



## Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho penal

Desde hace algunos años, en la doctrina del Derecho penal se viene desarrollando un *corpus teórico* unitario para agrupar los delitos económicos en una disciplina que se llama *Derecho penal económico*, al que algunos incluso conceden autonomía frente al Derecho penal común<sup>1</sup>.

La preocupación por la delincuencia económica viene, sin embargo, de lejos, y adquirió carta de naturaleza en la Criminología desde que a finales de los años treinta el sociólogo norteamericano SUTHERLAND acuñó la expresión "delincuencia de cuello blanco" (*white collar criminality*) para describir la delincuencia característica de los sectores económicos más poderosos<sup>2</sup>.

Desde entonces la delincuencia económica ha ocupado un espacio importante en los manuales y tratados de Criminología y de Derecho penal, sin que se sepa muy bien cuáles son sus contornos y límites, o sus principales elementos definitorios.

Desde luego, si se utiliza como punto de referencia la personalidad de sus actores, no parece que tales delincuentes tengan especiales connotaciones o características somáticas o síquicas, que los hagan más susceptibles de cometer un delito. Tampoco el poder económico como tal lleva necesariamente a la comisión de delitos, por más que

ciertamente las posiciones de predominio en el mercado y una cierta impunidad que siempre proporciona el poder, favorecen de algún modo la comisión de ciertos abusos que pueden revestir los caracteres de delito.

En todo caso, en el Derecho penal moderno, delincuente es el que realiza un delito, no el que procede de un medio social determinado o tiene determinadas connotaciones personales<sup>3</sup>. De ahí que la principal tarea sea, antes de estudiar algunas cuestiones dogmáticas básicas que se plantean en estos delitos, delimitar el concepto de delito económico mismo.

### A) EL CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO

1. Por imperativo del principio de legalidad, para delimitar el concepto de delito económico, tenemos que tomar como punto de partida el concepto que al respecto nos da el Derecho penal positivo, en este caso, el Código Penal español de 1995 que entró en vigor el 24 de mayo de 1996. Efectivamente, la rúbrica del Título XIII habla de los "delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico". El "orden socio-económico" al que se alude en dicha rúbrica dista, sin embargo,

1. Pionero y uno de los principales creadores del Derecho penal económico fue KLAUS TIEDEMANN, desde su *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, dos volúmenes aparecidos en 1976, en los que recoge anteriores trabajos sobre el tema, de forma sistemática. Después el mismo autor ha seguido trabajando en esta materia, convirtiéndose en uno de los principales especialistas a nivel mundial. En España ha sido traducida buena parte de su obra, destacando sus libros, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona 1993; *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985. Además, con motivo de la concesión del doctorado "honoris causa" por la Universidad Autónoma de Madrid, se ha publicado un volumen, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, en el que se recogen las diversas ponencias presentadas en dicho acto y una relación de las publicaciones del citado autor. Igualmente está en vías de publicación otro volumen conteniendo las ponencias presentadas con motivo de la concesión al citado autor del doctorado *honoris causa* por la Universidad de Castellón de la Plana en 1996. En la doctrina española también ha cobrado gran auge el Derecho penal económico, a partir de trabajos de carácter general de BAIJO FERNÁNDEZ en los años 70 y MARTOS NÚÑEZ en los 80, pero sobre todo con numerosos trabajos sobre delitos de carácter económico en particular, que incluso han motivado gran número de monografías a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, y a los que haremos puntual referencia.

2. SUTHERLAND, *White collar criminality*, en *American Sociological Review*, núm. 5, 1940, p. 7 ss.

3. Sobre la distinción Derecho penal de acto y Derecho penal de autor y sus implicaciones ideológicas, jurídicas y políticas, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed. Valencia, 1996, p. 225 y ss.

de ser un concepto perfilado y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo. Fue el Proyecto de 1980 el primero que configuró un Título autónomo (el VII) con esta denominación, incluyendo en él un gran número de delitos que luego se fueron reduciendo en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 hasta llegar a los Proyectos de 1992 y 1994 y al Código Penal vigente en donde desaparece el Título autónomo, para incluir algunos de los delitos que originariamente se regulaban en el Proyecto de 1980 como «delitos contra el orden socio-económico» en el Título dedicado a regular también los delitos contra el patrimonio, o constituir Títulos independientes como el Título XIV (Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social) o el Título XV (Delitos contra los derechos de los trabajadores)<sup>4</sup>.

Ello demuestra, a mi juicio, la falta de concreción del concepto de «orden socio-económico», al que, sin embargo, hay que dar un contenido, no sólo porque se mencione expresamente en la rúbrica del Título XIII, sino porque realmente existen una serie de delitos, bien tradicionales, bien de nueva creación, que sólo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socio-económico o macroeconómico superior al puramente patrimonial individual, del que indudablemente se derivan, pero con el que no coinciden exactamente.

