneda, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje).

En todo caso, en el campo de los delitos económicos, cualquiera que sea el tamaño del grupo que se quiera dar, es preciso tener presente el complejo problema de los concursos de normas o de delitos, pues son muchos los delitos económicos que no se conciben en la práctica sin transitar por el ámbito de otras infracciones.

Mención separada merecen los **delitos urbanísticos** y los **delitos tributarios**, a los que nos referiremos después.

8. Los delitos financieros o societarios en el Código penal español

Los delitos societarios o financieros (capítulo XIII, del título XIII del CP) han venido considerándose como la "esencia" de los delitos económicos, y por ese motivo conforman el grupo de infracciones que ha centrado la mayor atención de la doctrina. Esa especial importancia concedida al grupo es **desmesurada**, ya que estos delitos en esencia afectan al funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, y solo en relación con algunos de ellos es posible ver una dimensión de carácter general, esto es, que pueden causar perjuicios a toda la ciudadanía, y eso puede decirse de la divulgación de información financiera falsa o la ocultación de información a la autoridad inspectora del mercado de valores.

De algunos de esos delitos se ha llegado a decir que son repeticiones de delitos patrimoniales ya existentes y que solo sirven para crear fricciones o concursos con estos últimos. Eso ha sucedido especialmente con motivo de la relación entre apropiación indebida y administración fraudulenta.

Cosas parecidas se dicen a propósito de la relación entre alguno de estos delitos y algunas falsedades documentales. Se discute si tienen un componente necesario de lesión patrimonial, entendida en sentido clásico de disminución del patrimonio anterior al hecho, y desde un concepto **mixto jurídico-económico de patrimonio**.

Sin pretender hacer aquí un estudio pormenorizado de los delitos societarios, señalaré algunos puntos generales o concretos que es bueno tener presente.

1) El primero y de validez general es muy sencillo: los delitos societarios ni son ni pueden ser delitos comunes que tienen como única particularidad que se cometen en el ámbito de las actividades de una sociedad mercantil, pero eso no es verdad. En el marco societario se pueden cometer estos delitos y también delitos patrimoniales comunes. Los delitos societarios golpean, ante todo, a la función y condiciones mismas de la vida interna de las empresas configuradas como sociedades mercantiles.

2) Algunos problemas centrales de los delitos económicos, como es la función del **riesgo en los negocios**, se plantea con fuerza en el más conocido delito societario (el de administración fraudulenta); pero nos remitimos a lo dicho en su momento sobre esta cuestión del componente de riesgo como problema general de la delincuencia económica.

3) El legislador tiene la culpa de algunas confusiones propiciadas por la regulación legal, pues a la vez que se dice que son delitos que tienen carácter económico porque afectan a intereses que pueden ser supraindividuales, luego sucede que la persecución se reserva a instancia del "perjudicado", concepto a su vez equívoco, pues cuesta determinar quiénes son los perjudicados en un delito societario y fijar el contenido del "agravio" lo suficiente como para fundamentar la legitimación procesal.

4) Ha de añadirse la vaguedad del concepto de **interés general** tan cara al legislador español, y que a pesar de ser el fundamento de la persecución de oficio por el fiscal, no se ha concretado nunca de un modo claro y comprensible.

5) Existe un palpable peligro de alternatividad discrecional de las acciones mercantiles y penales por culpa de la técnica del derecho penal que **se superpone a normas de la Ley de Sociedades de Capital** y otras, con lo que parece que la frontera entre los ilícitos mercantiles y los penales está en la libertad de elección de los interesados, lo cual es rechazable y es consecuencia del desprecio por fijar lo que debe ser materia penal y lo que no ha de serlo. En esa línea puede afirmarse, sin temor a dudas, que hay infracciones penales societarias en el CP español carentes de sentido, pues sería suficiente con el derecho mercantil. En cambio, gravísimas conductas que causan grave daño al buen orden del mercado son ajenas al derecho penal.

6) En el campo de la autoría y participación, se discute sobre quiénes pueden ser autores de delitos societarios. La aparente restricción a los **administradores de derecho o de hecho** no responde adecuadamente a la intervención de otras personas. La responsabilidad penal por las decisiones tomadas por un órgano colegiado se deja al albur del criterio de cada tribunal en orden a la aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación.

7) Algunas lagunas son especialmente criticables, como ocurre con la responsabilidad penal por los delitos que se cometan en sociedades en crisis (recientemente hemos podido ver de cerca muchos casos) y la imputación de responsabilidad en esos casos, donde ha de plantearse la extensión de la responsabilidad a sujetos que no pertenecen a la sociedad.

8.1. La significación general de algunos delitos societarios

Una observación crítica que siempre se ha dirigido a los delitos financieros o societarios del CP español es su aparente restricción de ámbito, de modo que parece que se trata de "**problemas internos de los socios**", ajenos a los intereses generales. Y no es así, es más: es intolerable que pueda llegar a aceptarse ese reduccionismo del tema.

Como muestra más destacada hay que señalar dos: la administración fraudulenta de entidades financieras y la difusión de información financiera falsa.

8.1.1. La gestión irregular de entidades financieras

El CP castiga conductas que son inseparables de las causas del mal fin que han tenido diferentes entidades bancarias, de crédito o de ahorro, en España, en los últimos tiempos.

