

ECONOMÍA E INSTRUMENTOS REPRESIVOS

Gonzalo Quintero Olivares

*(Profesor de Derecho penal - Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona)*

En la misma medida que van cambiando los esquemas de funcionamiento del capitalismo se van renovando los sistemas de enriquecimiento que los teóricos llaman «delictivos». Pero, a diferencia de lo que acontece con la «vulgar» delincuencia contra la propiedad, de la que se predica su carácter de desviada y propia de las clases sociales subalternas, y para la que se proponen programas de «recuperación» y «reeducación», la delincuencia «económica» se presenta como parte del propio sistema, insometible a los mismos principios que esta otra, intratable con las mismas penas; la pretensión de abordarla con las mismas armas sólo puede entonces encerrar el inconfeso propósito de tolerarla, lo que no puede extrañar toda vez que sería absurdo esperar que el bloque dominante se volviera contra sus propios miembros, sometiéndoles a un sistema represivo generado para otros. La actual sociedad llana democrática tiene por eso que plantear una alternativa de política penal para la salvaguarda, al menos, de las mínimas garantías que, en principio, dice defender el «Estado Social de Derecho» recientemente proclamado por la Constitución.

Para abordar un tema como el que me propongo comentar en estas páginas con cierta perspectiva, creo conveniente, siquiera con brevedad, observar cómo se ha enfocado tradicionalmente por el sistema penal lo que se llamaba protección de la propiedad, única parcela que se acercaba al tema económico. Hay en ello constantes, a veces denunciadas por los comentaristas antiguos y modernos de los Códigos y que otras veces merecieron su aprobación, que son las que realmente determinaron la orientación «legislativa» de la política criminal. Advierto ya que a la parcela jurídico-positiva le corresponde sólo una parte de responsabilidad en la configuración de la política criminal que se siga en un Estado, entendiéndose por «política criminal» aquella parte de la política que se ocupa de la desviación delictiva instrumentando los medios para evitarla o reducirla, a la vez que dispensando la más alta protección a ciertos bienes jurídicos frente a concretas modalidades de ataque. De esta concepción de la política criminal me interesa destacar que sin perjuicio de que la misma sea parte de la *Gesamte Strafrechtswissenschaft* de que hablara Von Liszt, y así la ve normalmente el penalista, es también una parte de la política general, idea que entiendo contribuye tanto a dar al problema del delito y la pena su real transcendencia social y humana como a situar en su debido lugar la función y la responsabilidad del sistema penal positivo.

Volviendo, tras este pequeño paréntesis, a las «constantes legislativas» que han caracterizado la protección de la propiedad en nuestros textos legales, pienso que reina acuerdo en señalar las siguientes:

En primer lugar, una mentalidad «burguesa liberal» que combinada con otros factores como pueda ser la influencia de la Iglesia, dominó a los legisladores españoles del pasado siglo; en especial a los que alumbraron el Código penal de 1870, fruto legislativo de la Revolución Gloriosa.¹

1. Sobre el ambiente que rodeó el nacimiento del Código penal de 1870, cfr. Silvela, *El derecho penal* II, 2a. ed. (Madrid, 1903), pp. 31 y ss.; Antón Oneca, «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal* (1970); Barbero Santos, *Política y derecho penal en España* (Madrid, 1977), pp. 39 y ss.

Esta actitud ideológica se tradujo fácilmente en la importancia que se concedió a la protección de la propiedad tanto al seleccionar los tipos de ataque que habrían de ser constitutivos de delito, como al disponer la técnica incriminatoria y la entidad de los castigos conminados.

En segundo lugar, y al filo de lo que acaba de decirse, ha sido constante también la dureza excesiva de las penas. Parece que nuestros legisladores no repararon nunca en que ya don Manuel de Lardizábal en el *Discurso sobre las Penas* aconsejaba el abandono de las penas de excesiva duración en delitos de esta índole, pues resultaban inútiles y los mismos jueces se resistían a aplicarlas por desmesuradas.² La dureza se percibía mayor tan pronto se comparaban los preceptos del Título XIII con otros del Código protectores de bienes jurídicos de mayor importancia, como por ejemplo, la integridad física. Y, además, esa dureza no sólo se manifestaba en la pena sino también en la técnica legal, dominada por un casuismo y un objetivismo que más adelante recordaremos, y que era absolutamente constrictor de las decisiones judiciales que así resultaban desacordes con el principio de culpabilidad e incluso, respecto a la pena, invalidaban cualquier argumento que pudiera esgrimirse sobre su fin o fundamento.

En tercer lugar creo que se puede convenir fácilmente en que nuestros Códigos penales no han contemplado nunca en realidad una auténtica protección de la «propiedad comunitaria» ni de los valores económicos meta-individuales. Si alguna vez la doctrina ha hecho uso de la expresión «delito económico» al referirse a alguno de los tipos de esos Códigos, ha sido más como recurso de expresión que con propósito definitorio. Claro que también se puede aceptar la tesis de Quintano, quien señalaba que el problema no era de ausencia de delitos económicos, sino que simplemente el Código se situaba ante una concepción puramente individualista de la economía, en cuya virtud y en perfecta concordancia con el liberalismo, los intereses individuales sobrepujaban a los colectivos y eran además los únicos que recibían protección penal.³

Incidentalmente quiero advertir algo que tendremos que repetir nuevamente al valorar la política legislativa: no son los mecanismos jurídicos los que explican la realidad del control social sobre la delincuencia patrimonial y en especial la económica;⁴ las leyes por sí solas no bastan «aun

2. Cfr. *Discurso sobre las Penas* (Madrid: Imp. Ibarra, 1782), pp. 43 y ss.

3. La opinión de Quintano acerca de la posición del Código penal frente a los delitos económicos puede verse en su *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, III, pp. 178 y ss.

