

## LIMITACIONES TÉCNICAS, JURÍDICAS E IDEOLÓGICAS PARA EL CONOCIMIENTO Y SANCION DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA\*

Luís Ramón RUIZ RODRÍGUEZ\*\*

**SUMARIO:** I. La información empírica sobre delincuencia económica: la investigación, los hechos y su sistematización. II. Postulados criminológicos y político criminales aplicados al Derecho penal económico.

La evolución teórico-práctica de las ciencias criminológicas ha transitado por caminos realmente dispares desde los primeros momentos de su desarrollo a finales del siglo XIX. Desde el biologicismo puro, hasta las más modernas líneas doctrinales centradas en análisis integrados del delito, la Criminología ha tratado de desarrollar métodos explicativos para el crimen que, expuesto de forma simple, den respuesta a la siempre presente cuestión del *porqué* del delito.

La principal aspiración de la mayor parte de las teorías explicativas, y, en parte, también su mayor debilidad, ha sido pretender encajar cualquier forma de desviación en un solo modelo, más o menos complejo, que permita siempre dar razones suficientes para la conducta criminal y favorecer, de este modo, la búsqueda de mecanismos que puedan impedir o atenuar la comisión futura de hechos delictivos.

Esta búsqueda de modelos generales de alcance casi universal siempre tuvo como punto de partida la referencia que ofrecía el crimen, no como infracción de normas legalmente establecidas, sino como conductas que con mayor intensidad eran capaces de alterar la convivencia de aquellos colectivos que se sometían a tales reglas. El crimen, en su acepción más cultural, se correspondía con las conductas más intolerables, casi todas reflejadas en normas morales recogidas en diferentes textos, principalmente religiosos.

Reducida en la conciencia social la idea de crimen a los delitos contra las personas y los delitos contra el

patrimonio en el plano individual, y a los delitos contra la moral, la religión y el Estado en lo colectivo, la mayor parte de la investigación criminológica realizada durante buena parte del siglo XX, especialmente en su primera mitad, se ha centrado en una clase de comportamiento en el que los aspectos de desarrollo personal y social del sujeto eran básicos tanto en la génesis como en la materialización del crimen.

Sin embargo, los comportamientos antisociales generados en los espacios de acción del poder político, económico o social, conductas que no son propias de los sujetos en cuanto individuos, y, por lo tanto, comunes con las de otras personas en cualquier ámbito social, sino que se originan en la esfera del poder teniendo como premisa la existencia de reglas, escritas o no, que rigen ese entorno, han quedado relegadas a un segundo plano del interés directo de la investigación criminológica<sup>1</sup>, con contadas excepciones, parcialmente las realizadas desde la criminología anglosajona y desde algunos sectores de la Criminología Crítica –aunque en este caso se haya hecho desde postulados principalmente teóricos–.

Entre las causas que pueden explicar estas carencias pueden indicarse las siguientes:

- La irrelevancia, cuando no inexistencia, en los primeros desarrollos de la Criminología de normas legales que sancionasen penalmente la mayor parte de lo que hoy podemos considerar como Derecho penal económico; la falta de objeto de estudio

\* El contenido de este artículo se corresponde con el publicado por el autor con el mismo título en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, enero 2009, pp. 347-394.

\*\* Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Cádiz. Director de la Sección de Cádiz del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.

1 Albrecht, H.J., “Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, p. 276; De Maillard, J., *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, ed. Feltrinelli, Milán, 2002, p. 18.

centró en el delincuente marginal o en el delincuente *enfermo* la atención de los estudios sobre el crimen.

- En segundo término, la imbricación permanente entre conductas legales y conductas ilegales que siempre ha dibujado la escena de la delincuencia económica. Los crímenes del poder se han desarrollado en las estructuras legales reforzadas que supone la concentración del dominio socio-económico en un conjunto de manos muy reducido<sup>2</sup>, que no solo ha controlado los mecanismos materiales que aseguraban su mantenimiento, sino que, además, han vigilado de cerca a quienes detentaban en cada momento la representación popular –en el mejor de los supuestos– y, por ende, el ejercicio de la acción legislativa.
- En tercer lugar, la delincuencia económica se ha ido mostrando cada vez, y en mayor medida, como el reflejo propio de una sociedad moderna caracterizada por la generación de riesgos que hace desaparecer al individuo del centro del conflicto para describir una relación entre colectivos de ciudadanos frente a entidades inmateriales donde las personas desaparecen de la primera fila del problema.
- Por último, la presunción de socialización del delincuente económico ha jugado durante mucho tiempo como factor desmotivador del propio sistema penal que, a diferentes niveles –legal, policial, jurisdiccional y de cumplimiento de penas–, se ha impuesto auto limitaciones de difícil justificación en el marco de las reglas generales aplicables a todas las infracciones de naturaleza penal.

Si bien es cierto que la delincuencia económica ha sido objeto de atención directa por parte de un sector teórico de la Criminología, siendo quizá Sutherland el primero y más conspicuo de ellos<sup>3</sup>, no lo es menos que las relaciones entre economía y criminalidad han sido abordadas principalmente en el sentido de vincular las tasas de criminalidad con las fluctuaciones de

las condiciones económicas existentes en una determinada sociedad objeto de análisis.

Desempleo, inflación y crisis económicas generalizadas han sido asociadas a incrementos de los volúmenes de delito, pero casi siempre por los efectos que tales crisis han producido sobre los segmentos más vulnerables de la sociedad, los que disponen de menos recursos para afrontar situaciones de desequilibrio económico. Las consecuencias que las variaciones de la economía han producido sobre los principales operadores de las estructuras económicas han sido también objeto parcial de estudio, pero buscando más ofrecer una variable capaz de ratificar teorías más generales respecto del conjunto de la población, que ofrecer una explicación propia de la delincuencia económica característica de las organizaciones jurídico-económicas<sup>4</sup>.

Así, a Merton, creador de la Teoría de la Anomia, se le criticó carecer de explicación para la delincuencia de cuello blanco. Si los sujetos que optaban por el comportamiento desviado eran aquellos que carecían de medios institucionales para lograr el éxito tras un proceso de aprendizaje y socialización dirigido a la obtención de aquel, la comisión de delitos por parte de personas plenamente integradas, que han alcanzado el éxito económico y social, requeriría argumentos adicionales que la teoría base no era capaz de ofrecer. Cloward y Ohlin, a partir de las teorías de Merton, intentan salvar este obstáculo poniendo el acento no en el acceso diferencial a los medios legítimos para alcanzar objetivos culturales, sino en el acceso a los medios ilegítimos para hacerlo. En este punto se igualarían las personas pertenecientes a colectivos favorecidos con los representativos de los sectores económicamente dominantes. Cada sujeto busca y accede a los medios que le son próximos para alcanzar sus fines. De este modo hay medios ilegítimos diferenciales para cada sector de la población y el sujeto que opta por la conducta desviada elige aquellos que le son más conocidos y de los que puede hacer el

2 Interesantes son las palabras de Pinatel cuando asegura que “la criminalidad de cuello blanco recuerda las prácticas de ministros y nobles de alto linaje, que traficaban ocasionalmente con sus funciones. En su *Utopía*, Tomás Moro estigmatiza a los aristócratas ingleses, que transforman sus campos, expulsan a los campesinos y los dejan abandonados. ¿No será esto una prefiguración de nuestra criminalidad de cuello blanco?” (*La sociedad criminógena*, ed. Aguilar, Madrid, 1979, p. 99).

3 Sutherland, E., *White collar criminality*, ed. Yale University, New Haven, 1983.

4 Barreto Rangel/Álvarez Gómez, *Crisis económica y criminalidad*, ed. Inacipe, México D.F., 1987, pp. 87 y ss.; Cervini, por su parte, critica la equiparación científica entre desarrollo económico y delincuencia económica, para lo cual ofrece el ejemplo latinoamericano en el que esta clase de delincuencia ha ido asociada más a la internacionalización que a la evolución de la economía de estos países (“Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 14, 2004, p. 122).

mejor uso<sup>5</sup>. Los delitos socioeconómicos acogerían conductas que solo serán cometidas por sujetos previamente ubicados en los distintos niveles de las estructuras del poder económico, estando generalmente descartados los delitos patrimoniales violentos como método para resolver el cumplimiento de los objetivos culturales marcados.

Sin embargo, como señala Tittle, las teorías anómicas han tenido un desarrollo relativamente escaso a nivel macro, con nula aplicación a los comportamientos propios de la criminalidad económica, explicando de forma más habitual conductas individuales que las realizadas en el seno de grupos sociales<sup>6</sup>, si bien recientemente se han añadido algunas ideas generales a las conclusiones iniciales de Merton, teniendo particular interés las referidas al efecto que sobre el conjunto de la población produce una generalización de la obsesión por alcanzar las metas más altas, esto es, una mentalidad de inmoralidad culturalmente compartida<sup>7</sup>.

Sutherland, al centrar la atención en el delincuente de cuello blanco, iguala a este con cualquier clase de sujeto delincuente en la medida en la que el proceso de aprendizaje del crimen no difiere del resto de comportamientos realizado dentro del marco normativo<sup>8</sup>.

Pero, quizás el problema de la delincuencia económica no sea tanto la explicación del porqué de la comisión de delitos por parte de sujetos integrados socialmente, sino el análisis de los aspectos relativos al control social, normalmente deficiente, sobre las conductas de los criminales de cuello blanco<sup>9</sup>.

Las explicaciones tradicionales del delito se han venido desarrollando en el marco de unos grupos sociales con claros signos identificadores, con notables elementos de cohesión y con abundantes instrumentos normativos dirigidos al mantenimiento de tales signos y elementos, destacando entre ellos el Derecho

penal. No obstante, no puede desconocerse que estamos en un profundo proceso de transformación socio económico que está afectando en su esencia al sistema penal: en sus objetivos, en sus instrumentos, a sus detentadores y al propio factor de legitimación del uso de la violencia legal. Al respecto, las reflexiones de LEA<sup>10</sup> son muy ilustrativas:

“Entonces, al pretender ver más en detalle los cambios en el funcionamiento del Estado en lo que respecta al control del delito, nos encontramos con una paradoja. Aunque el desplazamiento hacia el manejo del riesgo se ha reflejado en varios hechos que minan el funcionamiento de las relaciones sociales del control del delito, la criminalización, como modo de manejar una ascendente variedad de conductas y problemas socioeconómicos, está aumentando. El aspecto positivo de esto lo constituye la creciente preocupación por obtener justicia social, en tanto que el aspecto negativo está dado porque la criminalización como modo de alcanzar la justicia social, enfrenta tremendos obstáculos. En este último sentido el avance de la criminalización es el resultado obvio del relativo declive de los mecanismos de negociación colectiva y de la planificación característica del Estado asistencialista keynesiano. Las dificultades sociales se ven cada vez más como problemas individuales de conducta y de responsabilidad, en lugar de hacerlo como aspectos políticos colectivos sobre la administración de recursos; mientras el Estado se vuelca al derecho penal, en lugar de inclinarse hacia la planificación social como la forma preferida de intervención y regulación de los procesos sociales”.