De modo especialmente visible, eso se **puede decir de lo dispuesto en el art. 295 CP:** Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes.... En este caso se aprecia con claridad que para la Ley penal no es relevante la posibilidad de que se trate de los administradores de bancos o cajas de ahorro, y que la consecuencia de esa desviación en su gestión, con abusos de toda índole, dé lugar a una crisis irreversible que acabe con la disolución o absorción de la entidad, y en todo caso, con la necesidad de una intervención financiera que para evitar males mayores deba pasar por inyectar **recursos públicos pertenecientes a todos los ciudadanos** que, además, ven con asombro cómo rara vez se exigen responsabilidades personales a los gestores del desastre.

A partir de esa indiscutible realidad presente en España en nuestro tiempo, es normal que se deba replantear definitivamente la pregunta acerca de quiénes son los perjudicados por la mala administración de un banco que lo lleva a la crisis total, y, en respuesta, colocar a sus socios por detrás de la ciudadanía, y priorizar el interés general sobre el de los de esa relación de personas a las que se refiere el citado artículo 295 CP.

8.1.2. La información financiera falsa

El artículo 290 CP castiga a los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, "que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero", pero con ese laconismo en la descripción de los posibles perjudicados se produce una escandalosa ausencia de respuesta a los graves problemas que ha provocado en nuestra actual experiencia la ocultación de la gravedad del déficit de muchas entidades financieras, dando lugar a la necesaria intervención pública, después de que se hubiera ocultado cuidadosamente el "tamaño del agujero".

Por otra parte, el art. 294 se refiere a los que como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad sujeta a supervisión administrativa, negaran o impidieran la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, y eso no ha sido óbice para que se haya descubierto que un

sinfín de actuaciones y decisiones de **obligada comunicación a la autoridad bancaria nacional**, fueron ocultadas, impidiendo así la intervención o prohibición de las mismas.

La conclusión que se extrae de todo esto es clara:

- El derecho penal no ha servido para nada en la previsión de abusos que han conducido a la gravísima crisis de los bancos y cajas de ahorro españoles.

- No es admisible que los delitos societarios conserven perfiles que los presenten como hechos irregulares que se producen en el funcionamiento de las empresas.

- Es imprescindible crear tipos de delito específicamente dedicados a todas las empresas cuyos desórdenes y mala gestión acaben golpeando a toda la ciudadanía.

8.2. La significación económica de los delitos urbanísticos

Para comprender la trascendencia económica del urbanismo no hace falta un gran esfuerzo. El legislador de 1995 decidió actuar en materia urbanística porque así daba cumplimiento a los mandatos constitucionales correspondientes. La ley penal, ya promulgada, aspira a cumplir con una misión de prevención general. Ciertamente, en el tema del urbanismo muchas son las sensibilidades que se cruzan en torno al suelo y su propiedad y la construcción, en cuanto a labor empresarial generadora de empleo. Los economistas han analizado rigurosamente la relación entre libre mercado, intervencionismo, precios, inflación, consumo, estímulo de la producción, etc. y sería descabellado que el derecho penal quisiera intervenir y controlar toda esa problemática.

Es sabido que las leyes que intervienen en el mercado no son capaces por sí solas de domeñar la realidad del movimiento económico, Pero tampoco es cierto que su incidencia sea superficial. Si se valora una norma que regule horarios o condiciones de la contratación, por citar ejemplos conocidos, es indudable que se contempla una legislación generadora de consecuencias para la actividad económica.

No hay que olvidar que los artículos 45 y 47 de la Constitución obligan a los poderes públicos a velar por la calidad de vida (medio ambiente) y a promover el derecho a una vivienda digna y adecuada, lo que requiere establecer normas para la adecuada utilización del suelo, especialmente para evitar la especulación. Esa competencia no es una "facultad" del Estado sino un "deber", es más, un deber constitucional de "legislar".

La eficacia del derecho penal pasa, en primer lugar, por la solidez del derecho administrativo, el cual a la vez cumple misiones preventivas (en cuanto sistema legal de tutela previa y que debe relegar el derecho penal a la excepcionalidad). La capacidad de actuación del derecho penal ha de descansar en la seguridad jurídica, y eso requiere algo más que la solidez del derecho administrativo: fijar un catalogo de espacios de suelo que sean "en cualquier hipótesis" intangibles para toda autoridad, estatal autónoma o municipal, o particular con pretensión de construir. El derecho penal, en la medida de lo posible, no debe nunca actuar sobre espacios o actuaciones más que en cualquier momento posterior a la realización del hecho.

En otro orden de consideraciones, yendo al importante campo de la homologabilidad de nuestro derecho penal con el derecho de otras naciones europeas, salvando las diferencias que evidentemente se registran, puede señalarse que nuestra opción criminalizadora no es excepcional, pero también es obligado reconocer que el recurso al derecho penal se ha producido allí donde más notable ha sido el fracaso del derecho administrativo, y al contrario.

Vayamos ahora a la realidad. Actualmente estamos envueltos en una crisis económica entre cuyas causas destaca la crisis del sector de la construcción y, en paralelo al hundimiento, al menos temporal, de esa actividad se denuncia el mar de cemento que ha cubierto las costas y otros parajes de España, causando daños irreversibles. Tanto desastre ha sido posible, además, a causa de los abusos sistemáticos cometidos en la más escandalosa impunidad o tolerancia, gracias, en muchas ocasiones, a la corrupta o, por lo menos, desviada conducta de los responsables de velar por el orden urbanístico.

