

LA EXPANSIÓN SELECTIVA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

JAVIER G. FERNÁNDEZ TERUEL

Sumario: I. EL MODELO PUNITIVO ESPAÑOL.- II. LA LLAMADA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.- III. VISIÓN CRÍTICA DEL FENÓMENO EXPANSIVO.- IV. LA APTITUD LESIVA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.- V. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS: ALGUNOS EJEMPLOS EN LA CONFORMACIÓN DE LOS TIPOS.- VI. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS: CONSECUENCIAS JURÍDICAS.- VII. REFLEXIÓN FINAL: LA EXPANSIÓN SELECTIVA (A MODO DE CUENTO).

I. EL MODELO PUNITIVO ESPAÑOL

Debido a una serie de mecanismos más o menos complejos, la sociedad española tiene ampliamente arraigada entre sus creencias la idea de que nuestro modelo punitivo es muy benévolo con los delincuentes; dicho de otro modo, que tenemos un Código penal blando o incluso con expresiones más coloquiales y directas, que la justicia penal es un cachondeo o que los delincuentes entran por una puerta y salen por otra. Y resulta que es mentira. Y no sólo es mentira, sino que ocurre justamente lo contrario. Tenemos uno de los modelos penales más duros del mundo civilizado. El máximo de cumplimiento efectivo de pena previsto en el Código penal español -40 años- no tiene parangón, superando incluso a algunos estados (por ejemplo Francia) en los que aún rige la llamada «cadena perpetua», que en la práctica no es perpetua y es siempre inferior a los 40 años de cumplimiento efectivo. A la vez, apenas se perciben datos objetivos como que el número de internos en los centros penitenciarios españoles supera en este momento los 64.000; esto supone que aproximadamente uno de cada 700 habitantes de nuestro país vive en la cárcel. O que los inmigrantes poco tienen que ver con la delincuencia de las redes o grupos pseudo-mafiosos compuestos por extranjeros, en los que normalmente también intervienen españoles, de los cuales -por cierto- los propios inmigrantes son su principal víctima. O que la supuesta benevolencia de la llamada ley penal del menor no se basa en un acto de caridad, sino en una objetiva e indiscutible menor culpabilidad. La lista sería interminable. Simultáneamente, existe un colectivo de delincuentes que ha podido eludir en buena medida esta dureza característica de nuestro modelo punitivo; se trata de la denominada delincuencia económica.

II. LA LLAMADA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

En ámbitos doctrinales desde hace tiempo se viene denunciando un incremento destacado de la intervención penal en el seno de las diferentes legislaciones penales, fenómeno que ha sido calificado como *la expansión del Derecho penal*. Una generosa *apertura* que se ha plasmado en la práctica de diversos modos. Además de la introducción de nuevos tipos penales, se relaja

la fuerza vinculante de las tradicionales garantías penales¹, flexibilizando los principios de imputación y adelantando las barreras de protección - básicamente a través de los delitos de peligro abstracto², primando así la eficacia de la norma³; se endurecen además las sanciones penales, se introducen en los tipos cláusulas genéricas e indeterminadas⁴, leyes penales en blanco o elementos normativos que encuentran su integración en la legislación extrapenal de referencia (pudiendo terminar por ser la correspondiente autoridad administrativa quien determina el supuesto de hecho de la norma); consecuencia de todo ello es la erosión de principios penales como el de subsidiariedad o última *ratio*⁵.

El referido proceso expansivo supuestamente se justificaría por la necesidad de hacer frente a la actual sociedad del riesgo -*Risikogesellschaft*-⁶ nacida al socaire de los avances técnico-científicos y socioeconómicos. Los mismos factores que conforman esta sociedad del riesgo y permiten su desarrollo habrían sido el germen para la aparición y asentamiento de determinadas formas de criminalidad. El incremento de la inseguridad, fruto de esas nuevas formas de comportamientos humanos peligrosos estaría fomentando precisamente la legitimidad de un *Derecho penal de la seguridad* (Derecho penal de la sociedad del riesgo frente al Derecho penal liberal o clásico), en el que el poder político terminaría por ceder a la presión de la opinión pública. Esta inseguridad, causada por la aparición de nuevos focos de peligro, habría coincidido además con el descrédito de otros medios de protección jurídica -básicamente el Derecho civil y el Derecho administrativo⁷. La nueva orientación planteada en términos funcionalistas tendría también como una de sus causas destacadas el evidente proceso de politización del Derecho penal, que ha determinado su entendimiento como instrumento de propaganda política de la idea de seguridad⁸.

Frente a este proceso expansivo se han alzado en los últimos años un buen número de voces. Uno de los máximos exponentes de este movimiento es el conformado por los autores de la Escuela de Frankfurt, encabezada por

¹HASSEMER W., *Crítica al Derecho penal de hoy*. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 58 y ss.; vid. del mismo autor, «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», en *Doctrina Penal* 46/47, 1989, pág. 275 y ss.

²Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padua, 1988, pág. 215.

³BAJO FERNÁNDEZ M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 79.

⁴Como afirma F. MUÑOZ CONDE («El «moderno» derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias», *La Ley*, núm. 3, 1996, pág. 1340), en ocasiones el legislador deja a los jueces un amplio arbitrio pero no ya sólo en la determinación de la consecuencia jurídica, sino incluso en la del supuesto de hecho delictivo, lo que puede vulnerar el principio de división de poderes.

⁵SILVA SÁNCHEZ J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 16.

⁶Segun la formulación de BECK U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

⁷SILVA SÁNCHEZ J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 44.

⁸M. DONINI (« ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico», en *Temas de Derecho penal económico*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 197 y ss.) las divide en razones fisiológicas y patológicas.

HASSEMER⁹. El mismo pone de manifiesto como se ha acudido al Derecho penal con la ilusión, a través del mismo, de resolver y prevenir los perjuicios derivados del uso y abuso de los mecanismos de funcionamiento de nuestra actual sociedad y porque, como afirma este autor, *en términos comparativos, el Derecho penal resulta más barato, en el caso concreto supone una respuesta dura y, en lo que se refiere al problema en su globalidad, promete cierta eficacia*¹⁰. En su examen de los tipos llama la atención precisamente sobre la gran atomización de los bienes jurídicos que le sirven de referente. Frente a la deseable existencia de un conjunto limitado de bienes objeto de protección penal (la vida, la integridad, el patrimonio) habrían ido apareciendo múltiples bienes de menor calado, imprecisos perfiles e incierta determinación, lo que favorecería también la existencia de un gran margen de maniobra a la hora de concretarlos¹¹. En este contexto, también se rechaza la justificación del recurso a los tipos de peligro abstracto como supuesta fórmula idónea (eficaz) de protección o tutela de los denominados bienes jurídicos colectivos, buena parte de los cuales constituirían supuestamente el objeto de protección de los tipos de Derecho penal económico¹². El recurso a los mismos plantea, como apuntamos, problemas de compatibilidad con el principio de proporcionalidad en su versión de ofensividad, en la medida que de éste se deriva la exigencia de que, junto a la antijuricidad formal, esté presente en el tipo la antijuricidad material¹³. Además, con frecuencia los tipos de peligro abstracto no serían capaces de poner de manifiesto el desvalor que ha dado lugar a su tipificación y a la vez podrían suponer un exceso difícilmente comprendido por sus destinatarios; en tal sentido considera W. HASSEMER¹⁴, que la existencia de una discordancia entre la represividad de la norma y la valoración social de la conducta a ésta referida ha derivado en un *déficit de ejecución*¹⁵. Frente a ello, el acceso al derecho positivo de los tipos de peligro abstracto se habría justificado sin embargo sobre la base de la dificultad que existe en la práctica para probar el

⁹Vid. la obra, AA. VV., *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada 2000, considerada el manifiesto de los autores de la Escuela de Frankfurt como respuesta a los planteamientos funcionalistas (recogidos por ejemplo en los trabajos de G. JAKOBS Y K. LÜDERSSEN, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipienendenken», *ZStW*, 107, 1995, pág. 843 y ss.); vid. SANZ MORÁN A., «Recensión al libro de J. M. Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal», Civitas, 1999, en *RDP, lex. nova*, núm. 2, enero, 2001, pág. 293 y ss.