Del concepto de «orden socio-económico» debe excluirse el *orden económico en sentido estricto* u *orden público económico*, que es aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado<sup>5</sup>. Este orden económico en sentido estricto no es, pues, otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte, y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización

de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes, etc.). Lo que desde el punto de vista de una economía inspirada en el liberalismo capitalista del *laissez faire, laissez passer*, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, es hoy algo absolutamente normal e incluso consustancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales. En este sentido, los artículos 128.2 y 131.1 de la Constitución reconocen la iniciativa pública en la actividad económica y la facultad del Estado para planificar la economía, respectivamente; e igualmente hay otros preceptos constitucionales que reconocen el poder tributario del Estado, la posibilidad de su intervención en determinados sectores económicos, etc.<sup>6</sup> Pero para la protección penal de este orden económico en sentido estricto se crearon los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (Título XIV) y algunos otros delitos tipificados en leyes especiales, como los delitos de contrabando, los monetarios, etc.<sup>7</sup>

Pero esta concepción estricta del orden económico no es suficiente para abarcar en él una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socio-económicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y, las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, parece que merecen una distinta consideración a la que tradicionalmente se les ha dado. Para agrupar todos estos hechos, se empezó a hablar a mediados de los años setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego en el legislativo, de un Derecho penal económico, al que serviría de base o de bien jurídico común un *orden económico en sentido amplio* entendido como «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios»<sup>8</sup>. Pero la misma amplitud de

4. Sobre esta evolución, véase MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código Penal de 1980*, CPC 1982; también, MUÑOZ CONDE, en *Jornadas Tiedemann*, a. cit., pp. 265 ss.

5. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*. Madrid. 1979, p. 37; MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal económico*. Madrid. 1986, p. 384.

6. Es lo que la doctrina especializada llama "Constitución económica", es decir, el conjunto de los preceptos y normas de carácter constitucional que determinan el modelo económico a seguir por el Estado; véase FONT GALÁN, *Notas sobre modelo económico de la Constitución*, en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 152, 1979, p. 205 y ss.

7. Este es el criterio sistemático seguido para la exposición de estos delitos en mi *Derecho penal, Parte Especial*, desde la 4ª ed., Sevilla 1982; y que ahora mantengo en la 11ª ed., Valencia 1997, adaptada al Código Penal de 1995.

8. Véase BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, cit., p. 40.

este concepto de orden económico le hacía perder al «nuevo» Derecho penal económico en precisión conceptual todo lo que ganaba en importancia cuantitativa. Así, por ejemplo, la propiedad privada, uno de los ingredientes básicos de ese orden económico, tal como reconocen los artículos 33 y 38 de la Constitución, es objeto de protección en el Título XIII del Código Penal a través de delitos como el hurto o el robo, pero obviamente nadie dice que estos delitos sean delitos económicos o contra el orden socio-económico. Lo mismo puede decirse respecto a delitos patrimoniales clásicos como la estafa de escasa cuantía, el alzamiento de bienes de un deudor frente a unos pocos acreedores, la apropiación indebida del importe de los recibos por el cobrador de una empresa, la falsificación de una letra de cambio para obtener un crédito bancario, etc. Todos estos hechos son constitutivos de diversos delitos contra el patrimonio, sin que para su tipificación ni para la comprensión de su naturaleza, razón de su incriminación, etc., haya que recurrir a un concepto distinto al puramente patrimonial. Si todos estos hechos se configuraran como delitos contra el orden «socio-económico» se correría el peligro de diluir el ya muy bien delimitado Derecho penal patrimonial en un desmesurado Derecho penal socio-económico sin más límites que los que quisiera dársele en lenguaje coloquial al término «económico» o «socio-económico»<sup>9</sup>.

Pero tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socio-económico. Con este criterio, una estafa sería un delito «socio-económico» cuando, además de todos los elementos conceptuales propios de este delito patrimonial, incidiera en una pluralidad de perjudicados o produjera un grave perjuicio económico. Una insolvencia sería delito «socio-económico» cuando, además del perjuicio al derecho de crédito, por su magnitud incidiera negativamente en el orden crediticio bancario o tuviera grandes repercusiones en la economía nacional. Se confundiría así, a mi juicio, lo que puede ser un factor determinante de la agravación de la pena con un elemento conceptual de un pretendido delito «socio-económico».

nómico», sin que por ello se obtuviera a cambio ninguna ventaja técnico-jurídica o política, salvo la demagógica o esnobista que subyace a muchas de estas construcciones jurídicas; o habría que duplicar los delitos patrimoniales clásicos, sobre todo los defraudatorios, para tipificar expresamente los casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios<sup>10</sup>.

2. No puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socio-económicos, en todo caso más amplios que los puramente patrimoniales, o de tipificar algunos hechos que difícilmente son reconducibles a los delitos patrimoniales. En estos casos, la primera preocupación del legislador debe ser evitar escandalosas «lagunas de punibilidad», bien creando delitos nuevos, o bien reformando o añadiendo algunas particularidades a los delitos patrimoniales para extenderlos a supuestos evidentemente merecedores de pena y que difícilmente pueden ser sancionados con los delitos ya existentes. Pero ello debe hacerse a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y con una tipificación clara y precisa de los comportamientos que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro<sup>11</sup>.

Desde este punto de vista es como debe analizarse el contenido del Título XIII, en el que se protege primordialmente el orden patrimonial, pero en el que también se contienen tipos delictivos que sólo pueden entenderse desde un prisma socio-económico más amplio que el patrimonial. El legislador ha dejado, sin embargo, sin resolver cuáles de los delitos contenidos en el Título XIII son reconducibles al ámbito patrimonial y cuáles al orden socio-económico. En la propia sistemática legal, a partir de la disposición común a los «delitos patrimoniales» contenida en el artículo 268.1, hay base para decir que todos los delitos que se encuentran tipificados en los Capítulos I a IX son «delitos contra el patrimonio»; mientras que los tipificados en los Capítulos XI a XIV serían «delitos contra el orden socio-económico». Pero tampoco puede mantenerse este criterio de un

9. Crítica que ya realicé al Proyecto de 1980 (cfr. MUÑOZ CONDE, *La ideología* cit.) y repetí en el artículo para el libro *Homenaje a Tiedemann* a.cit., p. 267; además de en otros trabajos directa o indirectamente relacionados con el tema.