Es evidente que el derecho (administrativo y penal) no ha sido capaz de sujetar decisiones o impedir omisiones delictivas, normalmente en la Administración local, y según muchos, tampoco ha sabido responder adecuadamente, aunque sería grave miopía culpar a las leyes, como si estas fueran la medicina social llamada a prevenir y sanar, más allá de que se puedan y deban examinar las causas por las que el propio sistema legal teórico ha sido inoperante. Hoy se aprecia una actividad visible, aunque tardía, del sistema de justicia penal en casos de corrupción ligados al urbanismo, pero también ha contribuido a ello– y eso es lo más desalentador– la paralización de las actividades en el sector de la construcción a causa de la doble incidencia del estallido de la burbuja inmobiliaria y la crisis económica que alcanza a toda Europa.

Por supuesto que son muy pocos los problemas que exigen y necesitan que la respuesta jurídica pertenezca **en primer lugar** al derecho penal, sin ignorar que la profundidad de la enfermedad hace ilusorio, en buena medida, creer que las armas del derecho pueden ser eficaces para desterrarla. La corrupción en el terreno del urbanismo se ha manifestado a través de un **amplio abanico de fórmulas**, que en un intento de resumirlas podrían ser estas, todas caracterizadas por la obtención de beneficios por los responsables de la Administración: **a)** tolerancia hacia obras ilegales, incluyendo tanto las que son di-

rectamente delitos contra la ordenación del territorio como las que suponen infracción de la legalidad urbanística; **b)** legalizaciones de obras ilegales; **c)** cambios de la legalidad urbanística a fin de hacer posible un proyecto; y, **d)** exigencia de dinero o beneficios por autorizar obras legales.

Cada una de esas acciones tiene una significación jurídica y penal muy diferente, aunque todas puedan reconducirse al ámbito del delito de cohecho. Pero, además de eso, hay que contemplar los problemas desde otros ángulos, y ahí aparecen las conductas, normalmente impunes, de los particulares que no solo hayan cometido el cohecho activo, sino también el delito urbanístico o ambiental que constituía su objetivo. Las posibilidades legales de actuar de los ciudadanos que contemplan esos sucesos son otra fuente de problemas.

La capacidad del derecho penal en estos problemas es limitada, y no solo porque la capacidad del instrumento punitivo sea siempre limitada, sino porque es difícil su intervención cuando no se trata de delitos visibles, y visibles solo son aquellos comportamientos que directamente constituyen delito urbanístico, mientras que aquellos otros en los que la corrupción no tuvo por objeto una obra delictiva sino que versó sobre otras clases de favores, es más difícil el descubrimiento y la persecución. Eso pondrá de manifiesto que para una buena parte de los hechos de corrupción ligados al urbanismo la respuesta no puede ser penal, al menos en primer lugar, sino que pasa por fortalecer los controles democráticos sobre la actuación de las corporaciones locales o, como muchos proponen –sin entrar ahora en las dificultades que eso entraña– la revisión de las competencias que los entes locales tienen en materia de urbanismo, a fin de que no sean libres para dar o negar licencias o cambiar el planeamiento de su término municipal.

8.3. La significación económica de los delitos tributarios y contra la Seguridad Social

El delito fiscal fue introducido en el Código penal español a través de la Ley 50/77, que fue una de las primeras decisiones del nuevo régimen democrático, anterior incluso a la aprobación de la Constitución. Se ubicó en el artículo 319 del Código entonces vigente, y su aparición causó una cierta conmoción, aunque no fueron muchos los casos a los que se aplicó la nueva infracción.

Lectura recomendada

G. Quintero Olivares (1977). "El nuevo delito fiscal". *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*.

La regulación legal habría de ser modificada varias veces, en los años 1985, recibiendo el nombre de delito contra la Hacienda Pública, posteriormente en 1995, con ocasión de la promulgación de un nuevo Código penal, y, finalmente, con ocasión de la Reforma de 2010, que decidió aumentar las penas, especialmente con el propósito de que a la vez se aumentara el término de su prescripción.

El delito fiscal consiste en defraudar (engañar) a la Hacienda pública eludiendo el pago de tributos o disfrutando de ventajas fiscales por un importe superior al fijado por la Ley. El fraude pasa por ocultar ingresos generadores de obligación

tributaria, y por lo tanto, dando lugar al impago de la cuota que en otro caso habría correspondido. También es delictivo lograr beneficios fiscales mediante engaño.

El derecho penal solamente entra en juego a partir de la superación de una cifra (120.000 €), por debajo de la cual el problema del fraude fiscal se degrada a infracción administrativa, sancionada por la Administración Tributaria mediante multas y recargos. Técnicamente, según una opinión muy extendida, no hay diferencias importantes entre los delitos fiscales y las infracciones tributarias. Pero eso no es verdad, pues para que pueda apreciarse delito no basta únicamente con haber rebasado la cuantía indicada, sino que, además, se precisa una específica intención de engañar, que no es clara en la pura infracción tributaria. En el delito, el defraudador engaña, oculta conscientemente la verdad de sus actividades económicas, en tanto están sujetas a tributación, y de las rentas que ha conseguido para él o para su empresa. No se trata, pues, de un simple impago.

La consecuencia del fraude fiscal es la pérdida de ingresos para la Administración (estatal, autonómica o local), que necesita de esos recursos financieros para sostener y prestar los servicios que le son propios Por eso mismo, el fraude fiscal es considerado en todos los Estados como fuente de un problema económico de primera magnitud, que además del daño directo a los organismos recaudadores provoca una situación injusta y desigual, al disfrazar la auténtica renta y riqueza de cada persona física o jurídica, y con ello el monto de su deber de contribución al sostenimiento de los servicios públicos. A ello se ha de sumar la situación de desventaja en la que se coloca a las personas y empresas cumplidoras de las obligaciones tributarias, que, en el caso de las relaciones de mercado, se ven en una situación de competencia desleal.

