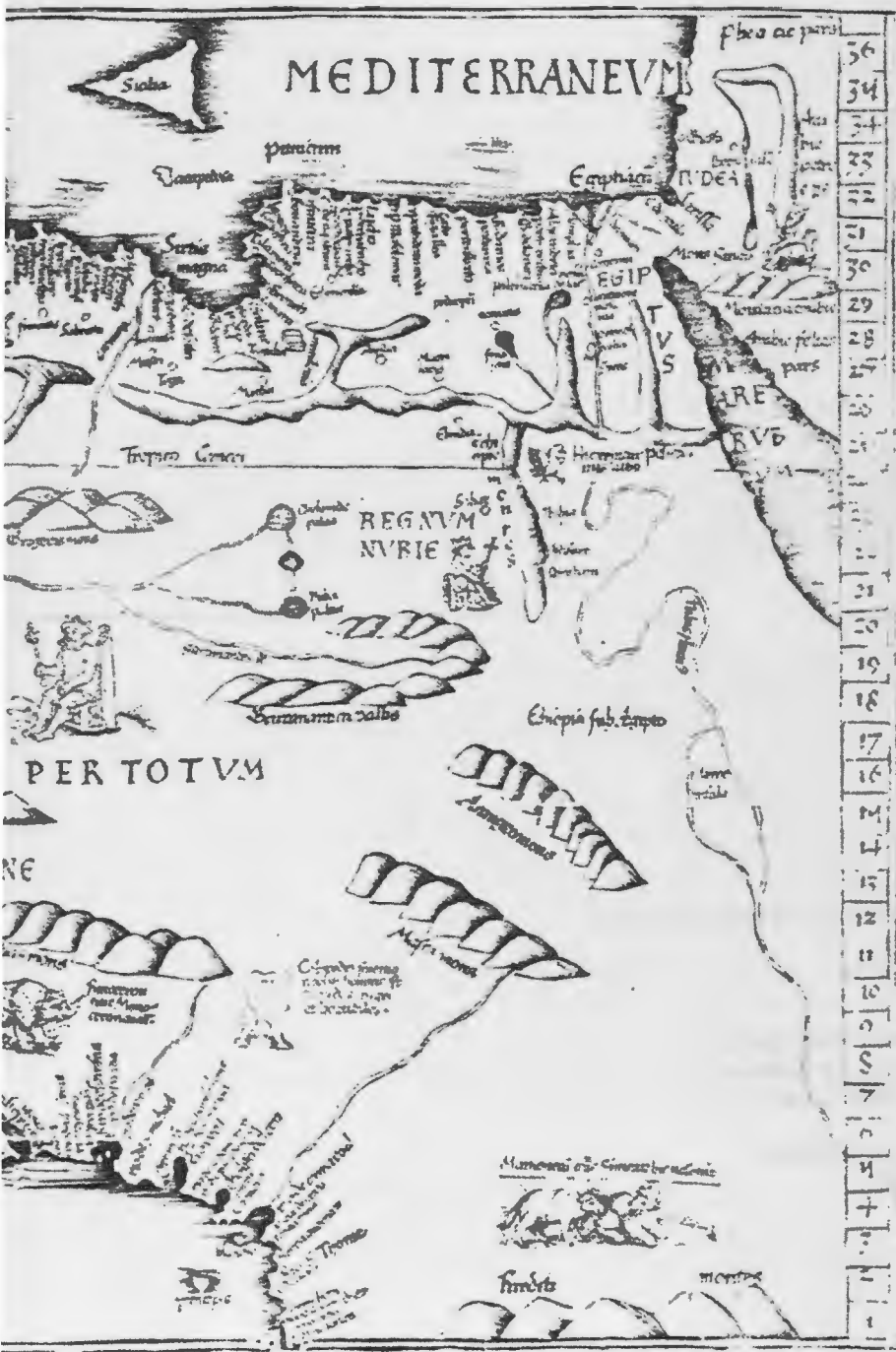


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

88

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintés

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. ANÁLISIS DEL FENÓMENO

GONZALO QUINTERO OLIVARES

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

SUMARIO

1. ORÍGENES Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA.
2. UN CONCEPTO JURÍDICO MÍNIMO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA.
3. SOBRE LA “FUNCIONALIDAD” DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE ECONÓMICO.
4. ÁMBITO JURÍDICO-POSITIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS.
5. LA REFORMULACIÓN DEL DERECHO PENAL PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS.
 - 5.1. Penas pecuniarias.
 - 5.2. Penas privativas de derechos.
 - 5.3. Privaciones de derechos a empresas.
 - 5.4. Penas privativas de libertad.