4. Fernández Albor, *Estudios sobre criminalidad económica* (Barcelona, 1978), pp. 10 y ss. Sobre la eficacia de las leyes en la lucha contra la delincuencia económica,

cuando fueran técnicamente inmejorables». Por eso, cuando en concreto se medita sobre lo que en realidad ha sido, por ejemplo, la regulación penal de las infracciones de insolvencia fraudulenta es preciso, sin renunciar a la crítica jurídica, evitar la tentación de explicar la realidad de las cosas desde el mirador del jurista. Éste puede aportar «factores coadyuvantes» o incluso a veces «determinantes» de la impotencia del Poder jurisdiccional penal ante este tipo de criminalidad, en la cual la justicia criminal ha sido siempre, como ya destacaba Quintano, «netamente subsidiaria y hasta vicariante»⁵ siendo obligado buscar la explicación fuera del Derecho.

Pero como no por eso se va a renunciar a la intervención del sistema legal positivo, con independencia de que se opte por una u otra técnica tipificadora o forma legal concreta, puesto que no sería solución la de, tras reconocer la ineficacia aludida, prescindir del recurso al Derecho penal totalmente, resulta necesario contemplar técnicamente la legislación anterior y también la futura cuya promulgación parece inminente.

Sea como fuere es cierto que aun en sus justos límites de importancia el Código actualmente vigente está plagado de lagunas, defectos técnicos y, lo que es casi tan lamentable como las lagunas, preceptos inútiles, casi nunca aplicados, que ridiculizan al Código mismo.

Una nueva realidad social abismalmente distinta de aquella decimonónica en que los Códigos españoles se gestaron es el origen de las causas. Lo otro son matices casuísticos, aunque de indudable importancia. Así, la constante «adaptación» con que se comporta la delincuencia económica, según pone de manifiesto la doctrina especializada,⁶ que se muestra capaz de imaginar nuevos modos comisivos con una especie de camaleónico acomodamiento a cualquier situación económica. Además, la indudable trascendencia de determinadas realidades económico-mercantiles: inmobiliarias, especulación del suelo, fondos de inversiones, cambios del sistema crediti-

vid. también Bajo, *Derecho penal económico* (1978), pp. 72 y ss. (aporta abundante bibliografía). El problema de la eficacia de la ley penal se plantea, claro está, de modo diverso respecto a la delincuencia patrimonial clásica y delincuencia económica, pues es diferente la posición social y cultural de los autores (desviación-marginación, frente a integración y cultura).

5. Quintano, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, III, (1962), p. 21. El mismo ofrece una explicación del fenómeno, en *op. cit.* p. 17.

6. Con razón indica Tiedemann en «Die Verbrechen in der Wirtschaft», *Wirtschaftsstrafrecht als Aufgabe* (1970), p. 9, que en la medida que sea cierto que cada sociedad tiene su modelo de delincuente y de delito, ello resulta particularmente adecuado al delito económico, que se va acomodando a las características del cuerpo social.

cio, superempresas, etc.⁷ Su sola mención pone de manifiesto sin esfuerzo que nuestra legislación quedó atrás hace muchos años.

Se tiene que reformar el Código, es verdad, pero eso no es ni mucho menos la reorientación de nuestra política criminal. Ni tan siquiera es por sí solo un cambio en la «política legislativa», pues eso exigiría también la reforma de otras leyes (Código civil, de comercio, etcétera). Para alcanzar un auténtico cambio en la política criminal no hay más camino que lograr un cambio «político» general, que esencialmente ha de ser la realidad de ese Estado social y democrático de Derecho que según la Constitución es el nuestro. Por ahí se podrá avanzar en la consecución de una democratización de los medios de control social, y también se desarrollará una política sincera de prevención del hecho delictivo. Será entonces cuando el Código penal podrá asumir su papel real de *ultima ratio*, que interviene mínimamente cuando no hay otro modo de reaccionar ante la conmoción social que el delito produce. Otro planteamiento de este problema supondría atribuir a los defectos actuales del Código la responsabilidad del importante aumento registrado en la tasa de delincuencia en los últimos años.

De cualquier modo el cambio del tratamiento legal se tenía que producir por una razón bien sencilla: el nuevo régimen político acaba de alumbrar su Constitución. Tanto aquél como ésta requieren un nuevo Código penal, tal como siempre sucedió en los cambios políticos en España. Y eso sucede, cuando el Derecho penal «tradicional» se encuentra en abierta crisis y se exige una total reorientación de la política criminal. Esto ha de influir en el planteamiento de un nuevo Código.

En relación con nuestro tema intentaré poner en conexión estos problemas con la que por muchos se reclama como imprescindible tarea: una intervención punitiva en el orden económico. Se exige esto, según se dice, porque se ha sobrepasado el nivel de lo tolerable en muchas áreas de la actividad económica y mercantil. No voy a detenerme en las diferentes configuraciones que se dan sobre lo que es y lo que pretende el Derecho penal económico. Prescindiré de la conceptualización que del tema se hace en Derecho penal y en criminología, para limitarme a los comercios posibles del sistema represivo en este campo.