La centralidad que las ideas de seguridad, riesgo y exclusión están adquiriendo en los actuales desarrollos del sistema penal<sup>11</sup>, van asociadas a esa pérdida de capacidad del Estado para actuar sobre los individuos. Como afirma Zaffaroni, “el poder económico

5 Cloward/Ohlin, *Delinquency and opportunity. A theory of Delinquent Gangs*, Ed. The Free Press, Nueva York, 1960.

6 Tittle, C.R., “Los desarrollos teóricos de la Criminología”, en *Justicia penal del Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Barberet/Barquín editores, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 29.

7 Messner/Rosenfeld, *Crime and the American Dream*, Ed. Thomson Wadsworth, Londres, 2006.

8 Sutherland, E., op. cit., p. 7; sobre las limitaciones de la exposición de Sutherland, vid. García-Pablos De Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 446 y ss.

9 Albrecht, H.J., op. cit., p. 277.

10 Lea, J., *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la criminología realista de izquierda*, Ed. Coyoacán, México D.F., 2006, p. 303.

11 De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2006, p. 115 y ss.

globalizado se impone a los poderes políticos nacionales, sin que haya un poder internacional capaz de contenerlo. De este modo, las conductas económicas criminalizadas en los estados nacionales (alteraciones artificiales del mercado) son impunes en el plano de la economía global. Los Estados nacionales—y con ello el poder de los políticos— sufrieron una terrible pérdida de los atributos de la denominada *soberanía*, básicamente el poder fiscal (el capital globalizado exige menos impuestos so pena de ir a otro Estado) y el poder punitivo (no puede reprimir las maniobras extorsivas y especulativas de ese mismo capital)<sup>12</sup>. El paso atrás dado para controlar a los grupos de riesgo a través del incremento de la seguridad es más un síntoma de su incapacidad para afrontar los nuevos retos económicos y sociales que un cambio diseñado del paradigma penal.

En este contexto los beneficiados no pueden dejar de ser otros que los delincuentes económicos, sobre los cuales las etiquetas de peligrosidad y exclusión no tienen apenas incidencia. El importante incremento del Derecho penal económico en las últimas décadas, expansión asociada a la identificación de los nuevos riesgos sociales, sigue siendo un expediente más formal que material cuya evidencia son los datos oficiales de criminalidad en los países desarrollados que en algunos casos superan con mucha dificultad el cinco por ciento del total de la delincuencia cuando se manejan conceptos muy amplios de delincuencia económica. Es evidente que existe un doble modelo de intervención sobre la delincuencia. Un modelo materialmente represivo que no duda en acudir al sistema

penal ante el conocimiento de cualquier delito tradicional de corte predatorio, y un modelo de resolución privada de los conflictos propio de la delincuencia de las corporaciones, asociado todo ello a diferentes políticas desregulatorias<sup>13</sup> y favorecedoras de la ausencia de contra fuerzas capaces de advertir e informar sobre el crimen en el seno de las corporaciones empresariales<sup>14</sup>.

La globalización, precisamente, responde de forma impecable a este devenir histórico en el que la complejidad de los negocios y la ausencia de mecanismos de control eficaces han abonado el terreno de la impunidad del delito económico<sup>15</sup>. El delincuente de cuello blanco ha eludido mayoritariamente, en cada periodo histórico y por razones asociadas al funcionamiento propio de los mecanismos de mercado, las responsabilidades derivadas de sus actividades ilícitas<sup>16</sup>, trasladando a las víctimas el peso de la culpabilidad por sus propios actos.

Las polémicas de la doctrina relativas a la *Expansión del Derecho penal* y al *Derecho penal del enemigo*, traslucen en positivo y en negativo el nunca resuelto problema de los límites del sistema penal, y ejercen una notable influencia sobre la decisión de cómo afrontar un tipo de delincuencia que desafía las estructuras jurídicas y dogmáticas creadas en torno a la delincuencia común<sup>17</sup>, y que presenta todas las características formales y materiales de cualquier hecho delictivo excepto la de ser visualizada socialmente como un riesgo para el mantenimiento de la organización social.

12 Zaffaroni, E.R., *En torno de la cuestión penal*, Ed. B de F, Montevideo, 2005, p. 34; vid., al respecto, la descripción del fenómeno en De La Cuesta Arzamendi, J.L., “Mundialización y justicia penal”, en *Internacional Annals of Criminology*, vol. 41, 2003, pp. 59 y ss.

13 Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 22 y ss.

14 Lea advierte del deliberado debilitamiento de la organización sindical como aspecto de la política gubernamental capaz de socavar al único y más importante poder opositor a la delincuencia empresarial (Lea, J., op. cit., p. 337). No es de extrañar que, entonces, ese papel tradicionalmente jugado por los sindicatos haya sido asumido por las asociaciones de ciudadanos, organizaciones sobre las que, por su menor dependencia, disminuyen las capacidades de sometimiento por parte de los poderes públicos y económicos; en el mismo sentido Cervini, R., op. cit., p. 134.

15 De Maillard describe con precisión cómo “la desregulación ha producido una clara fisura entre el nivel en el que las reglas son elaboradas y aplicadas—esto es, la dimensión nacional— y aquel en el que se crea el valor económico, que se escapa por definición de la contingencia de la ley”. De forma aun más incisiva afirma el autor que la ley misma deviene en un valor comercial negociado en el mercado de la mundialización criminal (op. cit., p. 46).

16 Bauman, Z., “Social uses of Law and Order”, en *Criminology and social theory*, Garland/Sparks eds., Ed. Oxford University, Nueva York, 2000, p. 42.

17 “Modelo de la inspección” o “Modelo de la vigilancia” califica Silva Sánchez al sistema penal que no solo protege bienes jurídicos sino también los mecanismos, administrativos o no, orientados instrumentalmente a la protección de aquellos (“Hacia el Derecho penal del ‘Estado de la prevención’”, en *¿Libertad económica o fraudes punible? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, dir. Silva Sánchez, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 314).

No es de extrañar que, en la asociación realizada por parte del materialismo histórico entre cárcel y fábrica como reflejo de una estructura socio económica determinada<sup>18</sup>, en la que la disciplina del trabajador era posible de conseguir tanto en la fábrica como en el centro penitenciario, el delincuente económico estuviese completamente al margen de la prisión –tanto por imprevisión legal, por discrecionalidad judicial o por flexibilidad en la ejecución–. La disciplina carcelaria dirigida a reintegrar al sujeto al sistema productivo obrero no tenía sentido alguno con los sujetos que antes y después de la comisión del delito no precisaban ese aprendizaje de vocación mecanicista.

Entre las aportaciones criminológicas que han abordado la criminalidad económica, las provenientes del método de análisis del materialismo histórico inicialmente han incorporado la delincuencia de cuello blanco a su objeto de estudio al mismo nivel explicativo del resto de criminalidad, considerada convencional. Sin embargo, dentro de esta corriente se ha propuesto realizar un análisis diferencial entre delincuencia tradicional y delincuencia económica. La delincuencia convencional tiene un carácter individual que responde a las contradicciones propias de los sistemas de producción y distribución, y la delincuencia económica se estudia a la luz de la relación funcional que media entre los procesos legales e ilegales de la circulación de capital, y entre estos procesos y la esfera política<sup>19</sup>.

Pero la centralidad que ocupa la desigualdad socio económica propia del sistema capitalista en el discurso sobre la génesis de la delincuencia que realiza la Criminología Crítica, no alcanza a explicar de manera satisfactoria todo el arco de la delincuencia, por ejemplo, la violenta contra las personas, la sexual o la de daños, a lo cual se pueden añadir algunos errores metodológicos destacados<sup>20</sup>. A ello es necesario añadir el problema de que autores como Baratta enlacen la crítica al sistema penal como mecanismo de control de los poderosos con la propuesta material de reducir el Derecho penal a mínimos indispensables de los que se sacarían buena parte de los delitos económicos o los relacionados con el ejercicio del poder: corrupción, seguridad en el trabajo, etc.<sup>21</sup>.

La escasa investigación criminológica sobre este sector de la delincuencia ha redundado, entre otras consecuencias, en el desconocimiento de las características y elementos que definen al delincuente económico y sus métodos de actuación. Entre la búsqueda de perfiles propios de aquellos o la generalización con el resto de los infractores penales, lo cierto es que la poca actividad empírica y las dudas acerca de qué elementos eran los más relevantes ha permitido, por ejemplo, a Albrecht afirmar que tales comprobaciones “no ofrecen realmente más que conocimientos banales que no acarrear la comprensión y el esclarecimiento de la criminalidad económica”, para luego asegurar que, “en una contemplación global, en el análisis

18 De Giorgi, A., op. cit., pp. 65 y ss.; Melossi/Pavarini, *Cárcel y Fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, pp. 15 y ss.; Barreto Rangel/Álvarez Gómez, op. cit., p. 131.

19 Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Siglo XXI, Madrid, 1989, p. 13.

20 Aebi subraya este y otros errores de la Criminología Crítica de raíz marxista, centrado en la exposición realizada por Baratta en su *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*. Algunas de las reflexiones críticas de Aebi son totalmente suscribibles en cuanto a los planteamientos científicos que las sustentan, pero otras resultan del todo inaceptables al poner en entredicho la honestidad científica del autor italiano, especialmente cuando realiza la siguiente afirmación: “sin embargo, al cruzar el Atlántico rumbo a América Latina –ese subcontinente signado no por el realismo mágico sino por el realismo trágico–, las ideas de la Criminología crítica y de otras corrientes de pensamiento marxista surgidas en los países centrales en los años 1960 y 1970 dieron sustento teórico a diversos movimientos juveniles que, ante una realidad social muy diversa de la que se vivía en los países centrales, intentaron llevar la teoría a la práctica. Las consecuencias fueron nefastas y condujeron a la instauración de una serie de dictaduras militares sanguinarias que segaron la vida de miles de jóvenes y forzaron al exilio a tantos otros. Estos países están pagando aún –y seguirán pagando durante muchos años– las consecuencias de dichas dictaduras” (Aebi, M., “Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, editor Pérez Álvarez, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 52). Aunque, tal vez, no haya sido la intención del autor, el entrecomillado anterior hace descansar en las espaldas de la Criminología crítica y de otras corrientes ideológicas próximas al marxismo las responsabilidades de lo acontecido en América Latina en esos años, desconociendo el autor que los actos pertenecen a sus autores –también los criminales–, sobre todo cuando los ejecutan quienes ostentan el poder, especialmente si es ilegítimamente conquistado, y demonizar las ideas no compartidas como peligrosas cuando salen del terreno de los libros para ser objeto de aplicación constituye, en el fondo, una invitación a la autocensura o, lo que es peor, a ejercer la censura por parte de quien piense diferente. Sin palabras, se confiesa Larrauri Pijoan ante el texto comentado (“Una defensa de la herencia de la Criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi ‘Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta’”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 17, 2006, pp. 272-273).