9. Problemas político-criminales relevantes para la delincuencia económica: actuación por otro, responsabilidad penal de las personas jurídicas, levantamiento del velo

Al elegir estos temas como **relevantes** no quiere decir que solo lo sean para los delitos económicos, sino que lo son **para todo el derecho penal**, aunque lo cierto es que en el campo de la delincuencia económica tienen una especial importancia.

9.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

En el campo de la delincuencia económica es fácil comprender el protagonismo que corresponde a las empresas, las cuales, a su vez, son para el derecho personas jurídicas o morales. La persona moral o jurídica es una realidad presente en la vida social desde, prácticamente, el nacimiento mismo de la sociedad industrial. No quiere eso decir que la persona jurídica aparezca únicamente en relación con actividades económicas o mercantiles, puesto que también son personas jurídicas otros importantes entes públicos (ayuntamientos, corporaciones) y privados (fundaciones, sociedades culturales o de otra índole, etc.). Lo que sucede es que en derecho penal los problemas que con más frecuencia se han presentado van relacionados con actividades de índole económica, que son las que por su propia dinámica comisiva permiten, en mayor medida, las actividades individuales parapetadas en la responsabilidad colectiva, lo cual sería inimaginable en relación con delitos contra las personas, por ejemplo, en los cuales la relación jurídico-penal se traba lógicamente entre personas físicas tan solo. Una persona jurídica podrá provocar ciertamente daños en la salud de las personas (por ejemplo, una fábrica que vierte residuos tóxicos y pertenece a una sociedad anónima), pero no se tratará de "actos dolosos directos" como el homicidio, sin perjuicio de que también esos actos deban ser sancionados penalmente.

Durante mucho tiempo (hasta la reforma penal del año 2010) el problema penal de las personas jurídicas se concretaba exclusivamente en la determinación de quién responde por los hechos jurídicamente realizados por una persona jurídica, ya que resultaba imposible obligar a responder "criminalmente" a lo que no es sino un "concepto jurídico" (puesto que llamar "persona" con capacidad para actuar en las relaciones jurídicas, a lo que solamente es un grupo de sujetos no deja de ser una útil ficción, creada y aceptada por voluntad del derecho), pero tampoco puede olvidarse que una impunidad provocada por la personalidad colectiva es intolerable político-criminalmente.

En la actualidad, especialmente en el ámbito de los Estados miembros de la UE, se adoptó la decisión de proceder a reformar los derechos nacionales de forma que tuviera cabida la **responsabilidad penal directa de la persona jurídica**. La vieja imagen del delito como acto de individuos aislados ha tenido que ir dejando paso ante todo a formas de delinquir mucho más complicadas, tanto en la forma de la acción, compuesta de diferentes episodios y aspectos, como en la extensión del comportamiento, en lo territorial y en lo temporal, desde el desarrollo e implantación de la asociación, grupo, sociedad, o como se quiere denominar, hasta su propia organización para controlar la actividad ilícita y en su momento reintroducir sus ganancias a través del blanqueo.

Tal complejidad de las conductas delictivas escapa **naturalmente** a la capacidad de los individuos aisladamente considerados, y solamente la organización pluripersonal está en condiciones de desarrollar ataques a bienes jurídicos que en nuestro tiempo tienen una primacía que no tuvieron en el pasado, como puede ser la salud pública, el medio ambiente, el mercado, los instrumentos financieros, la competencia, el tráfico de personas, etc., cuya propia conformación hace que para poder ser atacados y vulnerados sea precisa una organización, de la misma manera que para entrar en batalla se precisa una formación militar no bastando un individuo aislado. Las nuevas formas de criminalidad presentan también la actuación del grupo y el reparto de funciones y tareas, de manera tal que cae por los suelos la vieja tesis de que solo el sujeto individual puede realizar tipos penales, y en su lugar se alza la afirmación opuesta: no solo es verdad que la "sociedad" puede cometer delitos, sino que importantes formas de criminalidad **solamente pueden ser desarrolladas por sociedades**.

Es cierto que la teoría del delito y la teoría del fundamento y fin de la pena se han acuñado partiendo de esa idea de que los delitos los cometen solamente personas físicas, sea una o un grupo de ellas. El principio rector ha venido siendo el *societas delinquere non potest*, según el cual la persona jurídica no puede someterse al derecho penal simplemente porque no puede "delinquir" ni ser penada.

Pero esa regla, en el fondo, se respeta, porque quien delinque, en el sentido de realización de la acción típica, es siempre una o varias personas físicas, que con su actuación impregnan de responsabilidad penal a la persona jurídica porque se estima que esa persona jurídica se manifiesta a través de ellos.

El sistema penal español participa de diversos criterios de determinación de la transferencia de responsabilidad. La regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se concentra, en lo esencial, en el artículo 31 bis CP, al que se han de unir el rt.33.7, que describe las penas imponibles a las personas jurídicas, los arts.52 y 53, referentes a la determinación y a la forma de pago de la pena de multa, y el artículo 66 bis, sobre medición y determinación de las penas imponibles a las personas jurídicas, el art.116-3, que declara que a la responsabilidad penal de la persona jurídica irá unida la responsabilidad civil, y el artículo 130, que advierte de que la transformación o fusión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad.

Artículo 31 bis

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b. Haber colaborado en la investigación del hecho, aportando pruebas en cualquier momento del proceso que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Posteriormente, y ya en el libro II, se indicarán los delitos o grupos de delitos en los que se considera posible la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica, pues el sistema español no permite imputar responsabilidad penal a personas jurídicas en cualquier delito, sino solamente en los casos en que se indique expresamente.