10. Cfr. mis trabajos citados en nota anterior.

11. Precisamente, la indeterminación del bien jurídico de algunos delitos económicos es lo que obliga a la doctrina a incluirlos en la vaga referencia del «orden socio-económico», que se convierte así más en un cajón de sastre o en un marco de referencia genérico, que en un verdadero bien jurídico protegido común a todas las infracciones delictivas que tengan contenido económico. Ello dificulta después, como es lógico, la técnica de tipificación legislativa de los comportamientos que se estiman merecedores de pena que, muchas veces, en nada se diferencian de las simples infracciones administrativas o de los ilícitos mercantiles o civiles; para más detalles al respecto, aparte de lo dicho en mis trabajos citados en nota 9, véase también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*. Valencia. 1995, p.26 ss.

modo rígido, porque aun en los Capítulos en los que se tipifican delitos patrimoniales, principalmente defraudatorios como la estafa, la apropiación indebida o las insolvencias punibles, pueden incluirse hechos con incidencia en intereses socio-económicos, y en los Capítulos en los que se tipifican delitos contra el orden socio-económico hay algunos delitos, como los relativos a la propiedad intelectual o a la receptación, que obedecen más a una estructura de carácter patrimonial que socio-económica. Por otra parte, algunos delitos por su parentesco estructural deben estudiarse conjuntamente, aunque unos participen más de un carácter patrimonial y otros tengan más uno socio-económico; así sucede, por ejemplo, con los daños patrimoniales del Capítulo IX y los daños en cosa propia de utilidad social del Capítulo XII. Otras veces es el legislador el que tiene en cuenta esta similitud estructural para agrupar en el mismo Capítulo delitos que inciden en órdenes distintos como la receptación «y otras conductas afines» (blanqueo de capitales o de bienes) en el Capítulo XIV. Y otras veces simplemente no se entiende por qué el legislador ha situado en uno de los Capítulos que él mismo llama «patrimoniales», el VIII, un delito claramente socio-económico, como «la alteración de precios en concursos y subastas públicas», mucho más relacionado con las maquinaciones para alterar el precio y los delitos relativos al mercado del Capítulo XI, Sección 3ª, que con los delitos patrimoniales.

Por todo lo dicho, se puede concluir afirmando que la distinción «delito contra el patrimonio-delito contra el orden socio-económico» tiene un valor sistemático relativo y materialmente escaso, por lo que corresponde al intérprete analizar las particularidades que tiene un concreto tipo delictivo para justificar su consideración como delito contra el orden socio-económico. En este sentido, no cabe duda, que son delitos económicos en sentido estricto los tipificados en el Título XIV (Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social). Pero en un concepto más amplio de delito económico se pueden incluir también un buen número de los acogidos en el Título XIII, pudiendo considerarse, por tanto, también como tales, con las reservas ya dichas, los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, los delitos societarios y la receptación y conductas afines<sup>12</sup>.

### B) LOS SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS ECONÓMICOS: LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO

1. En la teoría del Derecho penal, sólo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Ni los animales ni las cosas pueden ser sujetos de acción, por más que en épocas pretéritas existieran procesos contra cosas que habían producido resultados dañosos, o animales que provocaron epidemias, muerte de personas, etc.<sup>13</sup>

Tradicionalmente, se considera que tampoco pueden ser sujetos de acción penalmente relevante, aunque sí puedan serlo en otras ramas del Ordenamiento jurídico, las personas jurídicas («societas delinquere non potest»)<sup>14</sup>. Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad síquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales. Pero incluso los más recalcitrantes partidarios de esta concepción, defienden la necesidad de que el Derecho penal pueda reaccionar de un modo u otro frente a los abusos que, especialmente en el ámbito económico, se producen a través de la persona jurídica, sobre todo cuando esta adopta la forma de sociedades mercantiles, principalmente anónimas o de responsabilidad limitada. Pero para evitar contradicciones con el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas se propone ante todo castigar a las personas físicas individuales que cometen realmente tales abusos, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que proceda aplicar a la persona jurídica como tal (disolución, multa, prohibición de ejercer en determinadas actividades, etc.).

Esta parece ser también la opinión que se ha acogido en el Código Penal de 1995. Sin embargo, los artículos 129 y 370 de este Código Penal prevén la adopción de sanciones contra personas jurídicas, que permiten replantear ya *de lege lata* la posibilidad de que éstas pueden ser también consideradas penalmente responsables. El fundamento de esta responsabilidad lo constituyen siempre los actos individuales realizados por las personas físicas que integran la persona jurídica; pero para prevenir estos actos procede, en ocasio-

12. Criterio sistemático expositivo acogido en mi *Derecho penal*, Parte Especial, 11ª ed. Valencia. 1996.

13. Doctrina absolutamente dominante en el ponoramo actual del Derecho penal, véase, por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General* cit., p. 226 y ss.