¹⁰HASSEMER W., «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)», en *RDPC*, UNED, núm. 3, 1999, pág. 319.

¹¹HASSEMER W., «Symbolisches Strafrecht», en *NStZ*, 1989, pág. 553; vid. también sobre la cuestión, MENDOZA BUERGO B., «Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal», en *ADPCP*, vol LII, 1999, pág. 293 y ss.

¹²MUÑOZ CONDE F., El «moderno» Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias, en *La Ley*, 1996, pág. 1340. GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensrecht*, Bayreuth, 1990, pág. 40 y ss. BUSTOS RAMÍREZ J., «Los bienes jurídicos colectivos», *loc. cit.*, pág. 187. FIANDACA G.-MUSCO., *Diritto penale. Parte generale*, 3ª edic., Zanichelli, 1985, pág. 441-2.

¹³Entre otros muchos, GONZÁLEZ CUSSAC J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y Reforma Penal», en *PJ*, núm. 28, Dic., 1992, pág. 25.

¹⁴HASSEMER W., *Critica al Derecho penal de hoy*, op. cit., pág. 60.

¹⁵Sobre esta falta de aplicación de los tipos penales así concebidos, vid. en la doctrina italiana, Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napolés, 1992, pág. 185.

perjuicio o incluso la puesta en peligro de algunos de esos bienes jurídicos supraindividuales¹⁶.

En el contexto expuesto y con el objeto de reconducir la expansión aludida se han formulado distintas propuestas, entre las que destaca la del mismo HASSEMER quien propone crear un «*Derecho de intervención*», basado en la previsión de penas más leves y menos estricto en cuanto a exigencias de carácter material y procesal y recurriendo a sanciones menos intensas que las clásicas y con objetivos de carácter preventivo. Se trataría de una *vía intermedia* entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal¹⁷. Propone en concreto una vuelta al Derecho penal clásico (o liberal) y defiende una concepción individualista y personal del bien jurídico, dejando atrás la protección de bienes universales configurados de un modo vago. En concreto, y en ese mismo marco, buena parte de los *delitos económicos* quedarían excluidos del Derecho penal pasando a formar parte del Derecho de intervención¹⁸.

En nuestro país ha sido SILVA SÁNCHEZ, quien ha propuesto la instauración de un nuevo modelo de Derecho penal. Frente a la propuesta de HASSEMER, considera que ya resulta imposible *volver al viejo y buen Derecho penal liberal*¹⁹, manifestándose abiertamente en desacuerdo con la consolidación de un único Derecho penal moderno. Su propuesta de un nuevo «modelo dual o dualista», se basaría en la creación de un sistema penal o Derecho penal *a dos velocidades*; uno reservado para el *Derecho penal común* y junto al mismo un *Derecho penal secundario* o complementario, con un contenido básicamente socioeconómico. Los criterios que determinarían la pertenencia a una u otra categoría serían la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los sujetos implicados y las sanciones aplicables. En el *Derecho penal primario* quedarían englobadas las infracciones del Derecho penal clásico, los tipos encargados de proteger los bienes jurídicos que afectan a la persona y a su desarrollo y se respetarían los criterios de imputación vigentes y los principios político-criminales garantistas propios del mismo, siendo todos ellos objeto de flexibilización en el *Derecho penal secundario*, pues las rígidas garantías y criterios de la teoría del delito podrían resultar incompatibles con la demanda social de mayor protección. Allí se ubicaría la reacción frente a buena parte de las nuevas modalidades de criminalidad y especialmente las relativas a la delincuencia económica, excluyendo como forma de reacción la privativa de la libertad²⁰.

16Entre otros, vid. BAJO FERNÁNDEZ M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, op. cit., pág. 79.

17HASSEMER W.-MUÑOZ CONDE F., *La responsabilidad penal por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pág. 11 y ss.

18HASSEMER W., «Crisis y características del moderno Derecho penal», en AP, núm. 43, 1993, pág. 635 y ss.

19SILVA SÁNCHEZ J. M., *La expansión del Derecho penal.*, op. cit., pág. 115.

20SILVA SÁNCHEZ J. M., *La expansión del Derecho penal.*, op. cit., pág. 125 y ss. A. SANZ MORÁN («Recensión al libro de J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*», loc. cit., pág. 295) pone en duda que una visión funcionalista del Derecho penal, que sitúe su tarea fundamental en la estabilización normativa, pueda ser compatible con una vocación autorestrictiva. Su propuesta (pág. 297) se aproximaría a los planteamientos de la escuela de Frankfurt como «revulsivo imprescindible frente al funcionalismo dominante». Pone de manifiesto como el modelo propuesto por SILVA SÁNCHEZ presenta fisuras, especialmente en cuanto a la idea de mantener la observancia de las garantías penales sólo en referencia al

III. VISIÓN CRÍTICA DEL FENÓMENO EXPANSIVO

En mi opinión, un análisis realista y pormenorizado debe llevar a la conclusión de que el aludido incremento en la intervención penal no ha sido lineal o proporcionado; mientras que el grueso de las medidas sancionadoras del orden penal implantadas en los últimos años ha ido dirigido a reprimir las conductas delictivas de aquellos categorizables como delincuentes marginales, la delincuencia económica, frente a la cual ciertamente se han previsto de modo formal determinadas medidas, ha quedado excluida en la práctica (materialmente) de ese proceso expansivo. Sobre la incidencia del fenómeno expansivo casi en exclusiva sobre la delincuencia marginal ya se han formulado diversas críticas en la doctrina española, entre las que destacamos dos.

GRACIA MARTÍN entiende que el Derecho penal clásico o tradicional (el Derecho penal de la Ilustración) debe ser superado debido a que el mismo sólo tendría como fin la protección de los intereses de las clases sociales privilegiadas²¹. Se trata de una reflexión en parte coincidente con la realizada por LÜDERSSEN, para quien el objetivo de un Derecho penal mínimo querría decir volver a un Derecho penal «de clase»²². Rechaza el calificativo de clásico para referirse al «Derecho penal de la Ilustración» cuyo *nomen* debe ser el de «Derecho penal liberal»²³. Aboga por la construcción de un nuevo Derecho penal cuyo núcleo se centre en el castigo de los comportamientos de las clases criminales más poderosas en defensa de las restantes clases sociales. Rechaza a la vez, de un modo frontal, que la «pretendida modernización» del Derecho penal tenga lugar a través precisamente de la flexibilización de las garantías penales del Estado de Derecho²⁴.

El fenómeno anterior (expansión) forma parte de un proceso detalladamente descrito por el profesor DIEZ RIPOLLÉS²⁵, cuya principal característica es precisamente la consolidación del Derecho penal clásico, esto es aquél que tiene como autores a los marginales y marginados, situación que encuentra hoy un apoyo inestimable en el sentimiento general de inseguridad ciudadana²⁶. Manifestación de ese fenómeno es la desaparición de la actitud

Derecho penal de la pena privativa de libertad, pues quedarían entonces excluidos de ese grupo, delitos centrales en cualquier sistema penal como la prevaricación, frente a los cuales suele estar prevista una pena privativa de derechos. Vid. también en sentido crítico, MENDOZA BUERGO B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, *op. cit.*, pág. 181 y ss., quien entiende que no puede renunciarse en ningún caso a las reglas de imputación que se estiman adecuadas y necesarias según el sistema. La misma, en «Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal», *loc. cit.*, pág. 316 y ss., donde afirma que la intervención penal debe estar sometida a una serie de límites propios de un Estado de Derecho, aunque ello pueda suponer un entorpecimiento de la efectividad total del Derecho penal.