¿Pero qué es lo que el Derecho penal puede proteger, prescindiendo de si lo ha de hacer a través del Código o de una Ley Especial? A mi modo de ver no puede tener la etérea pretensión de proteger la «economía» sin más, pues eso es decir mucho y nada. Tampoco creo que pueda proponerse la tutela del «sistema económico que se deriva del orden constitu-

7. Una aproximación al catálogo de infracciones económicas más usuales en el contexto español puede verse en Viladés, «Notas sobre la delincuencia económica en España», *Anuario de Derecho Penal* (1978), pp. 638 y ss.

cional» (capitalismo liberal, economía «social» de mercado), pues los intentos de alterar esa descripción constitucional tendrían una entidad jurídica y política obviamente superior a un «delito económico». Lo único que restaría pues como objeto de protección sería el «equilibrio del sistema en su concreto funcionamiento». El funcionamiento del sistema, y ahí vendrán seguramente las discusiones, puede ser garantizado en lo jurídico de diversos modos (leyes mercantiles, administrativas, penales); quizá algunas materias que se incorporen al Código penal pudieran ser resueltas de otra manera, respetando así el principio de intervención mínima. Pero ésta es ya una cuestión secundaria, en comparación con la esencial que es, como he intentado destacar, delimitar el papel del sistema penal en problema tan grave. Indudablemente, el fraude, la falsedad, el burlar los sistemas de control económico del Estado, o bien el abusar en perjuicio de otros de instituciones fundamentales de la vida económica como son la sociedad por acciones, o el uso fraudulento de instituciones jurídicas como por ejemplo la suspensión de pagos, o provocar alzas o bajas de los precios en provecho de grupos dominantes, son todos comportamientos de indiscutible gravedad que exigen una intervención punitiva contundente y eficaz.

Pero quiero recordar ahora que todos esos comportamientos resultaban ya subsumibles en diferentes tipos del Código hasta ahora vigente. Cierto que esos tipos no estaban agrupados sistemáticamente. Incluso algunas de esas conductas se reprimían a través de leyes especiales no siempre penales (por ejemplo: contrabando). Si esto es así, ¿qué puede abordar una reforma que pretenda incorporar al nuevo Código penal un Título sobre delitos económicos?

Este interrogante es el que plantea el gran tema de política legislativa. Ésta es sólo una de las parcelas de la política criminal, lejos ya de la creencia de que esta última tan sólo era la ciencia crítica de la legislación que no tenía otra misión que analizar el resultado de las leyes y hacer propuestas de *lege ferenda*. Pero esa parcela resulta para el criminalista de capital importancia porque absorbe buena parte de su atención científica. En la encrucijada de un cambio político y social se plantea entonces qué enfoque debe dar el derecho positivo a los problemas presentados. Veamos, ante todo, los cambios o reformas «razonables» que cabría acometer:

Hemos observado que la mayor parte de los compartimientos que se sugieren como delictivos no eran en modo alguno impunes en el Derecho que se quiere reformar. Si se perseguían o no, es cuestión diferente y que únicamente puede explicarse recurriendo a un análisis metajurídico criminológico y sociológico a la par: es el problema, en suma, de las dificultades de persecución y castigo de los llamados delitos económicos, am-

pliamente estudiado por la doctrina⁸ y que sería pretencioso resumir aquí. Ello no obsta para que lo señalemos como problema clave político-criminal. Mas volviendo al tema, es lo cierto que en buena parte no se trataba de una cuestión de «impunidad legal» sino de «impunidad fáctica» o «material».

Y esto hay que tenerlo presente para comprender que no se trata de «inventar» tipos. Salvado este punto, que naturalmente tiene importantes excepciones, se puede aceptar la necesidad evidente de agrupar, ordenar sistemáticamente, e incluso, para despejar cualquier duda suscitable acerca de la incriminalidad de esos comportamiento tan dañinos para la existencia de un sistema económico equilibrado y mínimamente aceptable, formular «tipos especiales», pero en el bien entendido de que eso es sólo una medida de índole legislativa que no puede comportar la aparición de tipos «privilegiados» atrayentes del tema como leyes especiales frente a las generales. Lo económico, siendo esencial, no es de diferente condición a otros bienes tanto o más importantes (libertad, salud, etcétera).

Mas prescindiendo de otros temas de cuya importancia no dudo, como puedan ser las insolvencias o la protección de la propiedad industrial, quisiera fijar la atención en cuestiones realmente caracterizadoras del sistema económico en que vivimos, que van desde conceptos teóricos importantes, como la «libre competencia», a instituciones jurídicas mercantiles que han hipertrofiado su uso, como es la letra de cambio; creo que esta clase de temas constituye el ejemplo más apto para el análisis crítico.

El artículo 38 de nuestra Constitución establece los principios de «libertad de empresa» y de «economía de mercado». En consonancia con ello el Código penal parece tendrá que proteger esos principios y los derechos subjetivos que comportan.

Pero a mi modo de ver estos derechos, como otros muchos, en la realidad de funcionamiento de la economía capitalista —y lo volveremos a ver al tratar de los derechos de los consumidores—, tienen un valor más bien «retórico», pues lo cierto es que en buena medida no van más allá del frontispicio del Ordenamiento jurídico del Estado, se transforman en teóricos, o en «intereses difusos» como con acierto los califica Sgubbi.⁹ El porqué sucede esto es fácil de vislumbrar, sin necesidad de que entremos en complejos razonamientos propios de las ciencias económicas. El mismo principio de libertad de empresa permite que éstas procuren ser

8. Vid. Bajo, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Fernández Albor, *Estudios, cit.*, pp. 13 y ss. Tiedemann, «La criminalité d'affaires dans l'économie moderne», *Rev. Int. de Crim. et Pol. Tech.*, 1975, pp. 147 y ss.