14. Doctrina tradicionalmente mantenida en el Derecho penal alemán y español y latinoamericano, pero con importantes excepciones en otros sistemas jurídicos comparados, a los que después se alude en el texto; para más detalles, véase las ponencias de DOELDER, ROSTAD, SCHÜNEMANN y ZUGALDIA, en *Jornadas Tiedemann*, cit.

nes, adoptar también sanciones que afecten a la persona jurídica como ente jurídico a cuyo amparo se cometen acciones delictivas. El Código Penal recoge algunas de estas sanciones de un modo general en el Título VI del Libro I, artículo 129, calificándolas, junto con otras de parecida índole como «consecuencias accesorias», evitando así cualquier discusión sobre si son auténticas penas o medidas de seguridad, pero la misma presencia de estas sanciones en un Código Penal como consecuencias jurídicas del delito supone, de hecho, admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas como tales<sup>15</sup>. Ante esta regulación, parece, pues, que, aunque la responsabilidad individual sigue siendo la única fuente tanto de la pena, como de la medida de seguridad propiamente dicha, hay ya un sistema de sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas, que permiten hablar de la responsabilidad penal de las mismas, sin que ello suponga una mera cuestión terminológica, sino algo más profundo de contenido material.

No hay, pues, en principio, inconveniente legal alguno en revisar la tesis tradicional y reinterpretar el Derecho positivo en un sentido más favorable a la exigencia de responsabilidad penal también a las personas jurídicas, aún dentro del respeto más escrupuloso a la actual regulación vigente.

En algunos casos, e independientemente del problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es posible, sin embargo, directamente castigar a las personas físicas que actúan en nombre de las personas jurídicas, porque algunos tipos de delitos exigen determinadas cualidades personales («deudor», «obligado a pagar impuestos»), que no se dan en tales personas físicas, sino en las jurídicas en cuyo nombre actúan<sup>16</sup>. Para evitar estas indeseables lagunas de punibilidad, el legislador puede optar por una doble vía: o sancionar expresamente en los tipos delictivos donde más se den estos casos a las personas físicas que actúan en nombre de las jurídicas (gerentes, adminis-

tradores, etc.), o crear un precepto general que permita esta sanción en todos los casos donde ocurren problemas de este tipo. La primera vía ha sido adoptada excepcionalmente en algunos tipos concretos como en el artículo 318 (delitos laborales). La segunda es la elegida en el artículo 31, pero no sólo para los casos de *actuación en nombre de una persona jurídica*, sino también para los de actuación en nombre de otra cualquiera persona física (menor, incapacitado). El artículo 31 dice: «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 concurren 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»<sup>17</sup>.

2. Pero independientemente de *cuál* sea la opinión que se tenga sobre la naturaleza de las «consecuencias accesorias» aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995, lo importante es que el principio tradicional *societas delinquere non potest* está siendo objeto de revisión también en el Derecho comparado. Precisamente, y en la medida en que la persona jurídica se ha convertido muchas veces en el valladar inexpugnable con el que se tropiezan los intentos legislativos y los esfuerzos de los Órganos de la Administración de Justicia penal para exigir responsabilidades en los delitos económicos, es por lo que para evitar esas «impunidades» se han arbitrado sanciones de carácter penal que, independientemente de las que sean aplicables a las personas físicas que actúan en nombre y representación de las personas jurídicas, recaigan sobre la persona jurídica misma, bien suspendiendo sus actividades, bien prohibiéndole durante un cierto tiempo el ejercicio de las mismas, imponiéndole fuertes sanciones económicas, la privación de determinados derechos (como el de recibir subvenciones pú-

15. Dichas sanciones como «consecuencias accesorias» fueron ya en su día acogidas como sanciones específicas para personas jurídicas en cuyo seno se cometían delitos, en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, en el Título VII del Libro I (véase especialmente arts. 137 y 138). Su acogida en el Código Penal de 1995 (art. 129) no ha sido considerada, sin embargo, como una sanción específica para la persona jurídica, véase, por ej. PRATS CANUTS, en QUINTERO OLIVARES Y OTROS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona. 1996, p. 623 ss.; GUINARTE CABADA, en VIVES ANTÓN Y OTROS, *Comentarios al Código Penal*, Valencia. 1996, vol. 1, p. 665 y ss.

16. El problema fue planteado por primera vez en una reseña que hice en el Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1970, p. 183 y ss., a la obra de BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, y luego mi tesis doctoral, *El delito de alzamiento de bienes*. Barcelona. 1971, p. 102 y ss. Luego volví a tratarlo en: *La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*, Cuadernos de Política Criminal, 1977. Luego la introducción en la reforma de 1983 en el anterior Código Penal del artículo 15 bis, dio una base legal a la exigencia de responsabilidad penal de las personas físicas que en estos casos actúan en nombre y representación de las personas jurídicas. Posteriormente el tema ha sido tratado por OCTAVIO DE TOLEDO, *Las actuaciones en nombre de otro*, Anuario de Derecho penal 1984; y en diversas monografías y trabajos por GRACIA MARTÍN, fundamentalmente en los dos volúmenes de su *El actuar en nombre de otro en Derecho penal*, (1985 y 1986) y en algunos artículos, por ej. en su contribución a las *Jornadas de Tiedemann* a. cit.