²¹GRACIA MARTÍN L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 217.

²²vid. LÜDERSSEN K., *Abschaffen des Strafrechts?*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, pág. 391 y ss.

²³GRACIA MARTÍN L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pág. 51.

²⁴Ibidem, pág. 156.

²⁵DIEZ RIPOLLÉS J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *loc. cit.*, pág. 25 y ss.

²⁶Curiosamente esta permanente intensificación del rechazo frente a la delincuencia marginal coincide en el tiempo con un significativo blindaje de la criminalidad económica, la cual

de comprensión hacia la criminalidad tradicional, especialmente hacia la pequeña delincuencia, que basaba el entendimiento del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado²⁷. Ahí se incluye la criminalidad que afecta a determinados intereses individuales y entre ellos a la propiedad o al patrimonio.

Otros factores explicados detalladamente por el autor se ponen de manifiesto de modo simultáneo. Se establece una ecuación según la cual la delincuencia tiene su origen en la ausencia de control social y así, tasas importantes de delincuencia a estarían propiciadas, a juicio de una parte importante de los ciudadanos, por la «excesiva tolerancia» o «dejación en el control». Se abandona el modelo resocializador o tratamiento rehabilitador del delincuente en el que la sociedad ya no confía; frente al mismo se centra todo el esfuerzo en modelos y fórmulas de intimidación al conjunto de la sociedad o de intimidación e inocuización del delincuente, modelos que obtienen todo el respaldo social, a costa del garantismo²⁸.

El modelo inocuizador ha alcanzado en algunas ocasiones soluciones extremas, como por ejemplo las previstas en el art. 89 CP para los inmigrantes en situación jurídica irregular. Dicho precepto dispone la expulsión del extranjero del territorio español cuando la pena impuesta por la comisión de un delito sea inferior a seis años de prisión. Aunque aquí no puede ser objeto de estudio, una decisión de este calado, además de vulnerar principios constitucionales, convierte la respuesta en un «mal» para quienes forman parte real del colectivo de inmigrantes económicos y sin embargo en un «bien» o premio a cambio del delito para quienes acceden a nuestro país con el único ánimo de delinquir (vg. delincuencia organizada).

Se aprecia de un modo nítido el fenómeno apuntado (expansión frente a los marginales) analizando las últimas reformas de nuestro texto punitivo y basta para ello fijarnos para ello en las tres que tuvieron lugar durante al año 2003. La primera de ellas, operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, incluye medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: el acceso al tercer grado no podrá tener lugar hasta superar el llamado período de seguridad; se incrementa el límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión, que puede llegar hasta los 40 años; los beneficios penitenciarios se referirán a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias; establecimiento de períodos mínimos para acceder a la libertad condicional, etc.

La segunda reforma de ese año, derivada, en este caso de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (Seguridad Ciudadana, Violencia Domestica e Integración Social de los Extranjeros), incrementa el número de medidas represoras para asegurar la denominada «Seguridad Ciudadana», las cuales recaen de modo absoluto sobre el característico delincuente marginal; así por

aparece caracterizada, cada vez más, por enfrentarse a un derecho penal blando, por mucho que a veces se afirme lo contrario, a lo que se suman unas grandes dificultades de detección, comprensión y persecución de la conducta delictiva y todo ello pese a la gran capacidad lesiva de la misma que es muy superior a la que, debido a su escasa visibilidad, se le suele atribuir.

²⁷DIEZ RIPOLLÉS J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *loc. cit.*, pág. 27.

²⁸Ibidem, pág. 31.

ejemplo, la reiteración de faltas de lesiones, hurto, y sustracción de vehículos en el plazo de un año se convierten en delito.

Finalmente, la gran reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre incide en diversos ámbitos que tienen también como destinatario principal a los delincuentes más desfavorecidos desde un punto de vista social. Así sólo a título de ejemplo, se incrementa la duración mínima de la pena de prisión que pasa de 6 a 3 meses, lo que lejos de contribuir a su función resocializadora refuerza el posible efecto contaminante que produce en la persona el contacto con un ambiente carcelario. Junto a ello se produce un incremento general de las penas, a la par que se tipifican nuevos delitos, buena parte de los cuales están dirigidos a reprimir las conductas antisociales de colectivos marginales.

Por contra, las medidas frente a la delincuencia económica apenas aparecen en las diferentes reformas y cuando aparecen no dejan de ser mayoritariamente manifestaciones de Derecho penal simbólico, cuando no previsiones tan alejadas de la realidad y con una configuración tan deficiente que resultan con frecuencia inaplicables. Que duda cabe que también ha contribuido a esa actitud legislativa indolente la ausencia de reacción social adecuada frente a este tipo de delincuencia cuyos efectos nocivos muchas veces no se perciben o, cuando se perciben, no se comprenden, quedando así notablemente diluida la preocupación de la sociedad por este fenómeno, más interesada por aquello que percibe de un modo más directo, incluso aunque nunca la haya padecido personalmente (básicamente la delincuencia patrimonial marginal).

IV. LA APTITUD LESIVA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Precisamente las capacidades lesivas de la delincuencia económica son escasamente conocidas y sin embargo bastante mayores que lo que habitualmente se percibe. Frente a la cada vez más frecuente deslegitimación del Derecho penal económico vigente, creo que es preciso destacar como, bajo la llamada delincuencia económica, se engloban múltiples conductas, algunas de las cuales poseen un potencial lesivo muy superior al que manifiestan externamente y perciben los ciudadanos. Como apuntamos, ello es debido a que las manifestaciones lesivas no se exteriorizan con facilidad y a que en otras ocasiones no se comprende bien cual es el efecto nocivo producido. La ausencia de un sentimiento generalizado de lesividad no debe determinar sin embargo que se excluya la tipificación de algunos delitos, pues muchos de ellos, por la novedad en los instrumentos utilizados en su ejecución, requieren un período más largo de maduración y asimilación de sus reales capacidades lesivas²⁹.

²⁹Destaca en este sentido J. L. DIEZ RIPOLLÉS («El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *loc. cit.*, pág. 41), como en ocasiones toda la fase prelegislativa se mueve en un ámbito experto; esto se produce fundamentalmente cuando el desajuste social, real o parente, tiene un carácter especialmente técnico que hace que no resulte fácilmente perceptible por la sociedad, lo que determina que la disfunción social no despierte una atención ni malestar generalizados. Esta falta de percepción de un sentido de ilicitud y el rechazo, cada vez mayor, a cualquier tipo de relación entre moral y derecho habría contribuido también a la

En concreto, una parte de la delincuencia económica produce en primer lugar, importantes daños *patrimoniales o económicos*, existiendo cada vez más indicios de que sus costes son muy superiores a la suma de todos los de la denominada delincuencia común (patrimonial-marginal)³⁰. La misma produce a la vez graves *daños indirectos*; se trata de importantes efectos indirectos, como la pérdida de confianza por parte de inversores, ahorradores y sociedad en general en el funcionamiento del mercado, y en el sistema económico vigente³¹. Estas consecuencias económicas a su vez se proyectan sobre un gran número de personas (accionistas, empleados, acreedores e incluso el Estado³²). Junto a este primer grupo de delitos económicos, también forman parte de dicha categoría otros que determinan resultados de carácter extrapatrimonial y en concreto, todas aquellas acciones u omisiones lesivas de otros bienes jurídicos, como el medio ambiente, la salud pública, e incluso la vida o la integridad física (enfermedades o la muerte a causa por ejemplo a accidentes en el lugar de trabajo, o a la comercialización de productos peligrosos, la contaminación ambiental, etc.) en el ejercicio de actividad económica relevante.