21 Ver la crítica de Marinucci/Dolcini a Baratta en “Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 9, 2002, pp. 163-164.

teórico de las condiciones de formación de la criminalidad económica la persona del autor del delito pasa a un segundo plano detrás de estructuras normativas, sociales, económicas y organizativas<sup>22</sup>.

Si bien es cierto que las condiciones en las que se desarrollan estas formas delictivas llevan a modelos de comportamiento complejos en los que no caben respuestas únicas en clave de comportamiento individual, no lo es menos que desconocer los mecanismos psicológicos, sociológicos, etc., que inciden en la comisión del delito por parte de quien disfruta de un status socio-económico diferente al resto de delinquentes, supone abordar la criminalidad de empresa como un conjunto de comportamientos pertenecientes a las estructuras complejas en las que aquellos se integran y entrar en la dinámica de la búsqueda de explicaciones y soluciones que acerquen el problema al terreno de la disfunción de los mecanismos de mercado más que al campo del Derecho penal. Postergar, o incluso hacer desaparecer del objeto de interés al sujeto individual, verdadero receptor de las penas por estos delitos y de los fines de las mismas, solo contribuye a crear espacios de impunidad al visualizar el crimen económico principalmente en su significación económica, puramente comercial, y no en su dimensión de comportamiento lesivo para las condiciones básicas de la convivencia en una sociedad determinada.

Los criminólogos de los Estados Unidos han polemizado durante años sobre el concepto y características del criminal de cuello blanco, especialmente debido a que los estudios que han abordado la cuestión no han ratificado las originales afirmaciones de Sutherland

según las cuales las características definidoras del delincuente de cuello blanco le sitúan siempre en los estratos más elevados del poder económico y político del modelo económico capitalista<sup>23</sup>.

Estos estudios postreros que sitúan al delincuente de cuello blanco en cualquier estrato social, incluso con una mayor incidencia en las clases medias que en los colectivos de mayor poder, parten, sin embargo de un concepto y de una tipología de delincuencia de cuello blanco que, junto a verdaderos delitos de empresa, incluye toda clase de fraudes que, en muchos casos, constituyen clásicos delitos patrimoniales<sup>24</sup>—estafas o apropiaciones indebidas—, junto a otros fraudes no individuales como el fraude de subvenciones o el fraude fiscal, y que tienen un componente generalista que aglutina a todos los grupos sociales diferenciados por su nivel de renta y posición en puestos de poder económico y político<sup>25</sup>.

El problema inicial, por lo tanto, reside en la definición de la delincuencia económica antes de poder realizar cualquier perfil del sujeto que la practica. Lo contrario supondría, trasladando la cuestión a otro sector de la delincuencia, intentar definir la personalidad de los traficantes de drogas sin haber determinado antes qué es el tráfico de drogas, camino que no conduciría a conclusión científica alguna<sup>26</sup>.

La tendencia de incorporar a este campo de la delincuencia todas aquellas infracciones penales realizadas sin violencia que conllevan la intención de obtener beneficios económicos ha derivado en una gran falta de claridad respecto de las conductas que pueden ser estudiadas con un mínimo de sistemática.

22 Albrecht, H.J., op. cit., pp. 277-278.

23 Sutherland, E., op. cit., pp. 227 y ss.

24 La propia Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, en las conclusiones del Undécimo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en abril de 2005, en Bangkok, adopta una concepción amplia al referir el delito económico a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera.

25 Shover, N., "El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva", en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, 2006, p. 459. A pesar de tales resultados analizados en varios estudios, el autor reconoce más adelante que los sujetos con mayor poder económico quedan al abrigo de la justicia penal por las enormes dificultades para ser detectados y la ausencia de denuncias a esos niveles, por lo que su número resulta indeterminable. Aunque ello no modificaría la teoría de la distribución del delito de cuello blanco entre muchos grupos sociales, al menos supondría un reconocimiento de que los procesos de control del delito de cuello blanco presentan ostensibles rasgos de selección por razón de la posición socioeconómica.

26 Kaiser, estando de acuerdo con la "democratización" actual de esta clase de delincuencia, esto es, de su expansión hacia sujetos y colectivos que no ocupan los escalones más elevados de las estructuras socio-económicas, sin embargo, advierte que centrar la atención en los hechos, olvidando los caracteres y perfiles de los sujetos delinquentes, hará perder explosividad y dinamismo a una materia cuya evolución criminológica ha dependido del análisis centrado en el sujeto y su papel social (*Introducción a la Criminología*, 7ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1988, p. 359).

La ausencia de violencia y el objetivo de enriquecimiento no son suficientes para dotar de unidad a un conglomerado de conductas tan heterogéneas que apenas encuentran más elementos comunes que los dos indicados.

Ball, consciente de este problema, diferencia entre delito de cuello blanco y delito organizacional de cuello blanco<sup>27</sup>. Si bien mantiene una concepción amplia de delito de cuello blanco que incluye estafas de amplio espectro, estima necesario diferenciar entre las conductas de quienes, considerados como sujetos respetables, individualmente cometen estos delitos en el curso de sus ocupaciones profesionales –delitos de cuello blanco–, de las que ejecutan personas individuales o concertadas con otras personas físicas en una organización formal de carácter legítimo y que constituyen una *función de la organización* –delitos de cuello blanco organizacionales–.

Continúa el autor precisando que es necesario diferenciar esta clase de criminalidad de aquella otra que se identifica con el calificativo de “crimen organizado”. En la delincuencia organizacional el delito es solo una parte de la actividad del grupo legal y los sujetos que los ejecutan son ciudadanos respetables pertenecientes a una clase social relativamente alta que no puede confundirse con los miembros de las típicas organizaciones mafiosas.

Sin embargo, a pesar de la necesidad de partir de estas precisiones, aun resulta imprescindible determinar si la criminalidad económica debe combinar los límites que representa la caracterización de los sujetos autores, con una delimitación de las conductas que pueden ser consideradas como propias de esas estructuras organizativas que inciden en la actividad económica.

Desde la década de los años setenta del pasado siglo –un buen ejemplo lo constituye el Proyecto Alternativo alemán de 1977–, el Derecho penal se ha esforzado en dotar de autonomía y coherencia a una parte

de su materia que, centrada en los aspectos económicos de las conductas y de los resultados que producían, debían, a su vez, ser separados de los clásicos delitos patrimoniales, tanto de los de apropiación como de los defraudatorios<sup>28</sup>. Las razones de esta división se encuentran, entre otras, en el propio desarrollo del Estado Social de la segunda posguerra mundial del siglo y en el reconocimiento que el mismo supuso de la existencia de nuevos intereses que venían a superar un modelo social de corte individualista en el que el Estado solo era garante del mantenimiento del sistema económico liberal desarrollado durante el siglo anterior.

Estos nuevos intereses enraizados en la actividad económica, pero de naturaleza variada, han supuesto una profunda transformación del Derecho penal moderno, tanto en lo relativo a la identificación y descripción legal de nuevas conductas delictivas, como en cuanto a las propias categorías que la ciencia penal ha debido ofrecer para dar respuesta a las mismas. Alrededor de este proceso se ha desarrollado una fenomenal polémica doctrinal entre los partidarios de un Derecho penal mínimo<sup>29</sup>, renuentes a dar cabida a esas conductas en la legislación penal, y los que, por el contrario, optan por una decidida y necesaria expansión del sistema penal para abordar los nuevos retos sociales<sup>30</sup>.

Lo cierto es que, con mayor o menor extensión, los legisladores de los países integrados en los “modelos económicos occidentales” han introducido en sus códigos y leyes penales buena parte de los delitos económicos de nuevo cuño, procurándose en la mayoría de los casos que, bien a través de leyes especiales o mediante fórmulas de separación en los textos codificadores, se estableciese una distinción, más o menos nítida según los casos, entre aquellos delitos en los que el factor individual –autor, bien jurídico, víctima, etc.– predominase, y aquellas otras infracciones en las que el elemento definidor fuese la dimensión colectiva de las conductas<sup>31</sup>.

27 Ball, R.A., “El enfoque de la teoría general de sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco”, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, 2006, p. 119.

28 Kaiser, G., op. cit., pp. 361 y ss.

29 Por todos, Hassemer, W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina penal*, núms. 46/47, pp. 277 y ss.

30 Marinucci/Dolcini, op. cit., p. 160: “para los partidarios del Derecho penal mínimo, los delitos contra los intereses colectivos no tendrían víctimas de carne y hueso”.

31 *Ibidem*, p. 160. Para los autores, “aquello que caracteriza al Derecho penal contemporáneo es solo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y el legislador, sino de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos”.

De este modo, lo que se ha producido es un acercamiento entre lo que la investigación sobre criminalidad económica venía demostrando, esto es, la existencia de dos realidades delictivas que responden a parámetros diferenciables<sup>32</sup> —una delincuencia patrimonial individual y otra organizacional socioeconómica—, y un Derecho penal atento a esa realidad que distingue entre delitos patrimoniales y delitos económicos.

No puede ser casual que los textos legales penales hayan dibujado un Derecho penal económico centrado en el aspecto organizativo o en la pertenencia de los autores de las infracciones a entidades jurídicas colectivas cuyas conductas suelen trascender el ámbito de lo patrimonial perteneciente a cada individuo<sup>33</sup>.

En este contexto, el verdadero delito de cuello blanco, el que puede presentar características propias frente al resto de la delincuencia patrimonial, el que más se aproximaría a las propuestas primigenias de Sutherland, no vendría definido solo por la ausencia de violencia y por la naturaleza económica del mismo, sino por la utilización del instrumento que representa la persona jurídica y por la circunscripción mayoritaria de estos comportamientos a hechos lesivos para intereses supraindividuales. De este modo, el sujeto poderoso al que se refería el sociólogo norteamericano sería el centro del interés no tanto por su origen social, sino por su integración en estructuras jurídico-económicas de poder capaces, a la vez, de multiplicar los daños y los beneficios del delito y de interponer barreras eficaces para eludir la actividad de control y persecución del crimen económico.