9. Vid. Sgubbi, «Tutela penale degli interessi diffusi», pp. 435 y ss., en *La Questione Criminale* (1975).

cada vez mayores y más fuertes, que sus productos se vendan más que los de otras. Actualmente asistimos en el mundo occidental a una espiral de crecimiento del capitalismo monopolista; las pequeñas y medianas empresas luchan desesperadamente por su supervivencia con éxito escaso. Por otra parte, la publicidad recurre a todo tipo de argucias para propiciar las ventas, incluyendo la exageración rayana en la falsedad y hasta evocaciones eróticas totalmente absurdas.

Y en esa panorámica, ¿qué puede hacer el Código penal? A mi juicio, en lo concerniente a la publicidad, que acabo de mencionar, lo mejor que se puede decidir es relegar el tema al ámbito del Derecho administrativo como parece que sucederá. En cuanto a la defensa de la competencia hay que señalar, ante todo, que en el Código hasta ahora vigente, al que remitían también leyes no penales, ésta se instrumentaba a través de preceptos diferentes: los relativos a propiedad industrial, descubrimiento y revelación de secretos, maquinaciones para alterar el precio de las cosas.¹⁰ Cometido primero es pues el de agrupar y sistematizar la tutela penal de este bien, indudablemente digno de protección. Pero se ha de ser consciente de los límites que la naturaleza de las cosas impone. Es vana la pretensión de garantizar una «absoluta» libertad de competencia¹¹ que desconociera la realidad de la diversidad de posiciones económicas. El sistema penal sólo puede intentar proteger a todos en su derecho a competir, pero no puede proponerse variar el funcionamiento del sistema en que está inmerso. Es por eso que entiendo necesario evitar declaraciones retóricas condenadas a quedarse en testimoniales. Buen ejemplo de esto lo ofrece la regulación del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas —que es uno de los que pasarían a integrarse en este grupo —en los arts. 539, 540 y 541 del Código hasta ahora vigente,¹² cuyo comentario ahorro. Un camino parecido correría cualquier precepto que quisiese inculpar la conducta del que, sin coaccionar la libertad ajena, se aproveche de su posición de predominio en el mercado para influir o decidir precios e incluso limitar la posibilidad de que otros concurren. Una ley semejante supondría la pretensión de declarar injusto «formal» aquello que es concorde con la naturaleza de las cosas —entendiendo este concepto no en un sentido filosófico sino político. La ley penal puede, a lo sumo, garantizar que todos tengan expedito el camino del ejercicio de los derechos constitucionales; fijar, en

10. Cfr. Bajo, *op. cit.*, pp. 238, 277 y ss., 308 y ss. 334.

11. En el mismo sentido, Bajo, *op. cit.*, p. 239; y, además la fuente de esos comportamientos delictivos es precisamente el principio de libertad de competencia (vid. Tiedemann, «La criminalité d'affaires...» *cit.*, p. 147).

12. Cfr. Fernández Albor, *Estudios*, pp. 79 y ss. Muñoz Conde, *Derecho penal*, p. 283. Quintero, «Maquinaciones para alterar el precio de las cosas», *NEJ*, XV, 1972.

palabras de Welzel, el mínimo ético. Pero alumbrar una sociedad ideal, y llamo «ideal» a la que corresponda con la «puridad del sistema económico-teórico», a través de las amenazas penales es casi un sueño quijotesco. Esta reflexión conduce fácilmente a aconsejar que sea limitada pero eficaz la intervención punitiva en el ámbito de la protección de la competencia. En esta línea entiendo que debiera circunscribirse a las conductas que entrañaran coacción o fraude; las que no revistan estas características tendrán condigno acomodo en las leyes administrativas.

Al hilo de la tutela penal de la libre competencia se plantea la de los derechos de los consumidores, o, simplemente, de los ciudadanos frente al disfrute de los productos y servicios necesarios. También aquí hay que distinguir entre lo que debe ser abordado con las leyes penales y lo que ha de remitirse a otros sistemas de control jurídico. En el ámbito penal entra lo que podríamos llamar «desaprovisionamiento doloso», conducta que o es antesala de un disparo de los precios provocado intencionadamente o es una maniobra desestabilizadora del equilibrio político, lo que es más grave. Por lo demás, y dejando aparte las alteraciones en la calidad de los alimentos que supongan delitos contra la salud pública, así como las defraudaciones en los precios incriminables como estafas en la estructura de delito-masa, entiendo que es también poco lo que en realidad puede hacer el Código penal «por sí solo» —pues como complemento sancionador es otra cosa—; también aquí me remito al excelente trabajo de Sgubbi, donde claramente se exponen las «imposibilidades estructurales» en que se encuentran los derechos subjetivos —concepto que en cuanto definidor de la esencia del Ordenamiento (relaciones deber-derecho) se presenta a su vez absolutamente periclitado —frente a la estructura económica.¹³ Así pues, en tema de protección de los derechos de los consumidores, cubierto por el Derecho penal el fraude, la coacción, la desestabilización por ocultación o destrucción, no queda sino encomendar la cuestión a los auténticos responsables: los que dominan las decisiones políticas sobre los precios y el mercado. Que las grandes empresas, prevalidas de su poder, deseen imponer precios abusivos es algo que no puede evitar más que la intervención del Ejecutivo.