Otra manifestación de la entidad lesiva de estas conductas, se localiza al examinar la situación de las víctimas del delito económico. Aunque no existen en nuestro país suficientes estudios, quienes en otros países se han ocupado con detalle del tema han comprobado que las víctimas de este tipo de delitos tienen muchas de las mismas necesidades que las víctimas de los delitos violentos³³. La preocupación en Estados Unidos por las víctimas de este tipo de fraudes ha determinado la creación en el seno de la *Oficina para las Víctimas del Crimen (OVC)* de una sección específica dedicada a las víctimas del delito o crimen económico (<http://www.ojp.usdoj.gov/ovc>). Los trabajos de investigación realizados a su amparo han permitido comprobar como las víctimas de este tipo de delitos a menudo sufren un fuerte sentimiento de culpabilidad, vergüenza y deben soportar la indiferencia de buena parte de la sociedad (fenómenos de esta naturaleza han podido comprobarse en alguno de los últimos escándalos económicos, en los que el conocimiento de quienes

deslegitimación enunciada. En concreto, ha sido LUHMANN quien mejor ha puesto de manifiesto como el destacado proceso de formalización del Derecho penal moderno habría llevado a una clara diferenciación entre el derecho y la moral como sistemas de reglas independientes entre sí (LUHMANN N., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1983, pág. 16 y ss.).

³⁰W. MITSCH («Rechtsprechung zum wirtschaftsstrafrecht nach dem 2. WiKG», *JZ*, 1994, pág. 877-889) realiza en Alemania una interesante valoración estadística de los daños causados por las distintas manifestaciones delictivas en este ámbito. En nuestro país afirma E. RUIZ VADILLO («La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor», en *Estudios criminológico-victimológicos de Enrique Ruiz Vadillo (in memoriam)*, Eguzkilore, 1999, pág. 40), que la criminalidad económica es en general mucho menos perseguida que la criminalidad tradicional y, sin embargo, cuesta mucho más a la comunidad y sus víctimas son mucho más numerosas. Algunos Estados declaran que es objeto de enjuiciamiento diez veces menos y cuesta diez veces más, aunque las estadísticas son muy imprecisas.

³¹OTTO H., «Konzeption und Grundsätze des wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)», *ZStW*, 96, 1984, pág. 339-375.

³²Vid. RUIZ VADILLO E., «Derecho penal económico y proceso penal», *loc. cit.*, pág. 256.

³³J. W. TOMLIN («Victims of White Collar Crimes» en H. J. Schneider, ed., *The Victim in The International Perspective*, New York: Walter de Gruyter Publishing, 1982, pág. 56 y ss.) describe cinco tipologías básicas de víctimas: a) El individuo b) Empresas corporativas c) Instituciones del gobierno d) El orden internacional e) La sociedad.

habían sido los presuntamente estafados por las actividades de una Agencia de Valores (el llamado «caso Gescartera») fue recibido con notable indiferencia por parte de la sociedad y quizá en algún caso incluso con satisfacción). La revelación del hecho delictivo por parte de la víctima del delito económico constituye una experiencia inductora de estrés en si misma, que se une al sufrimiento psicológico derivado de una serie de respuestas inapropiadas por parte de la sociedad. Muchos de los esquemas financieros de estos delitos implican un proceso de inversión, que puede conducir a algunos a entender que ha sido la propia avaricia de la víctima o el deseo de obtener un lucro rápido la que provocó el delito. Las repercusiones emocionales que sufre la víctima del delito económico con frecuencia también serían mal entendidas por los profesionales de la justicia y por los responsables de atención a las víctimas; se encuentran con escepticismo, e incluso desprecio cuando buscan ayuda, originándose a raíz de todo ello un proceso de victimización secundaria³⁴. A consecuencia de todo ello, las víctimas de estos delitos sufren además un deterioro psicológico, y la pérdida de seguridad y autoestima, daños que muchas veces apenas se perciben³⁵. Si las víctimas del delito han sido las grandes olvidadas del sistema, seguramente las del delito económico han sido las últimas de entre estas. Aunque los efectos sobre la salud física y mental no se han investigado extensamente, los estudios indican el impacto de crímenes financieros pueden causar un daño psíquico y/o emocional severo, incluyendo la depresión y la idea de suicidio³⁶. En este estudio, uno de los pocos que se centran en el impacto psicológico de importantes crímenes económicos llevados a cabo en Estados Unidos, examina a las víctimas de diversos fraudes de inversión que ocurrieron en Oregón durante los años 80. De las setenta y siete víctimas estudiadas, el 29% sufrieron un episodio depresivo importante, frente al 2% por ciento del grupo de control. Cinco víctimas desarrollaron ideas suicidas, mientras que el 45% tenía un desorden generalizado de la ansiedad³⁷.

Finalmente tampoco hay que olvidar los *daños indirectos derivados de la delincuencia económica organizada*; los estudios realizados en los últimos años ponen de manifiesto como, incluso aquellos delitos a los que habitualmente se atribuye un contenido lesivo exclusivamente económico o patrimonial trascienden a otros ámbitos. En concreto, de los mismos se derivan importantes daños socio-políticos, a la vez que son germen potencial

³⁴WALSH, M.-SCHRAM D., «The Victim of White Collar Crime: Accuser or Accused» en G. Geis and E. Stotland, eds., *White Collar Crime*, Beverly Hills, CA: Sage Publications, 1980, pág. 116 y ss. Según estos autores, «su deseo de obtener un lucro, aun siendo lícito, minaría su credibilidad y hace que los encargados de la persecución del delito sean renuentes a activar la maquinaria policial y judicial en su favor».

³⁵Una exhaustiva descripción del impacto emocional que reciben las víctimas de estos delitos puede encontrarse en, ALEXANDER, E.-SEYMOUR A., 148.

³⁶GANZINI L.-MCFARLAND B.-BLOOM J., «Victims of Fraud: Comparing Victims of White Collar and Violent Crime», en *Bulletin of the American Academy of Psychiatric Law*, núm. 18 (1), 1990, pág. 55 y ss.

³⁷Parecidos resultados se obtuvieron en los análisis realizados en el famoso escándalo de los planes de pensiones del Robert Maxwell (*The British Criminology Conference: Selected Proceedings*. Volume 4. Papers from the British Society of Criminology Conference, Leicester, July 2000). Se observó en las víctimas además una profunda pérdida de confianza en el sistema -en las instituciones sociales, políticas y económicas-(SHOVERN N.-FOX G.-MILLS M. «Long-term Consequences of Victimization by White-Collar Crime», *Justice Quarterly* Vol.11, 1994, pág. 213 y ss.).

de conductas violentas (puede verse el estudio realizado a instancias del gobierno de Canadá en el que se refleja el impacto de las distintas formas de crimen organizado; Samuel D. Porteous³⁸).

V. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS: ALGUNOS EJEMPLOS EN LA CONFORMACIÓN DE LOS TIPOS

Una vez constatado el olvido de que hacen galas las reformas penales respecto a las medidas frente a la delincuencia económica y la lesividad que adquiere la misma, veamos brevemente como trata la legislación penal vigente este tipo de conductas. En concreto, la dificultad por su abstracción en el grado de cumplimiento de los principios que determinan el contenido de la proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad y necesidad) nos lleva a plantear el posible respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es por comparación entre diferentes tipos penales y en concreto entre aquellos que forman parte del Derecho penal económico y aquellos que no. La tarea completa requeriría una extensión que no admite este trabajo, por lo que nos limitaremos sólo al análisis ejemplificativo de algunos supuestos.