17. Sobre este precepto, véase los comentarios de VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN Y OTROS a cit, vol. 1 p. 291 y ss.; y QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES Y OTROS, *Comentarios a. cit.*, p. 317 y ss.

blicas) o incluso decretando la disolución de las mismas. Es verdad que muchas de estas sanciones se encuentran ya en forma de medidas o de consecuencias accesorias aplicables de un modo general o en relación con determinados delitos (principalmente narcotráfico y blanqueo de capitales); pero de lo que se trata ahora es de darles el verdadero carácter de una pena impuesta a través del correspondiente proceso penal a la persona jurídica en cuyo ámbito se han cometido determinados delitos por personas físicas que actúan en su nombre o representación. No se trata, sin embargo, de prolongar o de mantener la "ficción" que la persona jurídica representa, sino de considerarla como verdadero sujeto de derecho y, por tanto, también de delito, sancionándola con la pena adecuada a su carácter.

Es decir, una vez comprobada la existencia del delito en cuestión, lo que probablemente determinará ya también la responsabilidad de alguna persona física, habrá que ver hasta que punto éste es atribuible a una decisión de la persona jurídica y, en consecuencia, debe ésta ser responsabilizada del mismo. Comprobado que esto es así, la sanción penal debe recaer sobre la propia persona jurídica, adaptada a sus características y naturaleza. Prácticamente, la única pena dentro del catálogo de penas existentes en cualquier Código Penal que no puede aplicarse a la persona jurídica es la pena privativa de libertad, la pena de prisión (hago abstracción por razones obvias de la pena de muerte, que ni está admitida en nuestro ordenamiento jurídico ni debe estar en ningún otro ordenamiento jurídico), pero quedan las otras (las privativas de derechos, las pecuniarias), y además otras que son específicamente aplicables a las personas jurídicas (como su disolución, intervención, etc). No estamos hablando de "ciencia-ficción" jurídica, sino de concretas realidades en muchos Ordenamientos jurídicos, como ocurre en el reciente Código Penal francés (artículo 121, 1-7), en Noruega, Portugal u Holanda, y es ya una larga tradición en el Derecho anglosajón que conoce el *corporate crime*.

En todo caso, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no impide exigir también responsabilidad a las personas físicas que actúan en su nombre, pero al mismo tiempo la responsabilidad de estas personas físicas no debe impedir la de las personas jurídicas; es más es ésta sólo la que puede impedir el problema de la "impunidad"

con la que se cometen estos hechos. Piénsese en un concreto caso, el delito económico (o ecológico o de corrupción de funcionarios, que a estos efectos cumplen una función similar a la del delito económico), cometido por una "multinacional" en un determinado país. ¿De qué nos sirve el castigo del "testaferro" o del tecnócrata directivo que tiene allí, entre otras cosas para asumir este riesgo, si luego la misma multinacional, naturalmente persona jurídica, va a poder seguir actuando sin ningún problema?

La existencia, pues, de mecanismos sancionatorios penales aplicables a las personas jurídicas por el juez penal en el correspondiente proceso tras la depuración y determinación de sus responsabilidades, no debe por tanto ser un problema dogmático insoluble en el Derecho penal interno de ningún país civilizado, y tampoco debería serlo, en su caso, en el Derecho penal internacional, donde se plantea incluso la responsabilidad de los propios Estados. A este respecto baste citar, a nivel de Derecho comunitario, las Resoluciones del Consejo de Europa: Resolución (77) 28 del Comité de Ministros sobre Contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente (28 septiembre 1977); Recomendación n.º R (81) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la criminalidad en los negocios (25 junio 1981), y la Recomendación n.º R (82) 15 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores (24 septiembre 1982).

En la doctrina se ha desarrollado igualmente una tendencia favorable a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentándose en una "culpa por organización"<sup>18</sup>, o en una modificación de los fines de la pena, que, según SCHÜNEMANN, en esta materia serían sólomente la eficaz protección del bien jurídico, excluyendo la prevención especial que evidentemente carece aquí de contenido<sup>19</sup>, o en una "doble imputación"<sup>20</sup>. De un modo u otro, lo que está claro es que hoy se considera que en relación con los sujetos activos de los delitos económicos la mejor política criminal que se puede llevar a cabo es la admisión plena y decidida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, recorriendo así, de una vez por todas, el famoso velo que ha permitido que a través suyo se cometan los mayores abusos contra los derechos económicos de los pueblos y de los ciudadanos en general, que

18. Así, por ej. ZUGALDIA ESPINAR en diversos trabajos sobre el tema publicados en Cuadernos de Política Criminal, 1980 y 1994, y en las *Jornadas Tiedemann*.

19. En *Jornadas Tiedemann*, p. 565 ss.

20. Tesis del argentino DAVID BAIGUN, *La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación*, separada de los Cuadernos del departamento de Derecho penal y Criminología, nueva serie n.º 1, 1995; *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación*, en Homenaje al Prof. ISIDORO BENEDETTI. Buenos Aires. 1996.

justamente por llevarse a cabo a través de la persona jurídica han quedado siempre en la más absoluta impunidad.