El principal inconveniente, de nuevo, de centrar la criminalidad de cuello blanco en el elemento organizativo reside, al menos desde el punto de vista criminológico, en favorecer un modelo explicativo que sitúe las causas del crimen económico en factores que alejen al sujeto individual autor de los hechos del

ámbito de la responsabilidad penal. De este modo, se deriva esta responsabilidad mediante medidas o penas a imponer a las entidades que favorecen el delito por su propia estructura interna, como si esta viniese dada por causas inmanentes que no necesitan ser explicadas, cuando lo cierto es que son personas físicas concretas las que crean los modelos de funcionamiento criminógeno de las entidades empresariales en la búsqueda de concretos beneficios, en cuyo seno estructuras y personas sirven al proyecto económico dirigido en el que el delito tiene lugar.

Es cierto que esta mirada puede encontrar respuesta contraria en modelos más generales de explicación del delito. A diferentes escalas podrían compararse grupos sociales amplios con entidades jurídicas colectivas, encontrando en ambos espacios factores que favorecen la comisión del delito: crisis económicas, conflictos culturales, relaciones de dominio, sociedades anómicas, etc. Pero, la gran diferencia que se puede observar es que los factores criminógenos de carácter social ni excluyen la responsabilidad penal del autor individual de los delitos ni establece modelos de sanción para el grupo social en su conjunto. La imposibilidad de esto último dirige la mirada solo al autor, aunque en ocasiones, y ya en el ámbito legal, se busquen fórmulas que dibujen de modo completo esa responsabilidad atendiendo, además, a los elementos definidores de esa sociedad concreta. En el terreno de las personas jurídicas, la posibilidad franca de derivar las sanciones hacia esta, altera el modelo general y permite que el reproche social anterior sin consecuencias jurídicas, ahora pueda materializarse dejando en un segundo plano al sujeto concreto porque la organización social que representa la empresa puede asumir toda la responsabilidad por favorecer las condiciones de aparición del delito. Los sujetos pierden su plena capacidad de responsabilidad a través de una especie de abducción<sup>34</sup> que le aparta del primer plano del sistema penal.

32 Serrano Maillo considera que las posibles especificidades metodológicas para el estudio del económico y el patrimonial puede dificultar la existencia de una ciencia positiva del delito con vocación de generalización (“El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 14, 2004, p. 240).

33 Por todos, Martínez-Bujan Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 193 y ss.

34 Zúñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas”, *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 64. La autora destaca cómo, “según la psicología de grupos, los sujetos cambian cuando están en el interior de un grupo amparados por la cobertura que le da su pertenencia al grupo”; recientemente en los Estados Unidos se ha establecido una responsabilidad penal directa para los altos cargos de las corporaciones en cuyo seno cometen delitos sujetos que delinquen en beneficio de la corporación (Barnett, C., “The measure of white-collar crime using Uniform Crime Reporting (UCR) Data”, en *Criminal Justice Information Services División*, en la página Web <http://www.fbi.gov/ucr/whitecollarforweb.pdf>, p. 6).

En definitiva, no puede desconocerse que una definición correcta del delito de cuello blanco pasa por atender al factor de organización como esencial para delimitar esta clase de delincuencia de otras distintas<sup>35</sup>, especialmente de aquellas de naturaleza patrimonial individual, sea o no de carácter violento. Pero, tampoco puede obviarse que el sujeto individual que delinque en el seno de estas estructuras empresariales presenta características de integración, de socialización, de participación en las estructuras de poder económico y político que, no solo le hace diferente del delincuente tradicional en cuanto al papel que desempeña en la estructura social<sup>36</sup>, sino que, además, no es el receptor habitual de la respuesta penal formal, en particular de su instrumento más lesivo, la prisión.

La Oficina Federal de Investigación de los Estados Unidos (FBI) ha optado por utilizar un concepto utilitarista que deje los aspectos más personales del autor del delito de cuello blanco en un segundo plano para centrar la investigación en los elementos objetivos de la ofensa. De hecho los define como “aquellos actos ilegales caracterizados por el engaño, la ocultación o la violación de la verdad los cuales no dependen de la utilización de amenaza o fuerza o violencia física. Los individuos y organizaciones cometen estos actos para obtener dinero, propiedades o servicios; para evitar el pago o pérdida de dinero o servicios; o para asegurarse ventajas personales o comerciales”. El sentido de esta clase de definición es principalmente operativo ya que se parte de la falta de utilidad de los datos personales para realizar una medición de esta clase de criminalidad a nivel de agencia de control<sup>37</sup>.

La también permanente discusión acerca de la necesidad o no de hacer responder penalmente a las personas jurídicas por delitos imputables a ellas, así como a las personas físicas que las integran, no deja de traslucir una percepción errónea de cuáles deben ser los caminos para afrontar una clase de delincuencia que, en el contexto de la internacionalización, se escapa de las manos a las autoridades penales de los Estados. Es preciso responder, lo que se hará más adelante, al porqué de la convicción extendida de que las sanciones contra las empresas son más eficaces y responden mejor a la idea de prevención si se las denomina

penales y no administrativas, si las impone un juez o tribunal y no la Administración –nacional o internacional-. Pero, por ahora, sería suficiente con apuntar que un modelo penal sancionador de las empresas es formalmente compatible con un Derecho penal de las personas físicas, pero materialmente disfuncional con los fines del sistema penal y contribuye a reducir la significación valorativa de las infracciones del denominado Derecho penal socioeconómico.

Modificar el sistema de responsabilidad penal y afrontar la supuesta hipertrofia del mismo –casualmente siempre argumentada en relación con estas infracciones– lleva, por ejemplo, a Marinucci/Dolcini a asegurar que “lo que no se puede compartir es la idea, patrocinada por estas corrientes, de que la retirada del Derecho penal debe realizarse en perjuicio de los intereses colectivos afectados por los poderosos de la economía, por la criminalidad organizada, por los destructores de las instituciones democráticas– El Derecho penal moderno debe sí corregir su natural tendencia a la hipertrofia, debe realizar una tutela equilibrada de todos los bienes fundamentales, individuales y colectivos; y la doctrina penal, precisamente en el momento en que la justicia penal comienza a prestar atención también a los grandes de la economía y la política, no puede patrocinar, ni siquiera inconscientemente, un retorno al pasado, como otra cosa no puede significar la restauración de un estereotipo del delincuente sobre la base de ‘clases peligrosas’”<sup>38</sup>.

En el fondo del problema, especialmente a nivel de instituciones internacionales encargadas de las políticas de prevención y lucha contra el delito, sean instituciones formales o informales, es que vienen abordando el problema de la criminalidad económica sin establecer barreras de separación suficientes entre esta y el crimen organizado, destacando y mezclando los elementos organizativos lícitos de la primera y la trascendencia lesiva y los métodos ilícitos de los comportamientos característicos de la segunda<sup>39</sup>.

Esta concepción simbiótica, que debe ser objeto de crítica, no puede derivar en imponer métodos de investigación y conocimiento del delito, mecanismos

35 Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho Penal*, op. cit., p. 22.

36 Bauman, Z., op. cit., p. 42.

37 Barnett, C., op. cit., p. 2.

38 Marinucci/Dolcini, op. cit., p. 167

39 Constituye un claro ejemplo de esta confusión el Informe del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en El Cairo en mayo de 1995.

de prevención y lucha, y disposiciones normativas comunes para ambas formas de delincuencia como si fuesen una realidad idéntica. A partir de un modelo político criminal general válido para todas las infracciones penales<sup>40</sup>, las políticas preventivas dirigidas a contener y reprimir la delincuencia de empresa y el crimen organizado deben tener espacios propios donde quepa la reflexión criminológica y jurídica de manera acorde a las propias particularidades de cada una.

Como ejemplo de esta tendencia se puede tomar a la Dirección General de la Policía española que pondrá en funcionamiento, próximamente, la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal, en el marco de su lucha contra el crimen organizado. El desarrollo de esta Unidad “llega con el objetivo de incrementar la eficacia en la lucha contra el crimen organizado, para lo cual también se llevará a cabo una adaptación de la estructura organizativa y operativa de las Unidades dedicadas a la investigación de este tipo de criminalidad”. Difícilmente cabe una mayor confusión terminológica y conceptual entre una y otra manifestación delictiva<sup>41</sup>.

### I. LA INFORMACIÓN EMPÍRICA SOBRE DELINCUENCIA ECONÓMICA: LA INVESTIGACIÓN, LOS HECHOS Y SU SISTEMATIZACIÓN

La carencia empírica ha lastrado, por ejemplo en España, el desarrollo de la investigación criminológica, la cual se ha venido desarrollando a un nivel principalmente teórico y a expensas de la producción científica elaborada en los Estados Unidos y en algunos países europeos como Suecia, Gran Bretaña y Alemania.

Las razones de esta ausencia y de la presencia más que testimonial de trabajos relevantes en esta disciplina pueden achacarse a diferentes causas, entre las que podemos identificar aquellas que son de naturaleza económica, política y académica: falta de recursos, falta de voluntad o interés de los poderes públicos y rigores científicos poco proclives a la investigación interdisciplinar, han ayudado por igual a esa situación.

En realidad todos estos motivos están entrelazados y han tenido principalmente que ver con una falta de interés por el delito que durante muchas décadas ha

afectado a disciplinas científicas distintas de las jurídicas en nuestro entorno y, en el caso de los investigadores jurídicos, por la implantación preeminente de una metodología de carácter teórico dogmático que ha alejado del interés de las universidades españolas el estudio de las causas y el desarrollo real de la delincuencia, para centrarse en la articulación jurídica de la respuesta a la comisión de infracciones penales y la interpretación de estas<sup>42</sup>.

A ello es preciso añadir que la investigación social es muy costosa, y el crimen ha representado una parcela de la vida social con una fuerte tendencia a ser invisible. No en el sentido de carecer de relevancia social, para lo cual no es preciso más que ver la notoriedad que siempre han tenido los crímenes graves contra las personas, sino en el de hacer intangible el hecho de que los delitos los comenten personas concretas, sobre otras no menos reales y que la trayectoria vital y las circunstancias sociales y personales de estos sujetos ha carecido de trascendencia alguna a la hora de orientar las grandes políticas públicas del Estado, probablemente porque una parte relevante de la responsabilidad de la caracterización de la delincuencia en una sociedad determinada le corresponde a esta en su conjunto. Los altos muros de la prisión tienen la función, entre otras, de hacer olvidar a los que están en el exterior que quienes las habitan proceden de fuera y que las condiciones para delinquir se han producido y se mantienen fuera y no intramuros de la cárcel.