La responsabilidad penal de una persona jurídica deriva, como se ha dicho antes, de la actuación de sujetos concretos.

Partiendo de ello, el problema central en todo el sistema es el de la relación entre la responsabilidad penal de la persona jurídica con la de las personas físicas que han actuado los hechos o tomado las decisiones.

Es fácil entender que no puede bastar la actuación de cualquier persona vinculada a una Empresa. Instintivamente dirigimos la mirada a aquellos que tienen **poder de decisión** dentro de la persona jurídica, pues, siempre a priori, parecería excesivo que la conducta de cualquier sujeto perteneciente a la sociedad en cualquier condición baste para provocar la responsabilidad penal de esta. A su vez, hay que fijar y separar la responsabilidad "propia" de los sujetos actuantes.

La base legal esencial es fijada sucintamente por la ley:

"Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho." (art.31 bis-1 CP)

El sistema español es, pues, de **transferencia** o de **impregnación de responsabilidad penal a la persona jurídica**, por lo que, como es lógico, el punto central será entonces analizar claramente las condiciones bajo las cuales cabe

apreciar esa impregnación, que por supuesto han de ser, en caso de duda, restrictivamente interpretadas, cual si partiéramos de la idea de que la regla es que no hay responsabilidad penal para persona jurídica **salvo** excepciones.

En el sistema ofrecido por el Código siempre subsisten las responsabilidades penales personales de las personas físicas. El **factor humano**, en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica, exige y permite la verificación del dolo o de la imprudencia que exija un tipo de delito, sea la contaminación ambiental o la distribución de sustancias tóxicas, actitudes subjetivas que han de concurrir en la "inteligencia" de la persona física, que son las que soportan esa imputación subjetiva y la declaración de culpabilidad. La transferencia de responsabilidad a la persona jurídica vendrá determinada por la presencia del interés de esta o la contribución de su desorganización. Afirmar, no obstante, que el grupo (la empresa) no puede construir decisiones delictivas, aunque las ejecuten individuos, es desconocer la realidad y es además innecesario.

Esta derivación desde la persona física parte de que en determinados casos se puede apreciar una identidad de objetivos y razones de actuar entre el personaje físico que lo hace y la persona jurídica que **se expresa a través de él**. Cierto que eso no puede automatizarse y afirmarse con un simple criterio fijo (si es un órgano, expresa **necesariamente** la voluntad de la persona), pues eso es tan simple como injusto, especialmente cuando es muy grande el número de socios, o cuando, sea grande o sea pequeño, solo unos pocos llevan la gestión social.

Ahora bien, tampoco puede caerse en el error de entender que la ignorancia de parte de los socios es causa de exclusión de la responsabilidad del ente, pues no es así, sino que esa responsabilidad dependerá de que se pueda apreciar una identidad entre los intereses de las personas físicas y los de la persona jurídica.

No es esa la única causa de declaración de la responsabilidad de la Empresa, pues de acuerdo con diferentes recomendaciones (emanadas especialmente de las Directivas sobre lucha contra la delincuencia organizada y el blanqueo de dinero), pensando en especial en las grandes empresas, añade un segundo criterio: el de la ausencia del control exigible de la persona jurídica sobre sus miembros o bien de la ejecución de planes decididos por encima de la persona física. Es este un fundamento de la responsabilidad que evoca directamente la tesis de la **culpabilidad de la persona jurídica por defecto de organización**. El razonamiento es sencillo:

Las sociedades controlan o tienen el deber de controlar a sus miembros administradores o subordinados, y siendo así, la responsabilidad penal de la persona jurídica puede venir provocada por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas, realicen los hechos porque así se les indique o bien por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, sin perjuicio, por supuesto, de la propia responsabilidad penal que pueda corresponder a los subordinados, que no afecta ni sustituye a la de la persona jurídica.

9.1.1. Los sujetos actuantes: los administradores de hecho y de derecho

En la fórmula del artículo 31 bis CP se señala a los sujetos actuantes capaces de generar responsabilidad para la empresa, diciendo que estas serán penalmente responsables por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Sobre quienes son los **representantes legales** y los **administradores de derecho** no surgen especiales problemas. No así con lo que debe entenderse por **administrador de hecho**.

El concepto de administrador de hecho o de derecho, penalmente alumbrado en el ámbito de los delitos societarios, no tendría por qué ser el utilizado en la descripción de la actuación en nombre de otro (aunque se le añada la representación legal o voluntaria), que no se circunscribe a delitos societarios; y, en todo caso, no basta para la transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica. Eso se traduce en que, por el solo hecho de ser administrador de hecho o de derecho, no podrá generarse responsabilidad penal de la persona jurídica, si no se cumple con la condición de ser una persona física que tenga en ella un poder de dirección fundado en la "atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad..", tal como dice el art.31 bis... salvo que entendamos que esa clase de persona es **lo mismo que un administrador de hecho**.

Como es lógico, el problema más complicado es el de decidir quién puede considerarse administrador de **hecho**. Ahí se abren diferentes posibilidades. La primera y más "privatista" reduce la condición de administrador de hecho a los estrictos términos en que lo concibe el derecho de sociedades, y que se reduce a la falta de requisitos formales. La segunda, algo más amplia, pero también anclada en razonamientos privatistas, ensancha el concepto dando cabida a cualquier órgano que, teniendo o no el nombre concreto de "administrador", realice actos de administración. Esa idea es respetable por ser aparentemente "prudente", pero no está exenta de críticas ya que llega a acoger hasta un mero

"factor" mercantil, personaje que si bien en ocasiones puede estar capacitado para actos decisorios, en otros casos puede ser poco más que un sujeto habilitado para recibir y firmar notificaciones, pero sin ningún poder significativo.