### C) LOS SUJETOS PASIVOS

La misma expresión "orden socio-económico" utilizada en la rúbrica del Título XIII pone de relieve que los sujetos pasivos de estas violaciones no son sólo los individuos, sino también la colectividad, la sociedad, los grupos y pueblos enteros. Especialmente importante es esta idea en el delito económico porque, como ya hemos dicho anteriormente, una de las características que diferencian esta figura del clásico delito patrimonial, es su indiciencia en un grupo amplio de personas, incluso en la sociedad y en el orden socio-económico entendido como un todo. Pero incluso un delito patrimonial clásico, por ejemplo, la estafa, puede tener una dimensión socio-económica mucha más amplia que la que tradicionalmente se le da a este delito, entendido sólo como delito patrimonial.

El tráfico comercial masivo característico de la sociedad de consumo pone de relieve que, por encima de los aspectos patrimoniales individuales, los derechos de los consumidores tienen también un significado social de mayor trascendencia incluso que el puramente patrimonial individual. A este aspecto social alude el artículo 51 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y usuarios y a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Ciertamente es un derecho de difícil conceptualización jurídica, pero que no se identifica con los intereses exclusivamente patrimoniales individuales. Quien compra un producto corriente en el mercado (detergente, aceite, refresco, cadena musical) tiene una expectativa legítima a que el producto ofrezca las prestaciones y calidades que se mencionan en la publicidad de los mismos o en las etiquetas de los envases, que son, más o menos, los que se predicen de otros productos similares que con otras marcas igualmente se ofrecen en el mercado. Si luego el producto no ofrece estas prestaciones (el detergente no lava tan blanco, la cabeza de la cassette se rompe o ésta deja de sonar bien al poco tiempo), hay una frustración de los intereses de los consumidores en general, más allá del interés patrimonial del consumidor individualmente afectado. Sin embargo, la lesión de este derecho socio-económico carece de protección directa a través del delito de

estafa cuando no se traduce en un perjuicio patrimonial efectivo relevante, ni siquiera a través de la tentativa, porque lo importante no es tanto el perjuicio patrimonial individualizado (normalmente de escasa cuantía o difícilmente cuantificable), como el perjuicio a los intereses de los consumidores en general, un bien jurídico de carácter socio-económico que ahora se protege en el artículo 282 como delito publicitario<sup>21</sup>.

Pero bien sea a través de la creación de algún tipo específico que tenga en cuenta la dimensión colectiva del daño y del perjuicio económico producido a una pluralidad de sujetos pasivos, bien a través del añadido de la correspondiente agravación del delito patrimonial clásico, de lo que no cabe duda es que la consideración de los intereses económicos colectivos y de grupos anónimos de personas (consumidores) ofrece nuevas perspectivas tanto para tipificar nuevos delitos, como para reinterpretar los tradicionales de una forma distinta a como se hacía anteriormente. No es por ello una casualidad, que incluso en la persecución penal de los nuevos delitos socio-económicos que se contienen en el Código Penal español de 1995, aún configurándose, en principio, como delitos privados, perseguibles sólo mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, se haga la salvedad de que pueda hacerlo directamente también el Ministerio Fiscal cuando el delito afecte a "los intereses generales o a una pluralidad de personas". Se evita así que estos delitos se conciban como delitos "entre caballeros" y que los pactos y componendas entre los mismos puedan dejar sin sanción penal hechos gravemente atentatorios a los intereses de los verdaderos sujetos pasivos, muchas veces personas anónimas que no pueden gozar de otra protección que la que les brinden el Derecho penal que por su propio carácter debe estar por encima de los acuerdos que puedan llevar a cabo los autores de estos delitos<sup>22</sup>.

### D) EL TRATAMIENTO DEL ERROR

Quisiera, para terminar este breve repaso de algunas de las cuestiones dogmáticas básicas que plantean los delitos económicos y dar paso a las exposiciones más detalladas de los demás compañeros sobre estas mismas cuestiones, ocuparme ahora de otro problema que con bastante frecuencia suele plantearse en el ámbito de la delincuencia económica con peculiaridades propias. Me refiero a las cuestiones relacionadas con la relevan-

21. Para más detalles, véase mi *Parte Especial*, cit., 11º, p. 360 y ss. y 442 y ss.

22. Véase mi *Parte Especial*, 11º ed. cit., p. 460.

cia del error que pueden tener los autores de estos delitos en relación con el ámbito de aplicación de los mismos, particularidades jurídicas de su tipificación, sus relaciones e interdependencias con la regulación que de sus supuestos de hecho se hace en otras ramas del Ordenamiento jurídico, etc. En un mundo tan tecnificado y complejo como es el mundo de las actividades económicas es muy probable que a veces se actúe con desconocimiento de la intrincada normativa jurídica extrapenal que lo regula. El uso y el abuso de la ley delegada, del decreto-ley, del reglamento y aun de las órdenes y circulares administrativas es una constante de este sector y es deplorable que toda esa normativa, a veces sin rango de ley y, en todo caso, casi siempre con rango inferior al de la Ley orgánica formal que exige el principio de legalidad, pueda entrar en el Derecho penal por la puerta falsa de la *norma penal en blanco*.

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

La experiencia enseña que estamos dispuestos a conceder más relevancia al error que se refiere a normas «artificiales», que al que se refiere a normas que constituyen el núcleo de nuestra sociedad. Sin embargo, paralelamente a este crecimiento de la normativa del sector económico, se ha introducido en el Código Penal una regulación del error de prohibición que parece no tiene en cuenta esta legítima necesidad de compensación.