En dicho sentido, no parece que deba ser objeto de discusión lo correcto -y por tanto proporcional- del tratamiento más severo de los delitos patrimoniales de apoderamiento que implican el ejercicio de violencia física contra las personas (robo con violencia o intimidación) que los restantes delitos económico-patrimoniales, especialmente los de defraudación. Toda lesión del bien jurídico patrimonial recibe un reproche muy superior si la misma está mediatizada por la violencia (física o psíquica) como demuestra la relación entre el propio tratamiento punitivo del hurto frente al robo o los abusos frente a las agresiones sexuales. Por razones obvias, las posibilidades de determinar si existe proporcionalidad entre la pena prevista para los delitos económicos y la prevista para aquellos otros que no lo son serán muy limitadas, entre otras razones, por la influencia de valoraciones subjetivas sobre la gravedad intrínseca de cada uno de ellos.

En concreto, por existir cierta afinidad puede resultar interesante intentar comparar los delitos económicos con los patrimoniales. Sin embargo una seria dificultad para establecer dicha comparación se deriva del criterio que mantenemos, según el cual algunas figuras delictivas pueden formar parte a la vez de los dos ámbitos. Quizá por ello el análisis comparativo más razonable sería aquel entre los delitos económicos y los patrimoniales de apoderamiento. En concreto tomamos el delito de hurto para confrontar su pena con la prevista para la estafa, la apropiación indebida y el delito fiscal y demás afines. Con relación a la primera de ellas (la estafa) la regulación del Código penal de 1995 establece el límite entre el delito y la falta en 400 _ (cuantía de lo defraudado). La estafa tiene ahora prevista una pena notablemente superior a la del hurto -prisión de 6 meses a 3 años frente a prisión de 6 a 18 meses- (lo mismo puede decirse del delito de apropiación

³⁸(Porteous Consulting), Public Works and Government Services of Canada, 1998 Cat. No. JS42-83/1998 ISBN 0-662-63748-8

indebida, pues el art. 252 se remite a estos efectos a la estafa (prisión de 6 meses a 4 años)). El límite máximo de esta pena de prisión coincide con la del robo con fuerza en las cosas (prisión de 1 a 3 años). La estafa hiperagravada del art. 250.2 prevé una pena (prisión de 4 a 8 años y multa), que resulta notablemente superior a la del robo con violencia e intimidación -prisión de 2 a 5 años-; (si bien esta hiperagravación no es muy frecuente en el ámbito del Derecho penal económico, pues la circunstancia núm. 1 (que debe concurrir conjuntamente con la 6ª o la 7ª) se refiere a los supuestos en que el delito de estafa recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social (con la excepción de las estafas llevadas a cabo por empresarios de la construcción)).

Conclusiones distintas son las que se obtienen si confrontamos el mismo tipo de hurto con los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social y demás afines. Todos ellos implican la pérdida de valor patrimonial para el titular del bien sustraído, que en el caso del hurto, se produce mediante sustracción o apoderamiento material de bienes ajenos con ánimo de lucro; en los otros a través de la apropiación (incorporación al propio patrimonio) de cantidades cuya titularidad pertenece a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social. Sin embargo, frente al delito de hurto, que como vimos tiene prevista una pena de prisión de 6 a 18 meses, siempre que la cuantía de lo sustraído exceda de 400€, el delito fiscal requiere que el autor defraude una cantidad superior a 120.000€ y el fraude de subvenciones más de 80.000 €. Un tratamiento tan desigual entre dichos preceptos no parece tener fácil explicación. La cantidad que se debe defraudar para que entre en acción el delito fiscal parece desproporcionada. En concreto, los 120.000€ de los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social suponen nada menos que 300 veces la cantidad necesaria para apreciar delito de hurto y los 80.000 € del fraude de subvenciones es 200 veces superior.

Lo elevado de la cuantía mínima de este delito cuando esta estaba en 5.000.000 ptas. (30.051€) ya había llamado la atención de la doctrina³⁹. En ese momento histórico afirmaba A. BERISTAIN⁴⁰ que «en España la legislación resulta injusta y escandalosa (...); a los delincuentes de cuello blanco que defraudan al Estado sólo se les impondrá esa pena privativa de libertad si concurren dos condiciones (...). Por tanto quien defrauda al Estado o a la Hacienda local nueve millones de pesetas cuando tenía que tributar noventa millones no sufrirá pena privativa de libertad alguna sino solo una pena pecuniaria oscilante entre nueve y cincuenta y cuatro millones de pesetas. La irritante diferencia que media entre las sanciones correspondientes a estos dos delitos salta a la vista».

Además, en el caso del delito fiscal la diferencia es aun mayor si tenemos en cuenta que las cantidades han de ser defraudadas en un único periodo

³⁹vid. BOIX REIG J.-MIRA BENAVENT J., «Comentario a los Art. 305-310 CP», *loc. cit.*, pág. 1512.

⁴⁰A. BERISTAIN («Delincuencia económica: eficacia de las sanciones penales», en *Ciencia penal y criminología*, tecnos, Madrid, 1985, pág. 199) que «en España la legislación resulta injusta y escandalosa (...); a los delincuentes de cuello blanco que defraudan al Estado sólo se les impondrá esa pena privativa de libertad si concurren dos condiciones (...). Por tanto quien defrauda al Estado o a la Hacienda local nueve millones de pesetas cuando tenía que tributar noventa millones no sufrirá pena privativa de libertad alguna sino solo una pena pecuniaria oscilante entre nueve y cincuenta y cuatro millones de pesetas. La irritante diferencia que media entre las sanciones correspondientes a estos dos delitos salta a la vista».

impositivo. Sin embargo, parece indiscutible su relevancia en cuanto se trata de conductas lesivas del patrimonio público concebido funcionalmente⁴¹. Todo lo anterior resulta aun más llamativo en la medida en que estos son delitos de defraudación, entendida como forma de engaño, que si bien no es el engaño «bastante» propio de la estafa, siempre ha sido considerado un elemento generador de un desvalor añadido. Aun haciendo abstracción del engaño, persiste el desvalor de acción que en concreto se encontraría en la infracción de un especial deber en la fase de liquidación de los tributos⁴² no parece finalmente tener mucho sentido esta devaluación del patrimonio público que va en contra de los criterios político criminales desarrollados en otros lugares del Código en materia de protección específica de la función y sector públicos.

El generoso tratamiento punitivo expuesto ha pretendido ser explicado por la doctrina, siguiendo para ello las pautas recogidas en la propia Exposición de Motivos de la Reforma de 1995, sobre la base del deseo del legislador de *primar la función recaudatoria*, optimizando todos los recursos de recaudación a su alcance, y evitando los retrasos en el cobro derivados de la prejudicialidad penal en los procesos por delito fiscal, así como la necesaria paralización de las actuaciones en vía administrativa⁴³. Con ellas se refuerza la voluntad del legislador de primar la función recaudatoria, optimizando todos los recursos a su alcance⁴⁴. Afirma MUÑOZ CONDE⁴⁵ cómo la interpretación restrictiva del delito fiscal deriva en una «amnistía fiscal» convirtiendo a estos delitos «en delitos sólo perseguibles a instancia de la Administración Tributaria, cuando ésta, por las razones que sean, no llegue a un acuerdo de regularización fiscal con el contribuyente; algo realmente chocante». Conjuga a estos efectos A. IGLESIAS RÍO⁴⁶ la perspectiva exclusivamente fiscal con fundamentos basados en planteamientos jurídico-penales. Así añade (pág. 223) que «el fundamento penal de la autodenuncia se caracteriza porque no acentúa tanto la pretensión estatal de alcanzar un aumento de la recaudación

⁴¹Así, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales» *loc. cit.*, pág. 421 y ss.