El trabajo principal de recopilación de información criminológica la realizan las instituciones públicas en el ejercicio de sus funciones y con el objetivo de planificar la actividad para la que son competentes. Sin embargo, no se trata de investigación criminológica *per se*, ya que su obtención no es realizada con parámetros metodológicos correspondientes a las ciencias sociales ni tienen un tratamiento y explicación acorde con alguna corriente de pensamiento criminológico, sino que tiene por objeto mejorar el conocimiento de la actividad que regulan y son útiles, como mucho, para funciones de política criminal directa o, en el peor de los casos, para imponer decisiones políticas con orientación ideológica predeterminada a la que la información sobre el delito sirve exclusivamente de apoyo. La carencia empírica de que se parte es la propia de la investigación independiente, metodológicamente dirigida y

40 Zipf, H., *Introducción a la Política criminal*, ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, pp. 44-46.

41 Igualmente, denuncia esta confusión terminológica Serrano Maillo, A., “El (sesgado) uso de los delitos(...)”, op. cit., p. 243.

42 Serrano Maillo, A., *Introducción a la Criminología*, 4ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 135-139.

con vocación de explicar fenómenos complejos que requieren soluciones que implican a numerosos actores de la vida política y social. Como asegura Tiedemann, la información criminológica es fundamental para realizar una determinada política criminal, “pero también para una efectiva política económica y poder derogar leyes que en la praxis no *tocan* la realidad sino que caen en el vacío”<sup>43</sup>.

Si la investigación criminológica general ha sido escasa en términos de investigación social, cuando nos aproximamos al terreno de la delincuencia económica, el panorama se convierte en un auténtico desierto. A las razones antes apuntadas respecto de la investigación general, en este segmento de la delincuencia se unen dificultades nuevas que convierten a este sector en prácticamente impenetrable<sup>44</sup>. Dificultades que tienen que ver con la inidoneidad de algunas de las técnicas habituales de investigación en Criminología para el conocimiento del delito. Estadísticas oficiales centradas y confeccionadas para la detección de la delincuencia individual y predatoria; colectivos inaccesibles para poner en marcha informes de autodenuncia; sujetos víctimas de infracciones penales denominadas *sin víctima* a los que resulta imposible someter a encuestas de victimización; jurisprudencia escasa cuando no inexistente sobre tipos penales que pasan décadas sin ser objeto de interpretación en los tribunales; oscurantismo e ineficacia de los organismos administrativos especializados para tratar y ofrecer públicamente los datos relativos a irregularidades en los diferentes mercados, etc.

Se trata, por lo tanto, de un sector hermético<sup>45</sup>, cercano a los espacios del poder legal, con dificultades para ser identificado por el ciudadano medio como generador de conflictos sociales, con fuertes implicaciones económicas e ideológicas con medios de comunicación social y cuyos partícipes parten de un

reconocimiento social y legal que les coloca normalmente al margen de los instrumentos habituales de control que los poderes públicos establecen para la detección del delito.

Dos son las fuentes principales de conocimiento del delito económico: los organismos públicos o semipúblicos reguladores de los mercados y las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas para defender los intereses de los sectores más desprotegidos ante los grandes operadores de los mercados. Estas fuentes nutren algunas estadísticas oficiales, principalmente las judiciales ya que, por diferentes razones, la actividad policial tiene menores posibilidades de controlar directamente los comportamientos ilícitos cometidos en ámbitos cuya inspección regulada pertenece a otros organismos de las administraciones públicas ordinarias o, incluso, a instituciones privadas como la American Bar Association<sup>46</sup>.

Como ocurre con la mayor parte de la delincuencia, la fuente de conocimiento del delito no suele asumir funciones de sistematización de la información, limitándose a suministrar los hechos conocidos a los organismos competentes de su persecución, que sí realizan alguna clase de organización de los datos. Sin embargo, al ser esta una actividad que realizan de manera secundaria, la calidad y su capacidad para ofrecer una imagen correcta de la delincuencia suele ser bastante deficiente. No existen, por ejemplo en España, organismos estadísticos –Instituto Nacional de Estadística, Centro de Investigaciones Sociológicas– que hayan asumido organizar y ofrecer información sobre delincuencia<sup>47</sup>, en general, y mucho menos sobre delincuencia económica, en particular. Por lo tanto, la capacidad político criminal de abordar un sector de la delincuencia tan especializado y con mayores dificultades de conocimiento que el resto se encuentra en niveles mínimos<sup>48</sup>.

43 Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 250.

44 Las citadas conclusiones del XI Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Justicia Penal de Bangkok insisten en la dificultad de medir esta delincuencia, entre otras razones por las grandes diferencias entre los modos de registrarla en cada país, los disímiles conceptos legales y administrativos de referencia y la tendencia de los grandes operadores económicos a resolver los incidentes de forma privada; Kaiser señala la escasa notoriedad del delito, la difuminación de la calidad de las víctimas y las estructuras anónimas de comunicación, como aquello que llevaría a calificar a un delincuente como de *cuello blanco* (op. cit., p. 356).

45 Conklin, J.E., *Criminology*, Ed. Macmillan Publishing Co., Nueva York, 1981, p. 21.

46 Barnett, C., op. cit., p. 6.

47 Al respecto, Stangeland, P., “Encuestas de victimización”, en *Los problemas de la investigación empírica en Criminología: la situación española*, Díez Ripollés/Cerezo Domínguez eds., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 16 y ss.

48 Tiedemann concede un valor fundamental a la elaboración teórica de estos conocimientos para el perfeccionamiento de la legislación y, sobre todo, para el desarrollo de un sistema de conocimiento que también explica la dependencia de la criminalidad económica de los sistemas económicos y políticos existentes y que desarrolla al mismo tiempo las condiciones para la optimización de estos sistemas (op. cit., pp. 250-251).

Intentar aproximarse a los hechos, a su medición, supone enfrentarse a la imponente realidad de una cifra negra de que, en palabras de Tiedemann, supone que “la cuestión de la medida de esta criminalidad sobrepasa la de sus causas”<sup>49</sup>.

Son muchas las razones que se apuntan para justificar este horizonte, pero tal vez el dato más frustrante que ofrecen las investigaciones sobre delincuencia económica es la distorsión entre los objetivos de la regulación penal y el efecto práctico de las mismas. Al respecto es interesante el estudio en materia medioambiental de Albrecht/Heine que describe cómo tras la introducción de la legislación penal ambiental en Alemania los procedimientos judiciales se dirigían principalmente contra agricultores, personal naviero, propietarios de camiones o pequeñas industrias automotrices, pero nunca contra los propietarios o directores de las grandes industrias alemanas, si bien Tiedemann matiza que con el paso de los años se ha invertido esta tendencia en contra de los altos directivos de grandes empresas<sup>50</sup>.

Los datos oficiales suelen reflejar una incidencia mínima del delito económico en la estadística global de la delincuencia. Por ejemplo, los delitos económicos conocidos por el FBI de los Estados Unidos en el periodo 1997-1999 fueron del 3,8%, siendo la mayoría fraudes patrimoniales y pocos delitos de corporaciones y mercado<sup>51</sup>. Este reflejo mínimo solo puede explicarse a partir de dos consideraciones: el volumen de esta delincuencia es muy bajo, pero representa valores equivalentes al del resto de sectores en cuanto a cifra negra; o bien, esta infrarepresentación se debe a una fuerte desproporción entre la cifra negra de la delincuencia económica y la delincuencia común, cuyas causas habría que analizar.

El problema de la Criminología es que no sido capaz de dar respuesta satisfactoria a este dilema a través

del estudio empírico, por lo que se ha impuesto la sospecha de una cifra negra más alta en este sector por la acumulación de condiciones objetivas previas que deberían impedir la persecución de estas infracciones así como por deducciones derivadas del cruce de datos provenientes de distintas investigaciones. Si se comparan las investigaciones de Barnett y Wäcquant<sup>52</sup> se pueden extraer algunas pistas. Según la investigación de Barnett para la delincuencia económica se puede extraer un perfil del autor del delito en el que la mayoría de los mismos son hombres blancos, a la vez que se observa un porcentaje muy elevado de mujeres respecto de otras formas de delincuencia. Wäcquant, por su parte, destaca las razones por las que la población negra de los Estados Unidos está sobre representada en las cárceles: la desocupación y el empleo precario de ese colectivo, el desmantelamiento de las redes de asistencia pública y la crisis del gueto como instrumento para el control y confinamiento de una población estigmatizada, extraña al cuerpo social de la nación y superflua desde un punto de vista tanto económico como social. Del cruce de ambas investigaciones se deduce que el delincuente económico no está representado en la cárcel, el número de mujeres blancas es mínimo y los delitos por los que están ingresadas son delitos “comunes”.

Se quiera o no, y a pesar de la evolución del sistema penal, la prisión sigue siendo el referente social del Derecho penal y el delincuente para el conjunto social es el sujeto que cumple privación de libertad en centro penitenciario. Constatar que el autor de infracciones penales de corte económico no está sino excepcionalmente en prisión es un elemento indicativo de la percepción del sistema penal sobre esta clase de autores y sobre los hechos que realizan. Esta percepción se manifiesta en cada fase del control formal del delito y el resultado no puede extrañar que sea el que se denuncia desde los trabajos de Sutherland por parte de la Criminología<sup>53</sup>.

49 *Ibidem*, p. 259.

50 *Ibidem*, pp. 268-269.

51 Fuente, Barnett, C, op. cit., pp. 3 y ss.; cifras similares procedentes del Informe UNICRI-CINAF destaca Cervini, R., “Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 14, 2004, pp. 117.118.

52 Barnett, C., op. cit., p. 5; Wäcquant, L. *Simbiosi mortale, neoliberalismo e politica penale*, Ed. Ombre corte, Verona, 2002.