1. ORÍGENES Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA

En 1940 Edwin H. SUTHERLAND, publicaba un trabajo destinado a ser un hito en los estudios criminológicos, “White Collar Crime” (*American Sociological Review*, 5, 1940). Con él se iniciaban los modernos estudios sobre criminalidad económica, dotando a esta clase de delincuencia de unas características nuevas en relación con las propias de la criminalidad “clásica”. A través de esta clase de criminalidad SUTHERLAND va formulando su teoría de la “asociación diferencial”, que luego continuarían CRESSEY y otros (sobre el tema, vid.: GARCÍA PABLOS, *Manual de Criminología*, 1988, pp. 555 y ss.). Lo esencial de esta teoría, en lo que ahora importa al objeto de estas páginas, es la esencial apreciación de que la delincuencia económica, atendidos el “status” e inteligencia del infractor, no expresa una disfunción o inadaptación del individuo, sino un aprendizaje efectivo de valores criminales. Cuando transpongamos estas ideas al lenguaje actual podremos hablar de cultura del “triunfo rápido”, o expresiones incluso más plásticas. El presupuesto lógico, según el citado criminólogo norteamericano, es que en la sociedad existen grupos o asociaciones estructuradas consciente o inconscientemente en torno a intereses y objetivos o metas. El proyecto común une a los individuos. Alguno de esos grupos, inevitablemente antepondrá sus fines a los valores que otros defienden mayoritariamente. Que una agrupación de esa especie se pueda producir entre individuos diversamente situados en la organización social nada tiene de extraño; el fenómeno de la separación del valor mayoritario no depende en modo alguno de la posición social entendida en el sentido tradicional “clásista”. Lo que transforma a una persona en delincuente, según este análisis es, entre otras cosas, que las relaciones o modelos favorables a la violación de la ley superen a los desfavorables.

La cita de las ideas de SUTHERLAND la tomo de partida para llamar la atención sobre la importancia de no utilizar sistemáticamente modelos explicativos del delito apoyados en los primitivos análisis del positivismo italiano o del correccionalismo español. Eso no quiere decir que reconozca al citado autor una originalidad indiscutible. El afán de imitación o emulación con los triunfadores sociales fue señalado ya como causa del delito por los representantes de la Escuela de Lyon —en especial, Gabriel TARDE en su *Philosophie pénale* (1890)—, que por lo mismo mantuvieron dura controversia con

los Ferri, Garofalo y seguidores. Mas sea como fuere lo cierto es que los estudios profundos sobre criminalidad económica arrancan en la literatura científica anglosajona, y, especialmente, norteamericana, quizá 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.

En materia de criminalidad económica carece totalmente de sentido sostener que el delito es expresión de un conflicto entre clase dominante y clase trabajadora, siendo los procesos de criminalización expresión de las contradicciones del sistema capitalista. Eso no es cierto, y es fácil comprobar que la diatriba de la Criminología crítica (TAYLOR, YOUNG, WALTON, y otros) contra la llamada Criminología liberal es tan desacertada como cualquier análisis marxista radical, aunque la afirmación más preocupante sostenida por este grupo de escritores es que los delitos económicos, por ser propios de los “poderosos” no se criminalizan ni persiguen, a diferencia de lo que sucede con los delitos convencionales: el Derecho penal es un instrumento de dominación, que no está organizado para luchar contra la criminalidad, sino para decidir a quién se le cuelga la etiqueta de criminal. El grado en que estas ideas sean más o menos irracionalmente compartidas por la opinión general es cosa que no podemos saber sin la oportuna investigación sociológica. Pero indudablemente existe una “imagen diferenciada”, que un Estado social y democrático de Derecho ha de procurar evitar.

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 contrario, 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 “costos 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.

Sin perjuicio de respetar la valiosa aportación de los criminólogos contemporáneos, conviene decir que el concepto de delincuente económico no es tan nuevo como pueda parecer. Con el título precisamente de *El delito económico*

aparece un libro de Laschi a principios de siglo, en donde, con el lenguaje propio de la época, y el muy inferior volumen de relaciones económicas o mercantiles de aquel entonces, describe en esencia un tipo humano análogo al criminal del “cuello blanco”, que los criminólogos italianos de los años 20 bautizan como delincuente “in ganti gialli”, esto es, de guantes amarillos, para referirse a los guantes de gamuza con que se completaba el atuendo de los caballeros elegantes.