⁴²Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales» *loc. cit.*, pág. 421 y ss., quien niega además la supuesta posición de superioridad de la Administración tributaria frente al contribuyente.

⁴³Exposición de Motivos de la Ley 25 25/1995, de 20 de julio: «De tal suerte que está última sea plenamente eficaz y contribuya a disminuir la litigiosidad existente, por una parte, y a fomentar una mejor aceptación social del sistema tributario, favorecedora del cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias con la reducción consiguiente del fraude actual. Por otra, reviste una especial importancia a tal fin proceder a una regularización adecuada de los recargos exigido por la realización voluntaria de ingresos fuera de plazo, que, sin fomentar el fraude y la presentación documental tardía, sirva para que aquella cumpla debidamente su función, merced a la cual se permite al contribuyente rectificar de manera espontánea su acción u omisión y regularizar así su situación de forma voluntaria».

⁴⁴BOIX REIG J. MIRA BENAVENT J., *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 21 (también en Comentario a los arts. 305-310 CP, *loc. cit.*, pág. 1379 y 1430).

⁴⁵MUÑOZ CONDE F. Derecho penal. Parte especial, *op. cit.*, pág. 900.

⁴⁶IGLESIAS RÍO A., *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, *op. cit.*, pág. 216 la perspectiva exclusivamente fiscal con fundamentos basados en planteamientos jurídico-penales. Así añade (pág. 223) que «el fundamento penal de la autodenuncia se caracteriza porque no acentúa tanto la pretensión estatal de alcanzar un aumento de la recaudación fiscal cuanto la valoración positiva de comportamiento externo en si mismo del sujeto después de la infracción evidenciando la autorregulación».

fiscal cuanto la valoración positiva de comportamiento externo en sí mismo del sujeto después de la infracción evidenciando la autorregulación».

La autodenuncia liberadora aparecería inspirada en la idea de la reparación, del desistimiento del arrepentimiento activo y en la supuesta desaparición del desvalor de resultado⁴⁷. No todos estos argumentos parecen plenamente convincentes. Si la cuestión se examina en términos estrictamente económicos habría que tener también en cuenta los costes (económicos) que supone para la sociedad la estancia de los delincuentes patrimoniales de apoderamiento (hurtos, robos, etc.) en centros penitenciarios, buena parte de los cuales son variables y por tanto evitables si no se produce el ingreso en prisión; [estimación de unos 36.000 _ anuales por interno, 64.211 (15.582 preventivos y 48.629 penados) en octubre de 2003]. No debe olvidarse además que el que defrauda y luego regulariza puede haber disfrutado de un dinero que no es suyo para realizar diversas transacciones económicas. Y desde luego tampoco puede contribuir a justificar mínimamente la situación la existencia de la posibilidad de sanción previa administrativa que existe para el caso de las defraudaciones a la Hacienda Pública y Seguridad Social. En el fondo radicaliza el trato diferenciado pues se trata de un nuevo privilegio, al que quienes intervienen en la ejecución de los delitos patrimoniales enunciados no pueden acceder.

Otra intervención en el ámbito del Derecho penal económico que no parece haber sido demasiado respetuosa con el principio de proporcionalidad, y que es buen ejemplo del Derecho penal simbólico (por inaplicable), es la derivada de lo dispuesto en el art. 285 CP, sirviendo al aludido discurso de deslegitimación del Derecho penal económico. Dicho artículo castiga el delito de abuso de información privilegiada («*insider trading*»).

Existe ciertamente una importante oposición doctrinal al castigo penal de este tipo de conductas, llegando a considerar algún autor que el art. 285 es un precepto injusto e innecesario, por entender que con ese tipo de conductas no producirían perjuicio ni al inversor ni al mercado⁴⁸. Frente al posicionamiento anterior, no puede obviarse que la utilización de información privilegiada, supone el aprovechamiento de aquella información relativa a valores que no se ha hecho pública y que, puede influir de forma notable sobre la cotización de estos en el mercado. La intervención penal en los mercados de valores se encuentra justificada por la necesaria protección de los inversores en un mercado como el financiero altamente criminógeno y proclive por ello a la aparición de conductas fraudulentas. En cuanto al bien jurídico, se trata de un delito que protege la confianza de los inversores, pues la misma resulta imprescindible para el cumplimiento de los fines del mercado de valores que no son otros que la transformación del capital en

⁴⁷TIRADO ESTRADA J. J., «El concepto de regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito fiscal», en *AJA*, núm. 248, 1996, pág. 3. DE VICENTE REMESAL J., *El comportamiento postdelictivo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1985, pág. 31.

⁴⁸Así, BAJO FERNÁNDEZ M., «Uso de información privilegiada» en, *El nuevo Código penal. Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (eds. Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R. F.; Beristain Ipiña, A.; Romeo Casabona, C.M.), Comares, Granada, pág. 637 y ss.

inversión y ahorro, así como la adopción de medidas de ordenación de la política económica⁴⁹.

Pese a todo lo expuesto, el delito del art. 285 contiene una condición objetiva de punibilidad propia que permite excluir la necesidad de pena para determinadas operaciones cuyo beneficio no supere los 600.000 €. La exigencia de un beneficio tan elevado no tiene sentido desde el parámetro de la proporcionalidad, e incluso ha determinado la inaplicabilidad del precepto, pues pensemos que dicha cantidad ha de constituir el beneficio ilícito derivado de una operación bursátil. Por si esto fuera poco, sorprendentemente el art. 286 contiene todavía un tipo agravado para cuya aplicación es necesario un beneficio «de notoria importancia», beneficio que por cierto- es casi imposible de demostrar⁵⁰.

VI. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Sin embargo, la anterior es solo una pequeña muestra de las ventajas que tiene atribuidas este grupo delictivo. Resultados mucho más llamativos encontramos cuando examinamos como se articulan las consecuencias jurídicas previstas para el delincuente económico.

Pues bien por lo que respecta a las penas comunes (prisión y multa) un primer examen del tratamiento punitivo realizado por los distintos tipos penales pone de manifiesto como el legislador ha previsto de un modo masivo la prisión como consecuencia jurídica para los delitos que forman parte del Derecho penal económico (superior al 70%). Esta específica decisión de política legislativa coincide por lo demás con la política punitiva general del Código, que se extiende también al ámbito de la mediana y pequeña criminalidad. De forma mayoritaria, la prisión se prevé conjuntamente con una pena de multa y/o inhabilitación, aunque en otras ocasiones ambas penas (prisión y multa) aparecen de modo alternativo, existiendo finalmente algún supuesto en que se prevé únicamente una pena de prisión.

Ahora bien, un examen con detalle pone de manifiesto como esta apuesta decidida por la pena de prisión en el ámbito de la delincuencia económica es

⁴⁹GÓMEZ INIESTA D. J., *La utilización abusiva de información privilegiada*, op. cit., pág. 297 y ss.; para J. M. VALLE MUÑIZ («Comentario a los arts. 273-297», loc. cit., pág. 1295), el uso de información privilegiada menoscaba la transparencia en el mercado, así como el principio de igualdad de oportunidades de acceso a la información de valores cotizados en bolsa.