La tercera posibilidad interpretativa exige **abandonar razonamientos mercantilistas**, a partir de razonamientos estrictamente penales, lo que obliga a incluir en el concepto a toda persona, física o jurídica, que directamente o por representación ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad, imponiendo su voluntad como voluntad decisoria. Incluso en el caso de que no ostente en la sociedad cargo alguno, y/o que ni siquiera sea accionista, pues las acciones pueden estar a nombre de un mero fiduciario.

Como es fácil de comprender, la configuración de un concepto como el de "**administrador de hecho**" no puede resolverse con una pura descripción de "lenguaje vulgar", que se reduciría a decir que tal administrador es el personaje "que de verdad manda". Pero eso es demasiado tosco, por un lado, y por otro, no puede transformarse en una especie de presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual ese posible poder fáctico transforme a quien lo ostente en **necesario autor** de cualquier hecho delictivo que se produzca en el marco de la actividad societaria (de los delitos societarios en sentido estricto) o según la regla establecida en el artículo 31 CP. Hace falta algo más: el dominio de hecho no sobre las decisiones significativas, **sino sobre la concreta decisión que haya dado lugar a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico**. Puede haberse producido esa lesión o puesta en peligro por la sola decisión de otras personas con "menos poder" material –y no voy a entrar ahora en la complicada cuestión de la distribución horizontal o vertical del poder en las organizaciones empresariales, pues nos alejaría demasiado del tema– pero que tuvieron en sus manos la decisión de crear la lesión o el peligro, o la capacidad para evitar que ese peligro aumentara. Esto es: ser el sujeto que reúne más poder real en una empresa no basta para que ese sujeto sea transformado en "el administrador de hecho" a efectos penales.

9.1.2. Las penas imponibles a personas jurídicas

Las sanciones penales que se contemplan para las personas jurídicas parten necesariamente de que el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica, bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan.

Las penas obedecen a comprensibles criterios de **prevención frente al abuso de la personalidad separada**, que no puede servir de vía de escape para la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajenidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés –por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones– de

modo que no hayan de afectar en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos. Se trata pues de unas penas que eluden la que de otro modo sería justa crítica: la imposibilidad de que las personas jurídicas puedan soportar una pena entendida en sentido "puro", solo concebida para personas físicas.

Una objeción central a la posibilidad de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaba ciertamente en la incapacidad de estas para soportar unas reacciones jurídicas, como son las penas, que se concibieron para personas físicas. Esa objeción estaría justificada si se pretendiera extender sin matiz alguno un sistema punitivo así caracterizado; sin embargo, eso no sucede cuando se configuran reacciones que solo tienen sentido respecto de la prevención especial y general frente a la persona jurídica. Es desde esa óptica como han de comprenderse las diferentes sanciones que se contemplan con el nombre de penas.

Como es lógico, el problema de la elección y configuración de cada una de las concretas penas imponibles a las personas jurídicas ocuparía su propio espacio temático, y no podemos detenernos en ello. Además de las penas económicas, solo las suspensiones o prohibiciones temporales o definitivas de actividades tienen sentido, así como las inhabilitaciones concretas.

Por ejemplo: prohibición de contratar con la Administración.

Artículo 33.7.

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a. Multa por cuotas o proporcional.

b. Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

Como tales penas, por específicas que sean se han de someter a ciertos principios: ser graduables, suspendibles, proporcionales: No pueden ser penas únicas sino que **han de ser graduables** en función de específicas atenuantes y agravantes, que giran, las primeras, en esencia, sobre la valoración positiva de la reparación del daño y de la adopción de medidas eficaces para prevenir los que en el futuro pudieran causarse desde ellas, mientras que las segundas derivan de la persistencia en la actividad ilícita. También han de poder suspenderse en la primera vez que sean impuestas.

Pero si recordamos que la persona física también va a ser condenada, se comprenderá la importancia de que las penas imponibles a las empresas hayan de ser **proporcionales al daño causado**, lo que obliga a considerar la sanción atendiendo a la acumulación de las penas que se imponen a las personas físicas con las que se aplican a personas jurídicas, evitando que el resultado dispare

el castigo por encima de la proporcionalidad, lo cual resulta particularmente evidente en delitos como el tributario, por ejemplo, pues está fuera de duda que sería injusto imponer la misma multa dos veces.

9.2. La actuación en nombre de otro

La definición que de la autoría da o permite el artículo 28, párrafo primero del CP, supone que el autor ha realizado el correspondiente tipo de delito, sea por sí solo, conjuntamente con otros o utilizando un instrumento (humano). Como es sabido, la inclusión de la conducta de un sujeto en un tipo penal, **en condición de autor**, exige que ese sujeto, como cuestión previa, cumpla con las condiciones exigidas por el correspondiente tipo penal para poder ser autor, dado que muchos tipos, en coherencia con su misión de tutela frente a determinados ataques a bienes jurídicos, obligan a que el posible autor sea una persona que reúna determinadas condiciones.

Habitualmente esas condiciones limitadoras del número potencial de autores dan lugar a una clasificación de infracciones, la de **delitos especiales**, cuyo interés práctico primordial, sin detrimento de la importancia que tiene el fundamento del injusto en los mismos, deriva precisamente de esa dificultad para incluir en ellos el comportamiento de personas que **materialmente han realizado esa conducta típica**, pese a no ostentar la condición exigida por el tipo.