En todo caso, y desde el principio, flota la idea de que este tipo de delincuente es diferente, pero no sólo 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 de la antes citada crítica de un sector de la Criminología científica, aparece 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 ésta, 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 predicen 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 injusto, exigibilidad de conducta, capacidad para actuar de otra manera) es fácil notar que se conciben sobre el presupuesto, muchas veces no confesado, de que estamos ante un sujeto “diferente” por muchas razones.

La cuestión, o la preocupación, no es nueva. Ya el precursor de la Criminología, César Lombroso, llegó a denunciarla al fin de su vida. Efectivamente, siendo anciano fue requerido para informar en 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”.

2. UN CONCEPTO JURÍDICO MÍNIMO DE 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 por delincuente económico. Una primera definición, de escasa utilidad criminológica y político criminal, consistiría en tener como tales a los que cometen delitos legalmente considerados como “económicos”. Y 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 más 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:

— 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 éste. Su primera característica viene pues dada por el marco de actuación en que se mueve.

— 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: éste no es sólo 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 sólo 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 por un administrador, por ejemplo —y según lo describe el PrCP 1992— precisamente por ese distinto ámbito normativo o de obligaciones que se establece.

— Ese ámbito normativo 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. Las grandes cuestiones de la economía no pueden venir afectadas por actuaciones individuales, pero, lo que es realmente importante, 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.

3. SOBRE 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 otros que afectan, según algunos, a la base misma que permite declarar la sustancial injusticia de su comportamiento. Me estoy refiriendo a lo que técnicamente será designado como “antijuricidad material”. Por supuesto, nadie duda de que es materialmente injusto que una persona arruine a otros a través de una jugada de 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 ya decía QUINTANO RIPOLLÉS, en su *Tratado*, y al ocuparse de las características criminológicas de esta clase de delincuencia, cuestión que abordaba como previa a otras consideraciones, que en ocasiones la diferencia entre un delincuente económico y un empresario genial residía exclusivamente en la suerte. Ésta, a modo de éxito en una especulación

de cualquier clase, podía 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 u 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 examinaré después, pero ciertamente no caeré 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”.

Acabo de hacer mención al riesgo de recuperación de la responsabilidad objetiva. Me explicaré. 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 comprará y el precio por el que venderá. Eso sería un delito de uso de información privilegiada, según el PrCP; 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 con 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 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.

Nos encontramos pues ante un dilema que la vida diaria muestra fácilmente, y es que QUINTANO tenía razón al referirse al factor suerte como 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⁽¹⁾ 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 denunciante, y sin entrar en qué otras normas jurídicas no penales

(1) A propósito de esas “otras personas” conviene hacer alguna precisión en torno a las ideas de “riesgo” y “consentimiento” —con cierto paralelismo con lo que sucede en la determinación de los límites del injusto en la imprudencia—. Si alguien, por ejemplo, opta por invertir en una operación fantástica, que ofrece ganancias que “nunca” el mercado normal podría dar, siendo por tanto casi inimaginable su viabilidad, pero prefiere eso, es evidente que asume el riesgo de confiar en un aventurero, y, por lo mismo, se reduce la necesidad de la reacción penal, como sucede en otros casos de consentimiento. Por supuesto, eso no ha de confundirse con aquellos casos en que se perjudica económicamente a un grupo o masa a través de mecanismos del mercado o bien aprovechándose de su buena fe o ignorancia o, simplemente, de su situación de necesidad (caso, p.e., de los negocios bancarios abusivos, en los que el consentimiento nada tiene una limitada relevancia).

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 lleguen a ser perseguidas como delitos.

4. ÁMBITO JURÍDICO-POSITIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

Parece obligado, en un trabajo sobre problemas de la delincuencia económica, indicar quiénes son los sujetos que pertenecen a esa categoría. Bien es verdad que he señalado los rasgos que, a mi modo de ver, componen los rasgos principales del concepto, pero eso será un dato por ahora de sociología criminal. Si el Derecho penal debe disponer alguna regla especial, tendrá necesariamente que acotar cuáles son los títulos jurídicos que arrastran la consideración ulterior de delitos económicos. El PrCP de 1992 ofrece un Título muy amplio rubricado como “delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”. Es una indicación importante, pero evidentemente adolece de precisión desde el momento en que reúne a lo “patrimonial” con lo “económico”, siendo misión del intérprete conferir uno u otro carácter a la infracción que se estudia. De los diferentes criterios utilizados para hacer esa distinción quizá el menos complejo consiste en tener por infracción patrimonial la que incide sobre bienes jurídicos prioritariamente de personas individuales, reservando la calificación de delito económico para el que rompe las reglas del mercado, la competencia y el orden financiero-societario (además de causar perjuicio).