13. En el fondo, en términos generales, lo que sucede es que los conceptos jurídicos utilizados se generan a fines del pasado siglo y comienzos del actual, y, siempre dentro de una gran relatividad, concuerdan con la sociedad y la cultura de su época. Pero el paso del tiempo los ha dejado imposibilitados ante una nueva realidad. Que nuestro Código sea hoy básicamente igual que cuando España era un país eminentemente agrario es por sí mismo un dato suficiente; pero no por eso debe olvidarse ese otro problema de fondo: la crisis profunda de los principios jurídico-penales tradicionales.

De los delitos que se pueden cometer a través de las letras de cambio diré, brevemente, que, por una parte es más que dudosa su naturaleza de delito económico y no de simple delito patrimonial, normalmente como especialidad en la esfera de la estafa, a excepción, posiblemente, del problema que comporta el abuso de letras no comerciales, que, como ha puesto de relieve Bajo, puede determinar alteraciones graves al poner en peligro la formación de los precios y producir fenómenos inflacionistas.¹⁴

Cosa diferente acontece con los llamados delitos «financieros», que son fundamentalmente los genuinamente propios de ese fenómeno de nuestro tiempo que son las sociedades, de ahí también la expresión «delitos societarios». Preciso es reconocer que «formalmente» la legislación penal española nunca contempló la especificidad de estos hechos, aunque no por eso hay que creer que eran impunes, puesto que la combinación de los preceptos de la estafa con los de las falsedades, dada la amplitud de los tipos de la primera, alejaba cualquier posibilidad de «lagunas de punición», según entiendo.

Mas sea como fuere se plantea hoy la procedencia de una intervención punitiva específica y contundente en ambos temas. En cuanto a la letra nadie duda de que en los últimos tiempos el volumen de papel circulante se ha disparado. Cierto que eso está generando un problema grave, que no es sólo el de los impagos, sino el desprestigio insalvable de esa institución mercantil, amén de su contribución a la espiral inflacionista a que antes me refería. La letra de cambio «vacía», se dice, exige la intervención del Derecho penal.¹⁵ Y al penalista no le debe extrañar que, cuando una institución jurídica no penal se ve incapaz de resolver sus problemas mediante los recursos propios de la rama del Derecho a la que pertenece, el efecto reflejo sea solicitar la creación de un delito, lo que sólo debe hacerse cuando no quede otro remedio.¹⁶ No dudo de que, frente a la protección que gozaban otros medios de pago igualmente desprestigiados, como el cheque, la letra se encontraba tal vez en inferioridad de condiciones —aunque insisto en la suficiencia de la estafa para cubrir los casos posibles. Pero ahora, en plena «crisis económica» la Banca se encuentra desbordada de papel cambiario vacío, que, y eso no puede olvidarse, durante mucho tiempo ella misma o el sistema en general, habían propiciado. Podría tal vez afirmarse, aunque eso nos alejaría demasiado del Derecho penal, que

14. Bajo, *op. cit.*, p. 366.

15. Cfr. Bajo, *op. cit.*, p. 369.

16. Con acierto indica Bajo que las contradicciones internas de esta institución mercantil deben resolverse primero con medidas no penales («Estafa por abuso de crédito mediante el descuento bancario de letras vacías o no comerciales», *Anuario de Derecho Penal*, 1977, pp. 546 y ss.).

España no ha tenido, ya desde el siglo XIX, unos sistemas de crédito «normales», y, por lo mismo, sólidos jurídicamente, defecto que se arrastra desde el primer Código de Comercio. Las consecuencias parece que estallan ahora. En esa situación, y sin que se resuelva una buena alternativa a la letra como medio impropio de financiación, se le quiere devolver prestigio a la institución a través de las penas. Ante eso se le ocurren diferentes reflexiones al criminalista:

El Derecho penal, o, mejor, el Código penal, no es una ley «conjuntural», sino que se supone que tiene pretensión de permanencia en el tiempo. Si eso es verdad se puede también comprender que no es procedente llevar al Código penal lo que corresponda a un momento «superable». Si tan grave es esa situación transitoria habrá que acudir a la ley penal temporal. Pero estas últimas no por ser temporales dejan de requerir la concordancia con los principios fundamentales del Derecho penal, en particular los de intervención mínima y utilidad. La dimensión de perjuicio patrimonial que tenga la letra vacía impagada podría ser cubierta por los delitos patrimoniales; en tal caso estos otros tipos específicos se orientarían a reforzar el prestigio de ese instrumento cambiario. Y es aquí donde personalmente veo la dificultad, pues si la letra se usa por impulso del mismo sistema para finalidades ajenas a su *ratio essendi*, no puede luego pretenderse que el Código penal se encargue de recomponer las consecuencias que aquella desviación de funciones provoca en un momento de crisis.

Es por ello que entiendo que por ahora basta con los tipos comunes de delitos patrimoniales, en especial la estafa, a los que pueden añadirse tipicidades específicas como la falsedad documental. Y, a su vez, dando por supuesto que la estructura de la defraudación se respetará estrictamente, apartando cualquier insinuación absurda que a veces se percibe en la praxis, como la posibilidad de que el Banco invoque «engaño», elemento esencial de la estafa, en la letra vacía.¹⁷

En lo que concierne a los llamados «delitos financieros» que en lo que alcanzo a ver habían sido tema de particular atención en especial en la doctrina francesa,¹⁸ sin perjuicio del interés que en general suscitara el tema, hay que reconocer que se había denunciado la laguna que la legislación española presentaba ante ese conjunto de comportamientos irregulares que se producen en el ámbito de la sociedad por acciones.¹⁹ Y cierta-

17. Lo cual además es ridículo, considerando que en importante medida ha sido la propia Banca la que ha impulsado el uso de esta especie de cambiales.