Cuando la Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983 decidió incorporar al Código penal la incriminación del "actuar en nombre o en lugar de otro", que hoy figura en el artículo 31 del CP vigente, el legislador quiso salir al paso de unos concretos problemas y carencias, generados por la limitación de la esfera posible de autores, respetando siempre, por supuesto –y pese a ciertas prematuras e indocumentadas críticas que en su día se produjeron– **las garantías del principio de culpabilidad**. Esos problemas, como fácilmente puede deducirse de lo dicho, eran y son:

Artículo 31

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

a) La intolerable impunidad que permitía una radical interpretación del principio de legalidad en relación con los delitos especiales. Según ello, quien, por ejemplo, no fuera el dueño de un inmueble, no cometía el delito de estafa por doble venta si eso lo hacía usando del correspondiente poder de representación.

b) El recurso sistemático a la persona jurídica –especialmente, sociedades anónimas– como perfecto parapeto diluyente de la responsabilidad material de sus gobernadores, lo que se completaba salvando la responsabilidad de la persona física actuante por el simple camino de invocar la falta de concurrencia de la condición (dueño, deudor, contraparte en el contrato, etc.) exigida en el correspondiente tipo penal para poder ser autor. El administrador o representante de una persona jurídica **por definición** no era esa propia persona jurídica, por más que actuara **como si lo fuera**.

En muchos casos la imputación del hecho delictivo a una persona física determinada podrá hacerse sin necesidad de acudir a ese artículo 31 CP; se trata de infracciones que pueden cometerse **desde** la actividad de una persona jurídica, pero que podrán encontrar respuesta penal a través de las reglas de determinación de la autoría, inmediata o mediata, a personas concretas que respondan de ellas (por ejemplo, lanzar residuos o vertidos tóxicos a un río como fruto de la actividad de una fábrica), y eso es así porque desde al ámbito de la persona jurídica, o actuando en nombre de otra persona física, se pueden cometer delitos cuya realización típica es **posible para cualquier persona**, al margen de las relaciones de dependencia u obediencia (por ejemplo, al director de la fábrica no le es posible suspender los vertidos sin paralizar su actividad, lo que motivaría su despido) que tendrán que ser tratadas de acuerdo con los preceptos que permiten reducir o excluir la pena.

El artículo 31 CP, como venimos diciendo, persigue la superación de obstáculos planteados por las fórmulas típicas, y no tiene que mezclarse con el tema de la responsabilidad penal de personas jurídicas, que ha sido tratado anteriormente.

9.2.1. La relación entre la actuación en nombre de otro y la actuación propia

La regla del artículo 31 CP no pretende, evidentemente, otra cosa que obviar los inconvenientes derivados de la posible limitación de la esfera de autores en determinados delitos. En modo alguno se puede traducir como una "presunción de autoría", y, menos aún, como una especie de inaceptable responsabilidad objetiva. Para que el artículo 31 CP pueda entrar en juego, es preciso que el sujeto a quien se le quiera aplicar haya actuado como autor en el sentido del párrafo primero del artículo 28 CP, faltándole tan solo la concreta condición (dueño, deudor, acreedor, etc.) exigida por el correspondiente tipo, pero por lo demás habrá de concurrir dolo, dominio del hecho, actuación contra el fin de la norma, y todo aquello que, dependiendo de cada concepción de la autoría, determine ese título de imputación.

Lo que debe quedar fuera de duda es que el artículo 31 no puede constituir en ningún caso un recurso a la responsabilidad objetiva como vía para encontrar a toda costa algún responsable cuando no se sepa a quién imputar un hecho,

despreciando su intervención dolosa o culposa en el mismo hecho. Tal interpretación es inaceptable. El artículo 31 CP se concibe como **complementario** del artículo 28, para facilitar su aplicación, y no como **sustitutivo**.

El artículo 31 CP presupone que el sujeto actuante ha realizado conscientemente la totalidad de la conducta, esto es, **debe saber** que ha realizado un hecho delictivo.

9.3. El levantamiento del velo

Hoy es habitual utilizar la expresión **levantamiento del velo** para referirse a la importancia de encontrar quiénes son los auténticos responsables de los delitos económicos, pues es muy frecuente que el sujeto o la empresa que aparezca en primera línea no sea otra cosa que un instrumento en manos de otros, ya sea por pertenecer a otra 3mpresa en todo o en parte, ya porque es una pequeña pieza de un gran ***holding*** empresarial y carezca de "voluntad propia".

Hay que advertir, no obstante, que la doctrina del levantamiento del velo **no nació para el derecho penal**, sino para el derecho privado. Sucede, no obstante, que en nuestro tiempo se hace alusión a ella para etiquetar los casos en los que, para la imputación de responsabilidad penal a los auténticos responsables de un hecho delictivo, se interpone una persona física o jurídica que oculta o protege a estos.

Cuando se habla de levantamiento del velo no se alude a una regla establecida en el Código penal, sino a un problema que el derecho penal debería resolver y que, lamentablemente, no lo hace del modo adecuado.

Con el levantamiento del velo se persigue que las empresas, por ser sociedades anónimas, no sean un bastión ante el que se estrellan todos los principios y objetivos del derecho, triunfando la simulación y el abuso y la burla a la sociedad bajo el amparo de la forma societaria. Con ello no se pretende poner dificultades a la creación y funcionamiento libre de sociedades anónimas, lo que constituye un derecho de los ciudadanos reconocido por la Constitución, sino el abuso de ese derecho, transformando una institución imprescindible (la empresa) en un instrumento destinado a burlar responsabilidades.