Bien es verdad que en un comentario como éste, que está dedicado a destacar ciertos problemas de la delincuencia económica, especialmente en relación con la clase de tratamiento penal o penitenciario que le haya de ser

adecuado, no parece imprescindible entrar en disquisiciones sobre cuáles son los delitos económicos en el Código penal —advierto, de paso, que también hay o puede haber delitos económicos en Leyes penales especiales— pero lo cierto es que es inevitable por una razón que resumo:

Quizá sea porque quien esto escribe es ante todo penalista, y no criminólogo, pero lo cierto es que desde la óptica de un sistema apoyado en el principio de legalidad de penas, medidas y sistema de ejecución, no resulta ni posible ni imaginable que el Juez o la propia ley establezca reacciones alternativas discrecionales, ajenas al principio de taxatividad, para el caso de que se estime que un determinado sujeto ha cometido un delito económico. Si se llega a la conclusión, por análisis criminológico y político-criminal, de que esta especie de delincuencia precisa de reacciones adecuadas a sus particulares características, el Derecho penal deberá transformar ese dato en norma positiva. A buen seguro el criminólogo realiza su estudio prescindiendo de cuáles hayan de ser las consecuencias para el Derecho positivo; es más, ni siquiera tiene que partir de éste. Pero antes o después habrá que afrontar la inexcusable realidad: si hay que arbitrar sistemas de reacciones alternativas habrá que señalar los delitos en los que es posible aplicarlas. Por ejemplo: un Código puede establecer la medida de suspensión de actividades empresariales o de prohibición del derecho a constituir sociedades anónimas; pero tendrá que especificar cuáles son las infracciones que permiten la imposición de esas medidas. Lo que sin duda es inviable es que el Juez lo decida en nombre del “perfil criminológico del hecho o de su autor”.

Como después explicaré, en la literatura penal se ha llegado a defender —y no digo que sea totalmente sin razón— la eficacia de la pena corta de prisión para esta clase de delincuencia, cuando esa pena se cuestiona en términos generales. Imaginemos por un momento que la Ley aceptara esa tesis. Indudablemente tendría que escoger cuáles son los delitos en los que la pena corta de prisión no es sustituible, o bien optar por autorizar al Juez para que no la sustituya si estima que el delito es de carácter económico, lo cual sería una segura fuente de arbitrariedades o desigualdades.

Por lo tanto, pues, el delito económico podrá tener cuantas configuraciones socio-criminológicas se estimen adecuadas, pero además deberá tener un ámbito legal preciso en el sistema penal positivo ⁽²⁾.

(2) En relación con el ámbito jurídico-positivo relevante para los delitos económicos es muy importante tener en cuenta que, de acuerdo con lo indicado en la configuración del concepto, se parte siempre de la existencia de un sistema de reglas que configuran el presupuesto u

5. LA REFORMULACIÓN DEL DERECHO PENAL PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS

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). 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 que interesa: ¿compone, o ha de componer, la delincuencia económica, un ámbito también especial? Veamos qué respuesta cabe.

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. Pero estimo que hay dos maneras de hablar de especialidades:

A) 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 (vid. nota 2) 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 criminales fueran la parte represiva penal de aquellas leyes especiales.

(...) orden del mercado o la actividad económica o financiera. Por ese motivo, junto al Derecho penal, hay que considerar la legislación no penal, privada (mercantil, societaria, concursal) y administrativa (tributaria, propiedad industrial, mercado, consumidores, publicidad, ordenación bancaria, mercado de valores). Todas esas normas jurídicas actúan, además de como configuradores de una determinada ordenación de relaciones, como sistema preventivo, quedando, o debiendo quedar, reservado el derecho penal para la actuación ulterior sancionadora, siempre con sujeción a los principios de intervención mínima —es decir, cuando no sea posible resolver los conflictos con normas no penales o éstas se muestren ineficaces o insuficientes—, y de protección fragmentaria, esto es, actuando sólo frente a los ataques más graves.

B) Especialidades en materia de responsabilidad y pena.

Éstas pasan ya a un ámbito mucho más delicado que el anterior, el cual, en el fondo, es esencialmente un problema técnico aunque tenga también ciertas facetas político-criminales.