18. Cfr. Launais y otros, *Droit pénal financier* (París, 1947); Constantin, *Droit pénal des sociétés par actions* (París, 1968).

19. Aunque personalmente entiendo que la «laguna» en sentido estricto (ne-

mente no seré yo quien lo ponga en duda, pero no tanto por la protección de la «sociedad» por sí misma cuanto porque el desarrollo moderno de la persona social la ha transformado en un potencial camino para la defraudación de pequeños accionistas o inversores. No quita esto el que también quepa dudar acerca de la supuesta «impunidad» en que se encontrarían esas falsedades de balances, informaciones falsas para captar inversores, falsedades de actas, abuso de poderes, etc. Mas sea como fuere, no hay inconveniente en aceptar la especificidad de la materia en cuestión. Incluso puede aceptarse que existe un interés tutelado de naturaleza «pública» que justificaría la intervención punitiva, pero esto debe matizarse: la amenaza penal debe dirigirse a mi juicio sólo hacia aquellos hechos que directa o potencialmente trasciendan el ámbito de los intereses «intra-societarios» e irrumpan en el equilibrio económico o en la confianza en el sistema. El equilibrio económico puede resultar dañado si las alteraciones o mentiras de la contabilidad o los balances determinan una apreciación errónea del valor de las acciones, por ejemplo, con la correspondiente incidencia en Bolsa, etc. La confianza en el sistema, siempre relativa, se resquebraja si aquellas falsas informaciones contables o la propaganda de la actividad empresarial de que se trate logran multiplicar los inversores, que luego no podrán recuperar su dinero, lo cual ha sucedido repetidamente en los últimos años en nuestro país (en el fondo son puras estafas). Por lo demás, cualquier otro «ilícito societario» que no tenga las mentadas características, no creo que sea digno de configurarse como delito, sin perjuicio de que algunos de esos ilícitos, por ejemplo, falsedades en actas de Consejos, encuentren adecuada subsunción en preceptos del Código enclavados en otros Títulos.

Y, aunque se opere esa «limitación temática», sigue siendo a mi modo de ver dudoso el que se incluya esta materia «penal» en el Código. La especificidad del tema fuerza inexorablemente al recurso a la técnica de norma penal en blanco. La unidad material y sistemática con una regulación general del Derecho de sociedades creo que son razones suficientes para que el mismo no trascienda de una parte penal de aquel Derecho, como entiende un sector de la doctrina (por ejemplo: Torío). De este modo, además, se podrían formular sanciones adecuadas a la naturaleza de los hechos y a los autores —agrupados en sociedades— que quizás resultarían extrañas en el ámbito de las penas imponibles por el Código común. A propósito de las penas advierto ya que la especificidad de los delitos económicos se manifiesta no sólo en los tipos, sino también en las consecuencias jurí-

cesidad material no cubierta por la ley) no era tanta, como veremos al delimitar hasta qué punto interviene el Derecho penal en las actividades societarias «anormales».

dicas. En cuanto a los delitos financieros, pues, parece recomendable un tratamiento penal que, por una parte, se limite a los aspectos antes reseñados (afecciones a intereses metasocietarios), y que, además, sean abordados en articulación con el sector del derecho positivo al que en general pertenece la materia. Esto no supone en modo alguno que deje de ser un problema político-criminal de primer orden, sino que se trata tan sólo de una sugerencia para una mejor política legislativa.

Los delitos que acabamos de comentar no supondrían la única novedad en el ámbito de nuestro Ordenamiento penal. Hay que añadir los delitos fiscales o contra la Hacienda pública, los delitos monetarios y los de contrabando. De hecho, los primeros ya figuran en el derecho positivo español desde la ley de 14 de noviembre de 1977, que en el marco de las medidas de reforma del sistema fiscal introdujo en el Derecho penal un «delito fiscal», aunque hay que destacar que su configuración no ha sido precisamente afortunada, entre otras cosas, por el desmesurado poder de decisión procesal que atribuye a la Administración tributaria, como ya señalé en anterior trabajo;²⁰ defectos que habrán de ser corregidos en la ocasión de un nuevo Código. Por lo demás, no pongo en duda la conveniencia de incriminar el fraude fiscal, pero sí quiero subrayar que sin una infraestructura administrativa adecuada (policía especial, etc.), el precepto será de infrecuente aplicación.

Distinto es el problema con los delitos monetarios y los de contrabando. Los primeros estaban tratados hasta ahora en una Ley penal especial, y de ellos conocía a su vez una jurisdicción especializada.²¹ Indudablemente el control de cambios que el Estado ejerce, dentro del cual juegan un decisivo papel los preceptos incriminadores del delito monetario, constituye una necesidad de los sistemas económicos modernos insoslayable. Además, el delito monetario puede atacar inmediatamente a ese control, pero mediatamente incidir en aún más importantes intereses, basta para ello pensar en las consecuencias que puede tener la fuga masiva de capitales —como por desgracia ha sucedido en España. Es por ello que resulta indiscutible la naturaleza «económica» del delito monetario.²² Evidentemente aquí no voy a analizar la legislación que hasta ahora ha estado en vigor, cosa que ha hecho Bajo con profundidad,²³ y tampoco dudo de la

20. Cfr. Quintero, «El nuevo delito fiscal», cit. pp. 1328 y ss.

21. Hay que recordar además, que el planteo legal de este tema procedía de una ley, la de 24 de noviembre de 1938, dictada en época de guerra, por lo tanto impropia al desaparecer las condiciones de su promulgación.