El párrafo 3 del artículo 14 del Código Penal de 1995 prevé, en efecto, que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal”; pero acto seguido dice también que “si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. Esta regulación, por lo menos en la versión que ofrecía en el artículo 6 bis a) del anterior Código Penal a partir de la reforma de 1983, se considera por alguno<sup>23</sup> como una claudicación ante el viejo principio *ignorantia iuris non excusat*, ya que, de hecho, la mayoría de los errores en este

ámbito son vencibles o evitables y difícilmente puede prosperar su alegación ante los Tribunales.

Esta crítica se ha hecho también, y con mayor fundamento, a la teoría de la culpabilidad acogida por el párrafo 17 del Código Penal alemán, antecedente más próximo de la regulación española, por cuanto la doctrina alemana dominante sólo exige el conocimiento potencial de la antijuridicidad y en caso de error vencible prevé una atenuación facultativa y no obligatoria y tan cualificada de la pena como admite el Código Penal español<sup>24</sup>.

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

La regulación prevista en el artículo 14 del Código Penal español, además de ser más generosa con el error de prohibición que la regulación alemana, no prescribe obligatoriamente que el tratamiento que hay que dar al error sobre normas extrapenales sea el del error de prohibición, es decir, el del párrafo 3. Por tanto, también puede ubicarse dicho error; y hay muchas razones para entenderlo así, en el párrafo 1 del mismo artículo, como un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, ya que en la mayoría de los delitos económicos la remisión a las normas extrapenales que se hace en el tipo, convierte a éstas en “un hecho constitutivo de la infracción penal”.

¿Cómo puede entenderse constituido el tipo del delito de defraudación tributaria (art. 305), si no se considera que el *deber tributario* es un elemento integrante del mismo? Si alguien cree que tiene derecho a una bonificación fiscal o a que un determinado ingreso no está sujeto a tributación, actúa sin el dolo requerido por dicho delito, pero es que además es indiferente al carácter vencible o invencible del error; porque, en todo caso, la comisión imprudente de este delito es impune. Si el desconocimiento del deber tributario descansa en una errónea apreciación de los datos de hecho o de la normativa aplicable, desaparece el propósito de defraudar al Erario público, con lo que se excluye ya el tipo del delito de defraudación tributaria<sup>25</sup>.

El error sobre las normas extrapenales que configuran la tipicidad de los delitos económicos no

23. Véase por ej., TORIO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal, en La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela. 1980, p. 262.

24. Para más detalles, véase mi libro *El error en Derecho penal*. Valencia. 1989, p. 45 y ss.

25. Así lo manifesté ya en mi trabajo *El error en el delito de defraudación tributaria*, Anuario de Derecho penal 1985, recogido luego en mi libro sobre *El error a. cit.*, p. 93 ss. (esp. p. 103 y ss.). Expresamente se adhiere a esta opinión FERRÉ OUVÉ, en uno de los primeros trabajos sobre la nueva regulación del delito contable (véase de dicho autor, *El delito contable*. Barcelona. 1988, p. 212).

es, por tanto, como creen algunos autores<sup>26</sup>, un error de prohibición a tratar, si es vencible, sólo con la pena atenuada del delito doloso que prevé el párrafo 3 del artículo 14, sino un verdadero error de tipo subsumible en el párrafo 1 de dicho precepto, con la consecuencia de la impunidad del que en este modo actúa erróneamente. Lo que, en todo caso, no le va a salvar de la posible sanción administrativa que sí puede imponerse<sup>27</sup>, o en el caso de delitos patrimoniales con mayor o menor incidencia económica de la responsabilidad civil que por la vía civil pueda exigirse.

Esta opinión, que algunos pueden entender como excesivamente técnica o incluso como una fácil coartada para que los delincuentes económicos puedan sustraerse a la responsabilidad penal, se justifica también, sin embargo, por razones político-criminales y de Justicia material. En este sentido, ya advierte LÜDERSSEN en Alemania, que «el aumento del riesgo de responsabilidad de los destinatarios de la norma, ante la cada vez mayor inseguridad cualitativa y cuantitativa de los elementos normativos debe ser compensada en el aspecto subjetivo<sup>28</sup>. Es verdad que, como dice también en Alemania MAIWALD, manteniendo la tesis contraria a la que aquí se propone, «el Estado debe exigir a los ciudadanos que se identifiquen con las normas que el mismo Estado promulga en cumplimiento de su función ordenadora». La regulación del error de prohibición, que es como este autor considera que debe tratarse el error sobre las normas extrapenales es, pues, para MAIWALD «expresión de la exigencia de una fuerte identificación con el orden estatal<sup>29</sup>. Pero precisamente esto es lo que falta aquí la mayoría de las veces: la identificación del ciudadano con la normativa estatal. No sólo porque ésta es compleja y cambiante, sino porque a veces es tan coyuntural, arbitraria e imprecisa, que da la impresión que se utiliza el Derecho penal más como simple instrumento intimidatorio o como instrumento ejecutor de una determinada política económica, que su carácter de *ultima ratio*, inspirado en el principio de intervención mínima.