⁵⁰Poniendo un ejemplo práctico, el conocimiento a través de información privilegiada acerca del próximo lanzamiento de una OPA que va a tener una prima del 20% de la que el sujeto se aprovecha de un modo ilícito, requeriría una inversión del nada menos que tres millones de euros para poder obtener ese beneficio de 600.000 €. El abuso de información privilegiada es algo muy frecuente; por ejemplo en las OPAs lanzadas en el año 2003 sobre empresas del mercado continuo siempre precedidas de fuertes revalorizaciones. Óscar Mayer subió un 18% en las dos sesiones anteriores a la oferta de Campofrío; Befesa, un 47% en 20 días; Zabalburu, el 43% en cinco semanas, y Cantábrico, el 80% en el mes. Las acciones de las compañías FCC, ACS y Acesa, integrantes del consorcio Xfera, a quien se concedió las nuevas licencias de telefonía móvil UMTS, experimentaron fortísimas subidas los días anteriores de que se conociera públicamente la resolución del concurso de adjudicación (<http://www.iese.edu/faculty/Etica>).

más teórica que real. Si observamos cuáles son los márgenes de estas penas en cada uno de los delitos, comprobamos que la inmensa mayoría de ellos tienen prevista en su margen inferior una pena que oscila entre los seis meses y un año; entre los restantes, un buen número tiene una pena mínima superior a un año y hasta dos. Únicamente de modo excepcional se prevé una pena que en su margen inferior supera los dos años (inferior al 10%)⁵¹.

La conclusión que se obtiene al examinar esta regulación positiva es que, pese al recurso masivo a la pena de prisión, ello se realiza en la inmensa mayoría de los casos dentro de unos márgenes con los que, a través de las fórmulas de sustitución de la pena de prisión y suspensión de su ejecución, es posible evitar el ingreso efectivo en prisión del condenado⁵², por lo que ingresan en prisión pocos delincuentes económicos.

En efecto, el legislador ha previsto la posibilidad de que bajo determinadas condiciones, el Juez o Tribunal pueda sustituir la pena de prisión de hasta un año (excepcionalmente hasta dos) por otra pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad -art. 88.1- (sustitución de cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo), siendo preciso además que se trate de *reos no habituales*. El juez o tribunal debe valorar, para decidir si procede la sustitución, las circunstancias del hecho y del reo (en concreto que se infiera que el cumplimiento de la pena habrá de frustrar los fines de prevención y reinserción social), así como su conducta y el esfuerzo realizado para reparar el daño causado, todo ello modulado por la tendencia actual a limitar en la medida de lo posible el cumplimiento de las penas privativas de libertad, por su reconocida influencia desocializadora⁵³. En el momento de determinar una posible sustitución de la pena de prisión, el juez o tribunal se encuentra ante un conflicto entre las razones derivadas de la reafirmación del ordenamiento jurídico y prevención general que fundamentan el efectivo cumplimiento de la pena impuesta y la existencia de otras sanciones menos gravosas para alcanzar los fines de prevención especial⁵⁴.

Junto a la posibilidad de sustituir la pena de prisión, cabe también la suspensión (condicional) de su ejecución una vez impuesta. En concreto en los Art. 80 a 87 CP se regula la remisión o condena condicional, caracterizada porque en la sentencia condenatoria, tras afirmarse la culpabilidad del sujeto e imponer la correspondiente pena privativa de libertad, se deja su ejecución en suspenso siempre que se cumplan determinados requisitos (art. 81 CP), pudiendo el juez condicionar la suspensión a la aceptación de determinadas reglas de conducta (art. 83 CP). Así, es preciso que el sujeto haya delinquido

⁵¹Entre estos últimos (pena superior a dos años), algunos de ellos son supuestos agravados de descubrimiento y revelación de secretos, (art. 197.4, 5 y 6) otro supuesto agravado de uso de información relevante o privilegiada (art. 285.2) y tres supuestos también agravados de receptación (art. 301, párrafo segundo y 302), un delito contra los derechos de los trabajadores utilizando violencia o intimidación (art. 311.3º) y supuestos agravados de delitos contra el medio ambiente (art. 326).

⁵²Nos recuerda L. RODRIGUEZ RAMOS (*Secundariedad del Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2001, pág. 40), cómo en la práctica no se suele acordar la pena de prisión efectiva (más de 2 años, sin posibilidad de suspensión de condena

⁵³JORGE BARREIRO A., «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», en *AP*, 2000, pág. 490.

⁵⁴GRACIA MARTÍN L., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (L. Gracia Martín, coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 253.

por primera vez, que la suma de penas privativas de libertad, de igual o diversa naturaleza, impuestas al reo en una misma sentencia como regla general no sea -con carácter general- superior a dos años, así como haber satisfecho las responsabilidades civiles. Para decidir la suspensión, el juez realizará un *juicio de peligrosidad* (art. 80.1 CP), entendido como pronóstico de comportamiento que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos⁵⁵.

Las circunstancias que se valoran a efectos de posibilitar la suspensión o sustitución de la pena de prisión están con frecuencia presentes en el ámbito que nos ocupa. En primer lugar, como hemos visto, los tipos penales constitutivos del Derecho penal económico en su inmensa mayoría y salvo que se trate de un proceder delictivo subsumible en varios preceptos penales, dejan amplio margen para que se pueda acudir a alguna de estas fórmulas. En segundo lugar, resulta infrecuente en este ámbito la reincidencia. Las razones de esto último son diversas; primero, el sujeto que realiza la actividad económica relevante desviada y ha sido condenado por ello normalmente será rechazado o expulsado por el propio mercado (inocuidado), perdiendo los medios y posibilidades de reiteración delictiva. Este tipo de personas son además motivables por la amenaza de una pena privativa de libertad (más probable en casos de reincidencia), en mayor medida que otro tipo de personas, que en ocasiones por su habituación al medio carcelario lo sufren menos intensamente. A la vez, es mayor la capacidad de intimidación que produce esta pena respecto a una persona acostumbrada a vivir con numerosas comodidades, derivadas de la alta capacidad económica que normalmente ostenta. También tiene más posibilidades de obtener un pronóstico de reinserción favorable (necesario para la sustitución de la pena) precisamente al tratarse de un sujeto con medios y condiciones para ello, valoración que, por todo lo expuesto, puede extenderse al pronóstico de peligrosidad futura (propio de la suspensión de la pena).

A resultados todavía más desalentadores se llega si examinamos las -pocas- consecuencias jurídicas más o menos específicas previstas en el ámbito de la delincuencia económica (inhabilitación profesional del delincuente económico y consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas).

En primer lugar, y por lo que respecta a la inhabilitación profesional del delincuente económico, a priori la misma pudiera parecer una consecuencia relevante en cuanto a su eficacia, en la medida en que este tipo de delincuencia es -con matices- una forma de *delincuencia profesional*, pues la actividad de carácter o naturaleza económica se efectuará normalmente desde el ejercicio de determinado cargo que implica la gestión de patrimonios sociales.

Sin embargo, en la práctica, esta pena presenta altas dosis de ineficiencia, pues generalmente lo máximo que se obtiene es un efecto inhabilitador exclusivamente formal al «cargo» de administrador, lo que podría restringir su eficacia a los supuestos en que se trata de inhabilitar a un administrador o gestor profesional, esto es, aquel sin vinculación con el capital social, que ha sido incorporado a la sociedad por los titulares de dicho capital para encargarse de su administración. Sin embargo, en tal caso, la ejecución de

⁵⁵GRACIA MARTÍN L., en *Lecciones de consecuencias jurídicas*, op. cit., pág. 232 y ss.

conductas delictivas es infrecuente. Distinto es el planteamiento en aquellos supuestos -los más frecuentes en la práctica- en los que el gestor de la sociedad inhabilitado forma parte del grupo de control de la misma. Entonces, la inhabilitación profesional va a tener escasa trascendencia práctica, pues el sujeto (*formalmente*) destituido como administrador va a poder seguir interviniendo en la gestión social a través del ejercicio material o de hecho de las tareas de administración. No puede desconocerse que la tarea esencial del administrador es la de fijar directrices e impartir instrucciones y eso en la mayoría de los supuestos lo va a poder seguir haciendo. La gestión societaria es en definitiva una tarea de diseño de políticas concretas de actuación y toma de decisiones y, evidentemente, el pensamiento no se puede inhabilitar. El sujeto en cuestión, dependiendo de determinadas circunstancias, podría continuar en el ejercicio de la actividad de administración en esa o en otra sociedad, aunque formalmente no acceda al puesto de administrador, mediante las conocidas fórmulas de suplantación, cuyas manifestaciones más destacadas son los testaferros o el ejercicio directo de la administración de hecho, excluyendo en este caso al administrador de hecho *notorio* (aquél que se presenta como tal en el tráfico), e incluyendo sin embargo al administrador de hecho *oculto* (aquél que no se presenta como tal en el tráfico, sino que actúa bajo otra apariencia o en la sombra)⁵⁶.