53 Serrano Maillo critica la metodología antiempírica utilizada en los países de tradición jurídica continental para el conocimiento del delito de cuello blanco (“El (sesgado) uso de los delitos(...)”, op. cit., pp 244 y ss.). Es perfectamente suscribible la opción que toma por dar validez general a todos los métodos de investigación empírica en este y en otros sectores de la delincuencia, así como su utilización combinada, como respuesta a los críticos que rechazan las estadísticas como método fiable para conocer la delincuencia económica por su sesgo ideológico. Sin embargo, la consecuencia que se puede extraer de ello sí que resulta criticable en cuanto rechaza un concepto criminológico de delito de raíz jurídica y opta por un concepto natural de delito, en general,

## II. POSTULADOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO CRIMINALES APLICADOS AL DERECHO PENAL ECONÓMICO

### 1. Ineficacia

Es un lugar común asegurar que los sistemas penales nacionales no están materialmente capacitados para controlar y perseguir la delincuencia económica, especialmente cuando esta sobrepasa esas fronteras y se expande por territorios globales siguiendo el rastro de la propia actividad económica lícita. Esa incapacidad puede explicarse por factores cuyo control escapa a la acción del Estado, o puede partirse de una visión que sitúa precisamente en la voluntad o tolerancia de los poderes públicos el origen de la creciente impunidad con la que los grandes operadores económicos actúan en los mercados globales<sup>54</sup>, especialmente en sus zonas de mayor sombra. Así, para De Maillard “los Estados han permitido la creación y la reproducción de un nuevo mercado, el más vasto y rentable a escala mundial, el de la trasgresión de la norma”<sup>55</sup>.

Antes de achacar a la globalización la ineficacia de los sistemas penales nacionales sería aconsejable no perder de vista que los ordenamientos estatales no pueden exhibir una brillante trayectoria cuando de controlar los cerrados mercados nacionales de la postguerra mundial se trataba<sup>56</sup>. La globalización tan solo está suponiendo un paso más dentro del fenómeno, probablemente muy importante y de grandes

dimensiones, pero no puede considerarse como el inicio y la causa de la impunidad del delito económico.

Factores legales, sociológicos, económicos y políticos concurren por igual contribuyendo a dibujar un panorama de gran ineficacia del sistema público de control en esta materia.

En el momento de plantear soluciones a esta situación las opciones se centran fundamentalmente en dos posibilidades: el impulso de reformas legales e institucionales que mejoren las carencias de los sistemas públicos de supervisión y sanción, y, sobre todo, el fomento de políticas de formación y comunicación que permitan visualizar desde las instituciones y desde la ciudadanía en general los verdaderos efectos negativos de la delincuencia económica, reduciendo el importante grado de relativización con el que los autores y sus hechos se presentan a la colectividad.

Un experimento interesante ha sido el desarrollo institucional que representa el modelo de la Unión Europea<sup>57</sup>. Nacida de la voluntad de aunar intereses económicos y financieros de los países europeos, el aparato público desarrollado para dar satisfacción a aquellos intereses ha tenido el efecto, probablemente por primera vez de forma generalizada, de elevar al primer plano del interés ciudadano la protección de los intereses económicos públicos claramente identificados con el desarrollo de los países que se han sumado a ese proyecto colectivo.

---

y de delito económico, en particular. Parece presumir que toda crítica al sesgo de la información oficial sobre el crimen proviene de una disconformidad con la aplicación legal de los delitos económicos y una extensión de los comportamientos delictivos a todos aquellos que seña éticamente negativos a juicio del propio investigador. Siendo cierto que se pueden cometer esos excesos, lo contrario supondría retirar a la Criminología toda función de crítica y convertirla en una ciencia aséptica que valida como reales los datos que por una o varias vías llegan al investigador sin que pueda ponerse en tela de juicio el modo o el proceso por el que los hechos de la realidad se plasman en datos mensurables.

- 54 Mantovani apunta como causas de la falta de persecución de esta delincuencia la dificultad de persecución judicial, la levedad de las sanciones legales, la escasa difusión pública del delito y el trato preferente de las autoridades administrativas y policiales a los sujetos implicados, si bien apunta que en Italia se está produciendo un importante cambio de tendencia que puede generar riesgos de excesos en la presunción de culpabilidad por pertenecer al mundo económico (*Il problema Della criminalità*, Ed CEDAM, Padua, 1984, p. 363; Cervini, R., op. cit., p. 130).
- 55 De Maillard, J., op. cit., p. 40.
- 56 Silva Sánchez pronostica que el Derecho penal de la globalización acentuará la tendencia de los Estados nacionales de relativización de las garantías político-criminales, sustantivas y procesales, especialmente en materia de delincuencia económica, crimen organizado y corrupción (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 64). Este diagnóstico, contrario a la visión del fenómeno de la que aquí se parte, no se apoya en datos empíricos reales, datos que en cualquier Estado nacional muestran una leve incidencia del Derecho penal precisamente en las materias relativas a la delincuencia económica y a la corrupción con numerosas vías de escape que la delincuencia violenta no está en condiciones de utilizar.
- 57 Zuñiga Rodríguez destaca la influencia de la unificación europea en los derechos penales nacionales, especialmente a través de la creación de un espacio común de lucha contra la criminalidad, de la unificación de algunos criterios de imputación y la consagración de algunos principios generales del sistema sancionador europeo (“Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas”, en *Derecho penal*, en la dirección web <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artzuniga.html> (sin paginar)); Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho penal*, op. cit., pp. 85 y ss.

Posteriormente, y una vez asentada la necesidad y la complicidad ciudadana en la protección, incluso penal, de los intereses económicos comunitarios, han sido las propias instituciones europeas las que han impulsado las políticas nacionales de represión de la delincuencia económica por un efecto expansivo y unificador propio de la estructura comunitaria<sup>58</sup>. La sensibilización hacia la relevancia y necesidad de su represión se ha favorecido por la identificación permanente entre delincuencia económica y delincuencia organizada, aunque ha tenido el efecto perverso de focalizar la atención sobre determinada clase de sujetos asociados a la delincuencia tradicional con fuertes connotaciones económicas –tráfico de drogas, blanqueo de capitales, tráfico de personas o de armas, etc.–<sup>59</sup>.

De este modo, se ha producido un doble fenómeno: en primer lugar, se ha asentado, al menos en el plano legal, la voluntad de dar una respuesta penal a los comportamientos más graves producidos en y alrededor de los mercados fundamentales de las sociedades capitalistas contemporáneas –mercados de valores, mercados financieros, de servicios y productos de consumo, etc.–; pero, en segundo lugar, se ha producido una distorsión que vuelve a ensombrecer al delincuente económico por excelencia, al sujeto poderoso e integrado socialmente que describió Sutherland, al dar un valor negativo prioritario al delincuente económico que comete infracciones asociadas a aquellos delitos que se representan como el símbolo de la delincuencia moderna: drogas, blanqueo, tráfico de personas, pornografía infantil y delincuencia informática. De este modo, los delitos corporativos, incorporados a la generalidad de los países europeos mediante la decidida influencia de las instituciones comunitarias, vuelven a quedar relegados a un segundo plano público, y quedan condenados a repetir los esquemas de relativización propios del modelo estatal clásico de comparación entre delincuencia violenta y delincuencia económica.

Las diferentes organizaciones internacionales que han asumido un fuerte protagonismo en la ordenación y la supervisión del comercio internacional y de las políticas económicas de los Estados ha hecho gran hincapié en el control y el castigo, incluso penal,

de las conductas que han considerado disfuncionales con las directrices maestras del comercio capitalista a nivel mundial. Han puesto mucho énfasis en impedir conductas atentatorias contra el libre comercio, contra los derechos de propiedad industrial o contra el libre movimiento de capitales, además de atacar los tráfico ilegales de todo tipo, con la excepción del de armas y parcialmente el de personas, y la reversión de los beneficios de estos comportamientos al comercio legal en clave de ilegítima competencia.

En cambio, su contundencia ha sido menor a todos los niveles –legal, político y económico–, cuando los comportamientos a considerar no son perjudiciales de forma directa para la mejor eficiencia de los mercados, sino que son observados como limitaciones a su dinamicidad. En este caso se encontrarían las conductas lesivas para el medio ambiente, los abusos contra los derechos de los trabajadores, las conductas contrarias a los intereses de los consumidores o contra la salud pública en los sistemas de producción industrial de carácter legal.

Resulta evidente que a nivel internacional hay dos posibles modelos de intervención en la economía por parte del Derecho, en particular del sancionador. Uno de alcance limitado y dirigido a favorecer el mantenimiento y desarrollo de las estructuras básicas del sistema económico, que intenta eliminar los obstáculos a la expansión de los diferentes mercados a nivel global. Un segundo modelo se basa en el crecimiento y desarrollo sostenible, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas y contrario a la manipulación de los mercados por parte de quienes ostentan espacios de poder.

Entre estas dos vías, las organizaciones internacionales, públicas, privadas y semipúblicas, vienen optando de forma preferente por el primero de los modelos. Con excepciones puntuales en la Unión Europea o en las organizaciones de naturaleza pública, el referente esencial es el crecimiento económico y la reglamentación es visualizada como su obstáculo directo más inmediato.

Consecuencia parcial de este análisis es que ni el autor de estas infracciones alcanza la consideración de delincuente, ni los tipos penales se configuran

58 Rodríguez Sol, L., “La investigación de la delincuencia económica en el espacio europeo”, en *Revista Jurídica Española. La Ley*, vol. 3, 2005, pp. 1.903 y ss.

59 Aunque Cervini intenta establecer un concepto de macrocriminalidad económica en los espacios de legalidad, en algún momento entra en esta confusión entre delincuencia económica y crimen organizado (op. cit., p. 125).

técnicamente de forma acorde con los intereses que pretenden proteger, ni la persecución de los delitos en la vía administrativa, policial y judicial se realiza con los criterios generales que se aplican a la delincuencia contra las personas y el patrimonio o la que es identificada como verdaderos crímenes: drogas, falsificación de moneda, terrorismo, falsedades, etc.<sup>60</sup>.

## 2. Los espacios de impunidad ante la justicia penal

Si bien se han destacado las razones estructurales y los impedimentos materiales e ideológicos que se acumulan para mantener fuera del sistema penal la mayor parte de las infracciones económicas, aun es posible, en el ámbito propio de la justicia penal en sentido estricto, esto es en la aplicación de las normas penales materiales y procesales, encontrar motivos de carácter jurídico que colaboren en dibujar el panorama de la impunidad que afecta a este sector de la delincuencia. Construcciones dogmáticas y redacciones legales de los delitos, articulación de los procesos y configuración de los instrumentos de los que dispone y ejecución de las penas impuestas, contribuyen a esta imagen de una clase de delincuencia que presenta más elementos de construcción teórica que de análisis práctico<sup>61</sup>.

### 2.1. Dogmáticos

Los numerosos problemas detectados para la persecución de la delincuencia económica persisten en el proceso de argumentación jurídica que se articula durante el procesamiento penal.