22. Según la distinción que sugieren Bajo y Tiedemann, a la que antes hicimos referencia, es un «delito económico en sentido estricto».

23. Bajo, *op. cit.*, pp. 458 y ss.

necesidad imperiosa de una eficaz intervención punitiva en la materia. Pero aquí sucede algo similar a lo que comentaba respecto a los delitos financieros, pues es obvio que la complejidad de las relaciones económicas internacionales —desde el comercio a las simples compras de bienes en el extranjero o por extranjero— la intervención del Derecho penal es sólo una parte de la presencia del Ordenamiento, que se sitúa junto al Derecho administrativo, el mercantil y el internacional. De esta manera el Derecho penal adopta aquí un carácter netamente complementario y sancionador. Para evitar el constante recurso interpretativo a otras leyes sería conveniente, a mi juicio, que el tema recibiese un tratamiento unitario, en una sola Ley de la cual una parte fuese penal (Ley penal especial). Pero quede claro que esto no significa de manera alguna la admisión de jurisdicciones especiales, sino sólo una variación del emplazamiento de las normas penales, sin perjuicio de que ello vaya tal vez acompañado de sanciones especiales adecuadas a la naturaleza de estos hechos o a las características de sus autores.

Diverso es el enfoque en lo que concierne a los delitos de contrabando, pues éste era uno de los temas que habían sido blanco de las justificadas críticas de la doctrina penal española, al quedar tan importante materia en el ámbito de la jurisdicción administrativa, que por la vía de la llamada «responsabilidad personal subsidiaria» podía imponer privaciones de libertad de hasta cuatro años de duración,²⁴ posibilidad que desapareció desde la aprobación de la Constitución. Era pues de inaplazable urgencia llevar esta materia al Derecho penal para someterla no sólo al Poder judicial, sino también a los principios y garantías propios del Derecho penal y procesal. Cuestión diferente, aunque de indudable transcendencia, es lo que esto va a suponer para la actual y deficiente organización de la Administración de justicia, que de no ver sustancialmente modificada su estructura y sus medios humanos y materiales se verá incapaz de asumir estas nuevas responsabilidades.

Con estas últimas reflexiones acabo lo que no ha sido sino una contemplación *grosso modo* de lo que puede ser la nueva política penal en materia económica.

Para terminar quisiera formular algunas consideraciones sobre dos problemas esenciales en la materia que ha ocupado estas páginas: a quién se castiga y cómo se le castiga.

La primera pregunta obedece a algo reiteradamente mencionado anteriormente: que en los delitos económicos es muy frecuente la «realización»

24. Críticamente, Barbero, «Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma», *Nuevo Pensamiento penal*, 1975, p. 15. Por lo demás ésta era una opinión unánime.

—por impropia que en teoría dogmática pueda resultar la expresión— de estos hechos por o al amparo de personas jurídicas. Parece que en el futuro se resolverá la responsabilidad penal por el «actuar por otro»; no es éste el único modo de individualizar la autoría, ni siquiera el mejor aunque bien es cierto que supera obstáculos al parecer infranqueables para resolver la punición en muchos casos. Pero no es ese el problema que ahora quería citar, sino otro ligado a él: aunque se individualice un «autor» sucederá normalmente que la persona jurídica en cuyo nombre haya actuado sea materialmente responsable, aunque su naturaleza le impida recibir una calificación de responsabilidad criminal; dicho de otro modo, la decisión podrá haber partido de esa idea abstracta —y bastante ficticia— que llamamos «voluntad social». Si tal sucede, parece evidente que el derecho no puede permanecer indiferente, sino que ha de reaccionar con sanciones adecuadas a la persona jurídica, pero también eficaces dada la naturaleza del hecho (delito económico).

Y es esto lo que nos lleva al segundo aspecto reseñado: las penas que convienen a estos hechos. Este tema merece enfocarse en dos direcciones, las penas a los autores «individuales» y las reacciones penales frente a las personas jurídicas.

A mi juicio un planteamiento adecuado del problema pasa por la consideración de que, mientras que el delincuente contra la propiedad normalmente reincidente, etc., suele ser tratado como «marginado» y como «problema individual frente al orden social», el delincuente económico ni es un «marginado», en la acepción convencional del término, ni se enfrenta individualmente contra el sistema, sino que, por el contrario, pertenece a las capas medias y altas del mismo, que son también las que dominan el aparato económico. Reaccionar frente a ambos con los mismos criterios sería entonces absurdo e incongruente con una sociedad que ciertamente adopta actitudes totalmente diferentes frente a uno y otro tipo de delincuente.²⁵ Es por eso lógico que Tiedemann haya señalado que las consecuencias jurídicas son tal vez tema central del Derecho penal económico.²⁶

La pena, prescindiendo de su concepción filosófico-jurídica y del

25. Cfr. Fernández Albor, «Estudios», pp. 12 y 13; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht als Aufgabe*, cit., p. 11; Bajo, *op. cit.*, p. 71. Con todo, entiendo que la diferencia de actitud no puede referirse a toda la sociedad sino sólo a las capas dominantes de la misma. Pensar que las muchas familias de modesta condición que han sido víctimas de una estafa inmobiliaria o han perdido sus ahorros en inversiones fracasadas, ven a los responsables con mejores ojos que al ladrón de coches, es, sencillamente, absurdo. Cosa distinta, que también debe reconocerse, es que ciertas formas de comportamientos ilícitos, como cheques sin fondos, letras impagadas, se consideren a veces como «normales», particularmente en épocas de crisis económica.

26. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht als Aufgabe*, cit., pp. 31 y ss.

fundamento y finalidad que cada teoría le atribuya, ha cumplido históricamente, además, un evidente papel de instrumento de control sobre la desviación, la disidencia o el ataque, en suma, a los intereses dominantes en la sociedad. Esto no cuestiona, naturalmente, que sea legítimo y necesario proteger penalmente los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, sino que se refiere y destina a destacar cómo en principio la pena y la cárcel sólo las utiliza la sociedad frente a los sujetos que por el motivo que sea —no entro en eso porque nos llevaría nada menos que a analizar todas las aportaciones de la sociología del delito— no pueden o no quieren integrarse en ella. Esto explica que se le otorguen como finalidades las de «resocialización», «reinserción», etc., con independencia de que esas finalidades no lleguen realmente a satisfacerse en la medida en que subsistan las causas personales o sociales que determinaron la desviación inicial. Pero lo que también puede inferirse a partir del mismo discurso lógico es que pena y cárcel no son instituciones históricamente concebidas por el grupo social para sus propios miembros no «marginados» sino por contra, integrados e incluso prepotentes. Por ello, la teorización que pueda hacerse sobre el sentido de la pena —y esto va desde el primer planteamiento retribucionista hasta la actual crisis de las penas privativas de libertad—, no puede trasladarse sin más a los que llamamos «delincuentes económicos». Del mismo modo, por las razones de estructura social apuntadas, se explican también otras características que rodean a esta delincuencia: la benevolencia hacia ellos del grupo, la escasa persecución, etc.; todo enraiza al final en la misma causa: el sistema no pretende morderse a sí mismo, sino sólo a los que «desde fuera» lo perturban, y repito que con esto no quiero decir de ninguna manera que no haya que reaccionar a esos ataques, pero esto constituye un tema diferente.

Así pues, en el ámbito de las consecuencias jurídicas parece evidente que respecto a la delincuencia económica la función o finalidad de la pena no puede ser la misma que para otras clases de delincuencia. Por lo mismo, los argumentos que en general se aducen en favor o en contra de cada clase de pena quizá no sean repetibles respecto a las penas convenientes para los delitos económicos, sin que ello signifique, evidentemente, que para estos delincuentes no se hayan de tener en cuenta los principios y garantías propios del Derecho penal moderno. Pero la especialidad del tratamiento penal obliga a reflexionar sobre la procedencia de que el tema sea abordado en el Código común o en una Ley penal especial; y parecería más oportuno lo segundo, dada la dificultad que entraña efectuar en un mismo Código distinciones sobre a qué clase de delitos y autores pueden otorgarse los beneficios penales de la ejecución penal, los sustitutivos, las penas pecuniarias, etc. Además, y junto a esto, se halla el problema de las sancio-

nes que es preciso instrumentar para la eventualidad de que los autores se encuentren reunidos en una persona jurídica.

Si he mencionado la necesidad de replantear respecto a estos delitos la función de la pena ha sido haciéndome eco de un importante sector doctrinal que entiende, a mi juicio con razón, que respecto a estos delinquentes el razonamiento punitivo es casi inverso al resto de los casos, lo cual es lógico pues su posición socio-cultural es también diferente. Por ello me adhiero a los que defienden la procedencia de mantener en este ámbito las penas cortas de prisión —los argumentos contra ellas pierden aquí sentido—,²⁷ así como a la de suprimir o reducir los sustitutivos de esas penas. Igualmente resulta poco convincente la pena de multa, que puede ser cargada a la partida de pérdidas. Además de ello, habrá que «crear» penas especiales, tal como indica Bajo,²⁸ diferentes de la privación de libertad, pero que puedan ser «contramotivadoras», y que, además, puedan aplicarse indistintamente a personas físicas y jurídicas, con lo que se aportaría al sistema sancionatorio para estas últimas: disoluciones, inhabilitaciones, pérdidas de licencias, cierres, pérdidas de beneficios fiscales, incautación por la Administración, etc.; medidas todas que a mi modo de ver pueden tener más carácter disuasorio que la pena individual, sea corta o larga, que, preciso es reconocerlo, difícilmente será llevada a un tratamiento diferente entre cada clase de delinquentes.

Hasta aquí he intentado reflexionar por escrito sobre las misiones «razonables» y las limitaciones con que se enfrenta una nueva política penal. Como se ve, el sistema punitivo puede ser una eficaz *ultima ratio* —prescindiendo de cuestiones técnicas o procesales—, pero nunca puede ser por sí mismo la solución mágica a tan graves problemas. Sólo aporta una pequeña contribución; la responsabilidad mayor es previa y de otra naturaleza: corresponde a los distintos medios de control con que cuenta una sociedad democrática, que sólo en última instancia acudirá a la represión. Esperemos, pues, no asistir en el futuro a nuevas devaluaciones de la misión del sistema punitivo, como sería el que éste quedara relegado al testimonialismo.

GONZALO QUINTERO

Seminario de Derecho Penal
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona

27. Bajo, *op. cit.*, pp. 80-83; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht...*, *cit.* pp. 31 y ss.

28. Bajo, *op. cit.*, p. 82, que se suma al parecer de Tiedemann.