Naturalmente, esto no quiere decir que baste con que el ciudadano alegue que desconocía la normativa vigente en el momento en que cometió el hecho para que quede exento de pena. Es más, muchas veces los autores de los delitos económicos son verdaderos especialistas y buenos conocedores de los entresijos de las normas que regulan algunos sectores muy concretos de la economía (mercado de valores, propiedad industrial y Derecho de la competencia, Derecho de sociedades, circulación de capitales, normativa fiscal o de la Seguridad Social), o están perfectamente asesorados por los mejores profesionales del Derecho y de la Economía. Pero hay que tener en cuenta que la alegación del error se basa muchas veces, más que en el desconocimiento de la normativa existente, en que el comportamiento formalmente ilícito es tolerado o incluso fomentado por el Estado, que en épocas muy recientes ha cerrado los ojos ante la circulación del «dinero negro» siempre que se suscribieran títulos de la Deuda Pública a bajo interés, o se invirtiera en determinados sectores de la economía; o que ha permitido el incumplimiento de determinadas obligaciones de carácter contable, o la inobservancia de exigencias de un determinado nivel del pasivo en la entidades bancarias o de crédito; o ha dejado en la duda o en la ambigüedad jurídica si en determinadas operaciones de crédito se deben hacer o no retenciones a cuenta, etc. Todo ello producía y aún produce hoy, incluso entre los especialistas en la materia una gran confusión e inseguridad jurídica. Desde luego, una cosa es segura: al ciudadano de a pie no puede confundírsele y mucho menos asustársele con una normativa penal que luego no se aplica, o, lo que es peor, se aplica arbitrariamente o selectivamente, cuando conviene, para conseguir una identificación con una determinada política económica del Estado. Tanto más cuanto el poder de control y sancionatorio de la Administración, no sólo en materia tributaria, sino también, por ejemplo, en el control e inspección de las entidades de crédito campea por sus respetos, imponiendo en caso de infracciones in-

26. Por ej. TORIO LÓPEZ, ob cit., (nota 23). También recientemente SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona. 1997, p. 105, señala que «esta tendencia (una decantación hacia la apreciación del error de prohibición), que por diversos motivos ya es perceptible en España a propósito del «error sobre elementos normativos del tipo de contenido jurídico» (errores de Derecho extrapenal) experimentará probablemente un incremento notable».

27. En el ámbito de los delitos económicos en sentido estricto, la posibilidad de una sanción administrativa, a veces más grave que la penal propiamente dicha, es algo bastante frecuente. Prácticamente la única, aunque importante diferencia, entre ambas es la imposibilidad de que la sanción administrativa pueda ser transformada, directa o indirectamente, en sanción privativa de libertad, porque así lo veda expresamente el artículo 25.3 de la Constitución. En todo caso, rige aquí el *ne bis in idem*, por lo que no es posible la doble sanción, siendo sólo aplicable la administrativa en caso de que no pueda aplicarse la penal, entre otras cosas, por ej., por falta de dolo típico del sujeto que realizó el hecho a sancionar. Para más detalles, véase los trabajos de MAZZACUVA, DANNECKER, PALERO Y SÁNCHEZ MORENO, en el referido libro *Homenaje a Tiedemann* (Jornadas Tiedemann cit.).

28. Véase LÜDERSSEN, *Die Parteispendedproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht*, en Wistra. 1985. p. 230.

29. MAIWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*. Heidelberg. 1984, p. 42 y ss.

cluso puramente formales, sanciones de tanta gravedad como las penas propiamente dichas, o en otras ocasiones negocia con los particulares determinados niveles de exigencia menores en el control de sus actividades económicas, según se trate de beneficiar algunas actividades, o incluso simplemente concediendo un trato de favor a personas afines a los aparatos de poder o a la financiación de los partidos políticos.

Pero no sólo en el ámbito de los delitos económicos en sentido estricto puede darse este tipo de problemas. Recientemente (mayo 1997) estamos asistiendo a una polémica sobre si la disposición de los depósitos entregados como garantía del decodificador de la televisión por cable constituye o no apropiación indebida, pero admitiendo que lo fuera, lo cual, y al margen del problema político y social que está detrás de este tema, es más que discutible, lo cierto y verdad es que una cuestión jurídica tan complicada en el ámbito del Derecho civil o mercantil, puede dar lugar a un error sobre norma extrapenal, elemento normativo del tipo, o como quiera llamársele, que obviamente excluye el dolo típico específico de este delito y con ello la propia tipicidad del mismo.

No se trata, pues, de conceder impunidad a la

despreocupación o negligencia en el cumplimiento de los deberes de carácter económico que el ciudadano empresario, contribuyente, etc. tiene con el Estado o con otros ciudadanos, sino de garantizar al particular que actúe en estos ámbitos que el Derecho penal no se va a utilizar con criterios selectivos políticos, o para tapar los déficits de funcionamientos de otras instancias jurídicas. Cuando se habla de dar relevancia al error sobre la compleja normativa extrapenal que sirve de base a la configuración típica de muchos delitos económicos (o simplemente patrimoniales), de lo que se trata es de situar adecuadamente el problema y de solucionarlo en la categoría o elemento de la teoría del delito donde corresponde, a los efectos de conseguir una Administración de Justicia penal justa y racional, por encima de la arbitrariedad que la coyuntura económica del momento favorezca. Y hoy por hoy creo que es en la configuración del propio tipo de delito, que es donde surgen las obligadas remisiones o referencias a normas extrapenales, donde hay que resolver también el problema de si esta clase de error, cuando se plantee y se demuestre que realmente existió, debe o no tener relevancia a efectos de excluir incluso la propia tipicidad de la conducta. ●