En la redacción de la sentencia, y en momentos puntuales de la imputación o del archivo de actuaciones, entran en aplicación las construcciones teóricas propias de la ciencia jurídico penal. Elaboradas para

facilitar la aplicación de la norma penal, y desarrolladas en su origen para un modelo penal propio de finales del siglo XIX y primera mitad del siguiente siglo, tenían por objeto primordial una clase de delincuencia centrada en la persona individual, tanto en lo relativo al autor como a la víctima del delito. Si bien esta situación presentaba excepciones permanentes, por ejemplo en los delitos contra la seguridad del Estado, la regla general y la construcción teórico-dogmática buscaba respuestas generales y seguras para los homicidios, los robos, las agresiones sexuales y contra la libertad.

La responsabilidad individual y los delitos de resultado material, la construcción del dolo y las causas de justificación, y la teorización sobre el bien jurídico, han basado su evolución en infracciones con bienes jurídicos individuales, cometidas por sujetos autónomos, con resultado material perceptible y con la voluntad y el conocimiento como límites mínimos de la responsabilidad subjetiva<sup>62</sup>.

Al ir sumándose al catálogo de infracciones penales nuevas conductas propias de sociedades más complejas que aquellas de los inicios de la dogmática penal, el número de problemas para la aplicación del Derecho penal a las mismas ha ido creciendo en parecida proporción.

Sin embargo, y por razones no estrictamente jurídicas, el cúmulo de dificultades se ha centrado más en una clase de delincuencia que en otras. Cuando se ha querido ejemplificar el terreno de las mayores complejidades que surgen en la denominada delincuencia moderna, el Derecho penal económico ha sido el perfecto receptor de todas ellas. Falta de concreción de los bienes jurídicos en juego, tendencia a tipificar conductas de peligro sin aparente lesividad, extremas dificultades para la imputación de los sujetos que

60 Resultan de interés las reflexiones al respecto de Diez Ripolles cuando afirma que “lo que comenzó siendo una preocupación por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del Derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa de la intensidad de persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida “expansión del derecho penal” no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes afflictivos” (“La nueva política criminal española”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 17, 2003, p. 69).

61 Serrano Mailló, A., “El (sesgado) uso de los delitos(...)”, op. cit., 265.

62 Zuñiga Rodríguez, L., op cit., (sin paginar); señala la autora que “este es precisamente uno de los síntomas de la tan manida crisis del derecho penal: la imposibilidad de determinar la responsabilidad en sistemas complejos, donde las víctimas son indeterminadas, existe una pluralidad de nexos causales y existen una pluralidad de conductas, algunas dolosas otras culposas, unas activas y otras omisivas”.

ostentan el poder real en las organizaciones, etc.<sup>63</sup>. Otras formas delictivas modernas, en cambio, no han recibido las mismas críticas, o, al menos, no han encontrado tantas reticencias en su aplicación por parte de los tribunales penales. Actos de narcotráfico, formas tangentes de colaboración con el terrorismo, algunas formas de blanqueo de capitales, son ejemplos en los que las mismas o mayores dificultades que las mencionadas han podido concurrir al materializarse en disposiciones legales, y, sin embargo, son mínimas las dificultades que han encontrado para generar una abundante jurisprudencia en que la responsabilidad de los sujetos con poder en la organización resulta clara, el simple peligro para el bien jurídico no representa un obstáculo insalvable y la constatación de la intencionalidad delictiva se homologa al del resto de infracciones penales denominadas clásicas.

Entre los ámbitos de mayor discusión pueden destacarse tres particularmente relevantes: el problema de la asignación de responsabilidad a los sujetos, físicos o jurídicos, que intervienen en el delito; la cuestión de la lesividad de la conducta y el interés merecedor de protección; y, por último, las cuestiones relativas a la tipificación de las conductas, tanto en términos objetivos como subjetivos –delitos especiales, delitos de resultado, elementos subjetivos del injusto, etc.–.

En la atribución de responsabilidad penal el problema ha sido doble: por un lado, la facilidad de los verdaderos gestores de las sociedades mercantiles para excluir su responsabilidad y derivar la misma hacia sujetos que material y jurídicamente aparecen como verdaderos ejecutores de las infracciones penales; por otro lado, y ante las numerosas situaciones de impunidad derivadas de la complejidad de las estructuras jurídico económicas que constituyen determinadas formas de empresa, la opción por hacer responder de forma directa a la persona jurídica por el delito asignándole penas propias para estas entidades.

En el primer caso se trata de problemas de imputación de la autoría y de la participación en el delito, especialmente en el caso de sujetos que tomando las decisiones relevantes en el seno de las personas jurídicas, especialmente las de contenido económico, no figuran como ejecutores de las conductas típicas que

describen los tipos penales. Desde la dogmática penal se han elaborado diferentes construcciones para dar respuesta a estos espacios de impunidad<sup>64</sup>, las cuales han sido asumidas por los aplicadores del derecho con mayor o menor fortuna.

Con la intención de dar una respuesta que palie esta situación se ha venido extendiendo en la doctrina penal a nivel internacional y en un número cada vez mayor de legislaciones nacionales la sanción penal directa a la empresa como respuesta político criminal más eficaz en la lucha contra la delincuencia económica. Entre los muchos argumentos utilizados para justificar este cambio de paradigma respecto de la tradicional limitación de responsabilidad de las personas jurídicas, puede partirse de la posición que al respecto mantiene Baigun cuando afirma que “nadie discute que las sociedades anónimas y las *corporations* pertenecen a la categoría de las organizaciones; responden a categorías comunes que la sociología actual analiza como componentes de un subsistema: colectividad humana de cierta magnitud, un conjunto de fines racionales, un sistema de comunicación institucionalizado, relaciones de poder, un nivel de conflicto interno. Nosotros recogemos estos enunciados pero ubicamos como variables independientes la regulación normativa y el interés económico, lo cual no significa desconocer la interacción entre las distintas variables y las características exhibidas por cada una de ellas; precisamente, como resultado de esta interacción, se genera lo que denominamos segundo código, es decir, el conjunto de reglas reales que gobiernan la decisión institucional y en cuya elaboración gravitan predominantemente los llamados fines reales, muchas veces en disonancia con las normas que prescriben los fines estatutarios”<sup>65</sup>. En la construcción del autor se trata de afirmar que este segundo código es el que crea la verdadera resolución, la voluntad social de la organización, justificando la existencia de una responsabilidad penal directa de la persona jurídica que se acota bajo la idea de la “responsabilidad social”.

Sin entrar en la discusión dogmática acerca de la conveniencia o no de considerar sujeto penal a la empresa, lo relevante desde el punto de vista criminológico

63 Hassemmer, W., op. cit., pp. 277 y ss.

64 Por todos, Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

65 Baigun, D., “El Estatuto de Roma y la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In *Memoriam*, vol. I, dir. Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, Ed. Universidad de Castilla La Mancha/Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 96.

es analizar qué aporta el castigo de la persona jurídica a la evolución de la delincuencia económica. El principal argumento utilizado a favor de su criminalización ha residido en la contrastada ineficacia de un sistema que sanciona a personas físicas, esto es, a sujetos sustituibles en una organización que no modifica su actividad económico-delictiva porque la pena no incide de forma directa en la capacidad lesiva de la estructura empresarial. La responsabilidad civil es considerada como insuficiente por previsible desde el punto de vista económico, tan insuficiente como las medidas administrativas o de naturaleza pseudo penal asociadas al delito tales como el cierre de la empresa o la suspensión de actividades acordadas por el juez penal<sup>66</sup>.

Esta posición parte de una presunción no suficientemente demostrada, a saber, que la imposición de una pena de cierre o suspensión, incluso de multa, impuesta en un procedimiento penal sí afectaría a la capacidad delictiva de la entidad, mientras que las mismas sanciones impuestas en un procedimiento administrativo o como consecuencias accesorias en un proceso penal (art. 129 del Código penal español), no ejercerían los efectos preventivo generales o especiales propios de las sanciones penales y, por lo tanto, son ineficientes.

Por esa razón los esfuerzos teóricos dirigidos a castigar penalmente a las empresas han centrado sus esfuerzos, como se vio en Baigun, en atribuir una voluntad propia a la persona jurídica, y no solo por la razón dogmática y legal derivada de la necesidad de atribuir alguna clase de voluntad dolosa o conducta imprudente a la misma, sino para justificar la existencia de dos sujetos criminales diferentes, cada uno de los cuales debe afrontar su propia responsabilidad por separado.

Desde la perspectiva criminológica admitir la responsabilidad penal de las empresas supone introducir un cambio radical en el estudio de uno de los clásicos objetos de estudio de la disciplina: el delincuente. Este ya no es solo el sujeto con una trayectoria vital, con una carga genética, con una serie de condicionamientos sociales, familiares y educativos, sino que el delincuente también sería una organización legal, con una trayectoria económico-jurídica, con una capacidad de acción, de poder, en el sector en el que se ubica, que se relaciona con el resto de sujetos

individuales y económicos a partir de un marco normativo muy delimitado y menos libre que el de las personas físicas.

Estas evidentes diferencias entre sujetos exigen utilizar métodos de investigación distintos y conlleva realizar planteamientos políticos criminales propios para afrontar los problemas que presenta cada uno de los sujetos.

Sin embargo, el principal problema criminológico que plantea esta duplicidad de sujetos es que parece dejar de lado un aspecto fundamental de la cuestión: que las personas jurídicas no son entes totalmente independientes de las personas físicas que integran sus órganos y que, al máximo nivel de poder, las decisiones las toman aquellas, resultando inasumible afirmar que la estructura jurídico económica se puede terminar por imponer a la capacidad de decisión de las personas que ejercen el poder real en los consejos de administración y en las presidencias de las empresas. Es cierto que organizaciones con trayectoria o modos de actuación delictivos imponen a trabajadores o gestores concretos formas de trabajo criminales que solo pueden evitarse desvinculándose de la empresa. Pero no lo es menos que estos métodos delictivos están diseñados y decididos por sujetos que, individualmente o en grupo, son capaces de orientar la actividad de la entidad en la dirección del delito o en la dirección del respeto a la legislación vigente.

Este planteamiento no puede hacer perder a la persona jurídica todo el interés criminológico que presenta, especialmente en cuanto al incremento de la lesividad de las acciones desarrolladas en su seno o hacia fuera, a la capacidad de esconder la responsabilidad de las personas físicas que se ocultan tras ella, a la facilidad para actuar a nivel global, etc. Pero el centro del interés empírico reside más en los modos con los que las personas físicas eluden su responsabilidad penal a través de las personas jurídicas que en la propia forma de ejecución de los delitos desde el seno de las organizaciones. El riesgo lo representan las personas físicas que utilizan las complejas organizaciones societarias para eludir su propia responsabilidad, no la de la organización.