En segundo lugar, un ámbito específico de intervención penal frente a la delincuencia económica, aparece constituido por las denominadas consecuencias accesorias, recogidas en el art. 129 CP. Se trata de una serie de medidas destinadas a ser aplicadas de modo preferente, aunque no exclusivo, a las empresas. En concreto, son cinco las medidas que puede imponer el juez, si bien son muchos los preceptos de la parte especial que sólo admiten la aplicación de alguna de ellas. Se trata de la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal (por un máximo de cinco años) o definitivo; la disolución de la sociedad, asociación o fundación; la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (con carácter temporal por un máximo de cinco años o definitivo) y finalmente la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario (sin que exceda de un plazo máximo de cinco años).

El desarrollo del modelo elegido presenta numerosas deficiencias que han convertido estas medidas en un instrumento escasamente ineficaz (limitación de los presupuestos de aplicación, falta de concreción del contenido de las medidas, indeterminación acerca de la necesaria presencia de una sanción penal para su imposición, oscuridad en el requisito de audiencia a los titulares, etc.). La evolución legislativa debiera dar lugar a la previsión de un modelo de consecuencias accesorias general y potestativo, al que tenga acceso el Juez en todos los supuestos en los que la conducta delictiva se lleve

⁵⁶PERDICES HUETOS A., «Significado actual de los «administradores de hecho»: Los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de 24 septiembre 2001 (RJ 2001, 7489))», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 18, 2002, pág. 277 y ss.

a cabo desde una empresa, un modelo con presupuestos propios, un derecho específico de ejecución y la previsión de otras medidas como aquellas de carácter estigmatizante.

VII. REFLEXIÓN FINAL: LA EXPANSIÓN SELECTIVA (A MODO DE CUENTO)

Terminamos volviendo al principio y recordando como, frente a este modelo sólo aparente y esencialmente ineficaz con relación al delincuente económico, se ha venido configurando un otro modelo punitivo extremadamente duro con los que no forman parte de ese colectivo y especialmente persistente respecto a los marginales.

Es sin embargo tal el convencimiento de los ciudadanos respecto a la laxitud de la ley y de los tribunales frente a la mayoría de los delincuentes que un esfuerzo pedagógico en tal sentido tendría grandes posibilidades de fracaso. Intentar explicar lo anterior con argumentos jurídicos provocaría escepticismo y hasta bostezos. Por eso como diría Jorge Bucal «deje que le cuente un cuento». En este caso el cuento tiene poco de original; se trata del cuento de Blancanieves y los 7 enanitos. Sabemos que en el mismo hay una bruja mala, pero quizá lo que se nos escapa es que los protagonistas (los «buenos» y «los malos») conforman un nido de delincuentes. Vamos que si esta bonita historia fuese juzgada con el Código penal español todos podrían acabar en el «trullo»; no sólo la madrastra, que sin duda se lo merece, sino también, el cazador bueno, el príncipe azul, los 7 enanitos y hasta -quien lo iba a decir- la mismísima Blancanieves. Del primero al último.

Al morir la hermosa reina, la madrastra quedó encargada del cuidado de la joven Blancanieves. Sin embargo al estar más preocupada de su apariencia física que de hacer buenas acciones, decide acabar con la vida de Blancanieves, cuando el espejo mágico le reveló que su joven hijastra era la más hermosa del reino. Para ejecutar su horrible plan decidió llamar a su más fiel cazador, ordenándole llevársela a lo más profundo del bosque para matarla. Pues aquí tendría la madrastra su primer encontronazo con la ley, al constituir su conducta un acto preparatorio delictivo; en concreto proposición para cometer un delito de asesinato. El cazador, que era mucho mejor persona, para evitar dar muerte a Blancanieves y dado que la madrastra le había pedido como prueba el corazón de la joven, acabó con la vida de un jabalí, sacándole el corazón y entregándoselo a la madrastra. Suerte tuvo el cazador de elegir un jabalí, que debía ser especie frecuente en el lugar lejano donde se desarrolla el cuento, pues de haber optado por ejemplo por un lince ibérico, oso pardo, una cigüeña negra habría incurrido en un delito contra el medio ambiente. Aún con el jabalí podría ser sancionado administrativamente dependiendo del lugar o periodo del año en que fue abatido o incluso la edad del mismo.

Siguiendo las instrucciones del cazador, Blancanieves huyo vagando durante horas, hasta que finalmente vio en un claro del bosque, una pequeña cabaña en la que no había nadie, entrando en la misma y durmiendo una buena siesta. Lo que aparenta ser una inocente acción, no es tal, sino un delito de

allanamiento de morada, pues se castiga a quien entrare en morada ajena sin el consentimiento de sus moradores (en este caso los enanitos). Cuando estos llegaron de trabajar toda la noche sin descanso en la mina de diamantes, siendo por ello víctimas de un delito de explotación laboral, conminaron a la joven a realizar todas las tareas domésticas a cambio del alojamiento. Al no haber alcanzado Blancanieves, según todos los indicios, la edad laboral estamos ante un nuevo delito de explotación laboral, al imponerle condiciones de trabajo ilegales.

Pese a los insistentes consejos de los enanitos en orden a las precauciones que debía observar Blancanieves con los desconocidos, la candidez de la joven le hizo caer en la trampa de la madrastra que, disfrazada de anciana, acudió a la casa de los enanitos, informada por el espejo mágico de la supervivencia de su hijastra, consiguiendo que ingiriera la manzana envenenada que le provocó la muerte. Pese a que la posterior resurrección plantea serias dudas sobre si un médico forense certificaría el óbito, la madrastra sería autora de un asesinato alevoso (por veneno y disfraz), en este caso sí consumado. Los enanitos en vez de proceder a darle ordenada sepultura decidieron ponerla dentro de una urna de cristal que fue varias veces trasladada e incluso abierta. Este trajín con la urna podría plantearles problemas, si bien probablemente eludirían la justicia penal, al haber desaparecido los delitos de inhumaciones ilegales, que castigaban todas las irregularidades cometidas en la conducción de cadáveres y enterramientos. Pese a ello, no se librarían de las responsabilidades administrativas por este tipo de conductas.

Pero la actividad delictiva no acaba aquí, pues el joven Príncipe besó en los labios a la hermosa princesa, estado esta inconsciente, y por tanto sin su consentimiento -lo que la hizo despertar (o resucitar)- Tal conducta podría constituir, en el mejor de los casos, una falta de vejaciones injustas y en el peor un delito de abusos sexuales.

La madrastra por el asesinato de Blancanieves podría ser condenada hasta a veinte años de prisión. Las penas de todos los enanitos podrían sumar la friolera de 21 años de prisión por el delito de explotación laboral. El príncipe por los abusos sexuales podría ser condenado a una pena de prisión de hasta tres años y la joven Blancanieves, en virtud de la llamada ley penal del menor, a alguna medida -incluida la de internamiento- por el delito de allanamiento. Nos queda sólo el consuelo de que los 7 enanitos y el príncipe podrían obtener algún beneficio penitenciario por un, más que probable, buen comportamiento en prisión.