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 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 surge aquí con particular fuerza. Por lo mismo, las soluciones legales para la imputación del hecho o la responsabilidad penal a persona concreta, en la línea del vigente art. 15 bis CP, exigen un constante perfeccionamiento. Mas aunque éste se alcance, llegará a un punto en el que inevitablemente tendrá que ser revisada la idea de que la pena y la medida solamente pueden imponerse a individuos y no a personas jurídicas, pues resultará necesario político-criminalmente disponer de medios de represión contra las Sociedades cuando precisamente haya que considerar a éstas como elemento generador o envolvente del delito.

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 (pecuniarias, privativas de derechos, privativas de libertad):

5.1. Penas pecuniarias

Conocidas son las críticas tradicionales a la pena de multa. De ella se dice que trata de manera desigual a pobres y a ricos, siendo, por lo tanto, la más discriminada de las reacciones penales. Ello no obstante, en la doctrina europea se considera a 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 mentadas. 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, lo que se refleja, con mayor o menor acierto en el PrCP de 1992⁽³⁾.

Pero todo ello no evita una crítica reiterada en materia de delitos económicos, que se puede extender a delitos medioambientales y urbanísticos: que el costo 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. Y lo cierto es que se ha comprobado en la práctica que algo de eso ocurre, especialmente en materia de violación de la disciplina urbanística por constructores, materia que todavía hoy pertenece solamente al ámbito del Derecho administrativo. Y la crítica podría continuar con el problema general de la dificultad de cumplimiento de las sentencias administrativas, en especial cuando ordenan demoliciones totales o parciales de edificios. Pero, volviendo al tema que nos ocupaba, 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.

Las multas actualmente fijadas en el Código penal pueden ser acusadas de excesivo “igualitarismo” aun cuando el art. 63 CP indica que los Tribunales habrán de tener en cuenta “el caudal o facultades del culpable”, pero eso es siempre dentro del marco de pena legalmente determinado, cosa que se ha hecho al margen de las posibilidades económicas del autor concreto. En la medida en que el PrCP propone un sistema de mayor adecuación a la capacidad económica de cada sujeto, esa crítica podrá ser obviada. Pero lo que no es posible es establecer multas, sea cual sea el método, que “de facto” acaben resultando confiscatorias, pues incurrirían en inconstitucionalidad. *En relación con la delincuencia económica, por lo tanto, es particularmente importante revisar el sistema de determinación de la cuantía de la multa, pero no hay razón para desechar la utilidad de esta clase de pena en relación con algunas infracciones.*

(3) Como es sabido el PrCP incorpora el sistema de “días, semanas, y meses multa”, cuya característica principal es, además de marcar tal pauta de cálculo y ritmo de pago, la búsqueda de una relación entre los ingresos o capacidad económica del condenado y la pena impuesta. Ello no obstante, como es lógico, se fija un límite máximo de multa imponible (cfr. art. 46 PrCP). También se dispone (art. 48) que “excepcionalmente la multa será proporcional al daño causado, al valor de los efectos objeto del delito, o al beneficio reportado, *en los supuestos expresamente previstos en este Código*”. Precisamente uno de esos pocos casos es el de la conversión de bienes procedentes de delitos (art. 309 PrCP), cuya multa se dispone como del “... tanto al triplo del valor de los bienes”. Una de las cuestiones más debatidas en torno a la actual regulación de la pena de multa es la de la “voluntariedad” del pago de la misma.

5.2. Penas privativas de derechos

Con las *penas privativas de derechos* en relación con la delincuencia económica los problemas son de otra naturaleza. Pero quiero adelantar que, a mi modo de ver, *las privaciones de derechos imponibles a personas físicas, como penas, o personas jurídicas, como consecuencias accesorias del delito, 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 subrepticamente, sino utilizando mecanismos del mercado en el que está participando o interviniendo. Esos 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. Dejando a un lado el Código penal vigente, en el que prácticamente no hay delitos económicos, podemos apreciar en el Proyecto de Código penal 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. Como mínimo se pueden añadir a este grupo, tal y como repetidamente he ido indicando, los delitos relativos al mercado y a los consumidores —competencia desleal, maquinaciones, fraudes, publicidad mendaz—, los que atañen a la propiedad industrial, las insolvencias fraudulentas cuando desbordan el ámbito del pequeño comercio, la utilización o conversión de dinero procedente de actividades delictivas, los delitos fiscales, el contrabando entre ellos, etc. De todos ellos se ocupa el PrCP o leyes penales especiales (caso de contrabando). Pero no se utiliza la pena de inhabilitación como principal entre las imponibles al autor del hecho, aunque naturalmente tendrá el carácter de accesoria que le corresponda acompañando a la pena principal señalada al delito. La sola lectura del Título XII del PrCP puede poner de manifiesto lo que se acaba de afirmar. Y es eso precisamente lo que merece la siguiente reflexión:

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 éstos, 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, en la discusión del PrCP algún sector parlamentario ha manifestado la conveniencia de que los delitos cometidos en el ámbito de la función pública 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, a la postre, 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 llevarían 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 debemos 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.