Constitución española, artículo 38

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

No obstante, hay que ser conscientes de que la regulación legal de las sociedades de capital, y especialmente los requisitos para su creación y entrada en el mercado, propicia el abuso, pues permite el anonimato de los socios y difícilmente es posible saber de verdad quiénes son sus dueños o controladores. Las sociedades pueden servir, por ese motivo, para incumplir obligaciones personales, diluir en la sociedad los riesgos de los negocios propios y, lo que es más frecuente, constituir rosarios de sociedades **dominadas unas por otras** todo con el designio de hacer imposible llegar a los auténticos decisores y beneficiarios.

Una medida penal importante sería, por todo ello, describir y castigar la creación y utilización de la forma societaria con el solo fin de eludir responsabilidades fiscales o de seguridad social o con el de encubrir la realidad de quién o quiénes, personas físicas o jurídicas, son los auténticos tomadores de decisiones empresariales de cualquier clase, especialmente de las que son contrarias a derecho. Pero el legislador español todavía no ha dado ese paso, que es imprescindible para poder luchar contra esa clase de abusos.

Ejercicios de autoevaluación

1. Cuando hablamos de delitos económicos nos referimos a…

a) los delitos patrimoniales.
b) los delitos en los que se dañan esencialmente principios supraindividuales.
c) los delitos que afectan al orden económico.

2. El "delincuente económico"…

a) busca el aprovechamiento económico.
b) viola las normas que regulan la actividad empresarial.
c) Las dos afirmaciones anteriores son correctas.

3. En los delitos económicos, el derecho penal interviene…

a) al margen del principio de *ultima ratio*.
b) cuando el "desvalor de acción" se ha producido.
c) según el principio de intervención mínima.

4. Según Gonzalo Quintero…

a) las penas privativas de libertad de corta duración no deberían ser sustituidas en el caso de los delincuentes económicos.
b) las penas privativas de derechos son las de más utilidad para este tipo de delincuentes.
c) las penas pecuniarias no son de utilidad para los delincuentes económicos.

5. Se consideran delitos económicos solo…

a) los delitos contenidos en el título XIII de nuestro CP.
b) los relativos al medio ambiente, de funcionarios con transcendencia económica y la falsificación de medios de pago.
c) Ninguna de las opciones anteriores es correcta.

6. Las personas jurídicas, según nuestro CP…

a) no presentan responsabilidad penal.
b) pueden ser penalmente responsables.
c) no pueden ser penadas.

7. Según nuestro CP, las penas imponibles a las personas jurídicas…

a) son las mismas que se articulan para las personas físicas.
b) No existen penas imponibles para este tipo de personas.
c) son las penas económicas, las suspensiones o prohibiciones de actividades y las inhabilitaciones.

8. Según Gonzalo Quintero, las penas impuestas a las personas jurídicas…

a) deben poder ser graduables, suspendibles y proporcionales.
b) deben ser únicas.
c) deben ser graduables.

9. Según nuestro CP…

a) no se puede incriminar en el caso de "delitos especiales".
b) se puede considerar en condición de autor a un sujeto que realiza una conducta cuando este actúa en nombre o en lugar de otro.
c) Las dos anteriores son correctas.

10. La expresión *levantamiento del velo* se refiere a…

a) aquellos casos en los que se interpone, para la imputación de responsabilidad penal, una persona física o jurídica que oculta o protege a los auténticos responsables de un hecho delictivo.
b) una regla del CP que regula la imputación de responsabilidad penal de las empresas.

c) la limitación de la creación de sociedades mercantiles anónimas.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. c

3. c

4. b

5. c

6. b

7. c

8. a

9. b

10. a

Glosario

administrador *m y f* Persona que, directamente o por representación, ejerza realmente las funciones de gestión o administración en una sociedad, imponiendo su voluntad como voluntad decisoria, aunque actúe meramente en virtud de un poder de hecho, sin ostentar en la sociedad cargo alguno.

alzamiento de bienes *m* Delito de insolvencia consistente en distraer los propios bienes en perjuicio de los acreedores.

delito económico *m* Conducta que daña o pone en peligro bienes jurídicos de carácter fundamentalmente supraindividual relativos a los principios que rigen el sistema económico.

delito especial *m* En dogmática jurídico-penal reciben esta denominación los delitos que solo pueden ser cometidos por aquellas personas que reúnen las condiciones establecidas en el correspondiente tipo delictivo.

delito fiscal *m* Infracción penal consistente en defraudar a la Hacienda pública eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales en una cuantía superior a la fijada por la ley.

delitos societarios *m pl* Conductas que afectan a la vida interna de las sociedades de capital y que pueden tener naturaleza económica o patrimonial.

derecho penal económico *m* Conjunto de normas que tipifican los delitos que afectan a intereses sociales de carácter económico.

imputación subjetiva *f* Atribución de responsabilidad penal a una persona física o jurídica con base en su actuación dolosa o imprudente.

levantamiento del velo *m* Doctrina mediante la que se atribuye la responsabilidad jurídica a quienes ejercen realmente un poder de decisión en la empresa, actuando a través de personas jurídicas o estructuras con las que pretenden ocultar su actuación o eludir su responsabilidad.

procedimiento concursal *m* Proceso especial de la jurisdicción civil en el que se establece una ordenación de la ejecución de las deudas sobre el conjunto del patrimonio del deudor insolvente.

societas delinquere non potest *loc* Aforismo con el que tradicionalmente se ha expresado la imposibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.