5.3. Privaciones de derechos a empresas.

Las inhabilitaciones en relación con personas jurídicas plantean problemas de diferente clase. Admitido que las inhabilitaciones o privaciones de derechos ofrecen un recurso de notoria eficacia en la represión de la delincuencia económica, resurge el mismo problema que hemos planteado antes: en el ámbito de los malos comportamientos económicos o financieros es frecuente, por no decir que mayoritaria, la presencia de personas jurídicas en el protagonismo de los hechos. No se trata de discutir cómo se puede realizar la “imputación del hecho a una persona física”, pues eso sería tarea del actual art. 15 bis o precepto similar que le sustituya, ni tampoco de establecer la responsabilidad de los administradores en lo penal o en lo mercantil, *sino de asumir la necesidad de establecer en las leyes penales medidas de sanción que afecten a la persona jurídica en sí misma considerada*.

Inmediatamente surge la vieja cuestión de la incapacidad penal de las personas jurídicas. Éstas no pueden ser ni “autoras” ni, por lo mismo, “condenadas” a una pena, que sólo se concibe para sujetos físicos. Al menos ésa es la tesis tradicional. Pero actualmente parece llegada la hora de revelarse contra las consecuencias de la idea de “ficción del derecho” con la que se ha calificado a la persona jurídica, admitir que la “personalidad” societaria ha de ser reconocida para lo bueno —reunión de capacidades individuales en empresas que sólo conjuntamente pueden llevarse a cabo— y para lo malo, suspendiendo, limitando o cancelando la actividad empresarial misma, cuando esa actividad haya sido delictiva. A tal fin, el PrCP, bajo la denominación de “consecuencias

accesorias'', dispone una serie de medidas, que no llevan pues ni el nombre de penas ni el de medidas de seguridad, que tienen como objeto precisamente bloquear temporalmente o definitivamente la actividad de una empresa. Curiosamente, en las discusiones hasta ahora habidas en torno al PrCP apenas se ha prestado atención a estas reglas que, a mi modo de ver, están llamadas a cumplir importantes misiones en el futuro, si llegan a ser Ley. Únicamente puede objetarse que, como es lógico, el PrCP advierte que estas consecuencias solamente pueden acordarse en los casos expresamente previstos en el Código, y, dentro del ámbito de los delitos económicos esos casos son pocos (blanqueo de dinero, conversión de bienes). Pero creo que ésa es una objeción de orden menor, pues lo importante es abrir un camino de reacciones que hasta ahora estaba excesivamente bloqueado.

5.4. 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 tiene 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 me estoy 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 será cometido por persona física sin relación con sociedades o empresas, nos situaremos en el punto problemático al que me quiero referir: la imposición de una pena privativa de libertad por el delito económico cometido. Ello no revestirá 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 penitenciaria, se muestra aún más alejado. Es cierto que en relación con los delitos graves las necesidades de prevención especial obligan a disponer 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, concurren otras circunstancias. Así, por ejemplo, el art. 88 del PrCP, 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”, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta —p.e., 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 mi 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 impresionan” 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 delinquentes 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 delinquentes económicos.

A la delincuencia económica agrega JESCHECK la de tráfico automovilístico. Para ambas indica que se puede aplicar la pena corta, que ofrece grandes virtudes, sin preocupación por los temidos efectos disocializadores. Esta opinión está bastante extendida. Y exige tomar postura respecto a ella. Desde luego estoy de acuerdo con VIVES en que *no sería conveniente que la Ley dispusiera sin excepción la sustitución automática* pues en tal caso sería mejor no hablar de sustitución, sino de supresión legal de esa clase o de esa medida de penas. *La sustitución de la pena corta ha de ser sin duda una facultad conferida a los Tribunales*, los cuales podrán otorgarla, como indica el PrCP, en atención a las circunstancias del hecho y del autor. Por lo tanto, 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 sólo 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 cierra 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.