Es cierto que ello no resuelve la polémica inicial acerca de si las personas jurídicas deben responder penalmente, pero no lo es menos que un riesgo real,

66 Ver al respecto una completa aproximación en Cesano, J.D., *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 26 y ss.

aunque no querido, del cambio de modelo pasará por priorizar desde los instrumentos públicos de control la persecución de las sociedades mercantiles, mientras persisten las dificultades para imputar los delitos a las personas físicas que toman las verdaderas decisiones delictivas<sup>67</sup> permitiendo, de este modo, que el castigo de la persona jurídica suponga su abandono por “el hombre de atrás” que quede impune repitiendo la secuencia de forma indefinida<sup>68</sup>.

El segundo ámbito problemático se centra alrededor de la identificación del bien jurídico. Construida la teoría del delito en torno a este concepto con la función de servir de garantía tanto para la protección de intereses relevantes para las personas como para impedir excesos desde el poder en el ejercicio del castigo a los sujetos individuales, su principal evolución desde su consolidación a principios del siglo XX ha venido de la mano de la incorporación de nuevos intereses surgidos en las relaciones económicas propias de los crecientes mercados de bienes y servicios.

Si bien los intereses económicos, en un primer momento, tuvieron para el sistema penal un sentido eminentemente patrimonial e individual, el protagonismo del consumidor frente al sujeto contratante y de la competencia frente al negocio jurídico, han terminado por colocar a los intereses de los participantes en los sistemas económicos al mismo nivel de importancia que el patrimonio concreto de cada sujeto individualmente considerado.

Este cambio de modelo ha generado toda clase de discusiones dogmáticas acerca de la función del Derecho penal y de los límites de esta intervención, dividiendo a la doctrina penal en sectores muy definidos y combativos a favor y en contra de la expansión del Derecho penal hacia estos nuevos intereses. En general, la discusión no ha estado centrada en la bondad o no de las conductas que distorsionan elementos fundamentales de los mercados, y el acuerdo es generalizado acerca de la lesividad de las conductas contrarias a la competencia, al medio ambiente, a los derechos o intereses de los consumidores, etc., residiendo la principal divergencia en el modo de afrontar tales conductas negativas. Solo Derecho penal, solo Derecho administrativo, utilización complementaria de

ambos ordenamientos o incorporación de vías intermedias de naturaleza mixta para abordar este tipo de conductas son las principales soluciones propuestas.

En el fondo de esta discusión lo que subyace es la determinación de la naturaleza de los bienes jurídicos que la doctrina y jurisprudencia han venido señalando como objeto de protección en la delincuencia económica. Si bien algunos de ellos mantienen una naturaleza patrimonial individual –delitos contra la propiedad industrial–, la mayoría de estas infracciones se han creado legalmente para proteger intereses colectivos de significación económica general. Mientras que los primeros no han encontrado obstáculos para su tipificación penal y aplicación forense, los segundos han sido objeto de toda clase de críticas, tachados, en general, de difusos, vacíos de contenido, formales o con una única vocación de regular las relaciones de los operadores económicos.

Desde el punto de vista criminológico esta discusión ha ido pareja a un grave problema de inaplicación de los delitos económicos a pesar de su aterrizaje en los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados desde hace más de cuarenta años. Esta situación puede explicarse por varias razones: escasa proclividad judicial para sancionar penalmente conductas atentatorias contra intereses de difícil concreción; escasa percepción del carácter delictivo de actividades de alcance económico desarrolladas en el seno de empresas con actividad lícita; descoordinación entre la redacción de los tipos penales y los supuestos intereses que subyacen en los mismos; existencia de infracciones paralelas en el orden sancionador administrativo, con mayor nivel de concreción y cuya aplicabilidad exige menores garantías, además de ser menos invasivas con los derechos fundamentales de las personas.

Entre estas causas, es destacable la perplejidad que causan muchos de estos tipos económicos cuando se intenta extraer el bien jurídico protegido en los mismos. Por ejemplo, resulta frecuente que el legislador aborde algunas formas de esta criminalidad con tipos penales de resultado material que no se compadecen ni con la descripción de la propia conducta delictiva ni con el ámbito jurídico económico al que

67 Cesano, J.D., *Estudios sobre(...)*, op. cit., p. 150; Cervini, R., op.cit., p. 150.

68 Esta es una de las principales críticas que se hace a la tesis de Hirsch según la cual la acción de las personas físicas en el seno de la persona colectiva es a la vez de la persona física y de la jurídica (en Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, op. cit., p. 239).

se refieren. En la legislación penal española un buen ejemplo lo constituye el delito de utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores (art. 285 CP). Construida esta infracción en derecho comparado alrededor de la idea de protección de la participación libre e igualitaria de los inversores en el mercado de inversión en valores, pierde todo su sentido al exigirse una cantidad de beneficio o de pérdida a terceros para poder castigar la conducta. Articulado como un delito de lesión contra intereses que no pueden exigir ese resultado para verificar la lesión del bien jurídico, se termina convirtiendo en un tipo penal inútil que desde 1995 no ha podido ser aplicado en ninguna ocasión<sup>69</sup>.

En términos generales, se puede afirmar que en los delitos socio económicos que tienen como referentes bienes jurídicos colectivos, estos se han convertido en una rémora que ha lastrado su aplicación ante los tribunales de justicia. Obviamente ello no quiere decir que se deba abandonar la senda de la protección de intereses colectivos de definición económica, sino que la construcción de estos tipos penales ha de ser más esmerada en orden a plasmar en la descripción de las conductas los elementos que realmente reflejan el sentido de la prohibición. Como advierte Kaiser, la tendencia a dejarse llevar en esta materia por “ideas morales rigurosas y ajenas a la economía”<sup>70</sup> puede lastrar la intervención racional del Derecho penal.

Lo cual enlaza con el tercero de los problemas dogmáticos que afectan a la vida aplicativa del Derecho penal económico: la tipificación de los delitos. Este trabajo eminentemente legislativo de criminalización supone un proceso de selección de conductas de cuyo alcance el legislador debe ser consciente. El proceso de creación de la ley penal viene definido por una serie de parámetros de abstracción y concreción que ha de contener tanto los elementos objetivos como subjetivos que sirvan para describir de modo completo la conducta prohibida, amén de la racionalidad que debe ser subyacente a todo el proceso de creación y de aplicación de las leyes<sup>71</sup>. Entre los elementos de los tipos que mayor número de dificultades ha encontrado la legislación penal socioeconómica,

la descripción del resultado típico y las referencias a los elementos subjetivos de los tipos son las más relevantes.

La primera de las cuestiones ha sido objeto de los mayores debates, al nivel y en la misma línea en la que se ha desarrollado la polémica sobre los bienes jurídicos objeto de protección. La opción político criminal adoptada de forma mayoritaria para proteger estos intereses de dimensión supraindividual ha sido la utilización de tipos de peligro que alejan la consumación del delito de la efectiva lesión material del interés tutelado. Preñada esta opción tanto de razones prácticas como jurídicas que centran en la imposibilidad e inidoneidad de esperar a la producción de un resultado material difícilmente constatable la consumación de la infracción, ha sido, no obstante, un motivo más para dificultar la aplicabilidad de estos preceptos.

El uso de delitos de peligro se ha visualizado como un riesgo para las garantías penales propias del modelo penal liberal. Pero, en la práctica, la máxima dificultad para su aplicación ha venido de la mano de la dificultad para establecer la prueba del peligro, abstracto o concreto, ya que no basta con realizar la conducta típica para que el riesgo, incluso si ha sido predeterminado por el legislador *ex ante* a la realización de la conducta, se haya materializado<sup>72</sup>. Es evidente que ello no ocurre así en todos los delitos de peligro –véase el exitoso tránsito judicial de los delitos de narcotráfico en los que a cualquier conducta de tráfico se le asigna de forma casi automática una capacidad lesiva para el bien jurídico–, por lo que es necesario relativizar la dificultad aplicativa de los tipos de peligro para bienes jurídicos colectivos y relacionar esos obstáculos con consideraciones valorativas adicionales de carácter no dogmático.

Como consecuencia de la inseguridad del legislador para identificar bienes jurídicos necesitados de protección penal en esta materia, otro de los problemas de tipificación habitual estriba en la fuerte desconexión entre la descripción de la conducta objetiva del interés jurídicamente tutelado. La conversión de tipos de peligro en delitos de resultado, la utilización frecuente de cuantías económicas para dar inicio a la

69 Ruiz Rodríguez, L.R., “El abuso de información privilegiada en Derecho español, con referencias a la normativa bursátil argentina”, en *Derecho penal económico*, dir. De la Cuesta Aguado, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 220 y ss.

70 Kaiser, G., op. cit., p. 356.

71 Al respecto, ampliamente, Díez Ripolles, J.L., “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, pp. 485 y ss.

72 Ampliamente, Terradillos Basoco, J., *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 51 y ss.

intervención penal<sup>73</sup> o la fuerte tendencia a incorporar elementos patrimoniales en los tipos o cláusulas generales de procedibilidad, han terminado por malograr la vida jurídica de algunos delitos económicos. Dos ejemplos interesantes y contradictorios son representativos de estas dificultades en el Código penal español: el delito de blanqueo de capitales y el delito de administración fraudulenta.

El primero de ellos (art. 301 CP) continúa la tendencia punitivista de la regulación del narcotráfico permitiendo con su amplitud considerar como delito de blanqueo cualquier clase de utilización personal de los beneficios de origen ilícito del autor de un delito o de cualquier tercero que participe o se aproveche de esos bienes. Olvidando el legislador adecuar el tipo a la protección del interés colectivo subyacente, se impone una posición ética que permite una subsunción de conductas completamente desmesurada.

Por el contrario, el delito de administración fraudulenta (art. 294 CP), redactado como delito doloso de resultado limita su aplicación con una fundamentación que Terradillos considera endeble “toda vez que contraer obligaciones perjudiciales es conducta de lesividad normalmente neutralizable con mecanismos propios del Derecho mercantil”<sup>74</sup>.

Por último, los elementos subjetivos de los tipos vienen jugando un papel importante en la delincuencia económica. Redactados de forma abrumadora como delitos dolosos en respuesta a un rechazo general a castigar las conductas lesivas de intereses socioeconómicos cometidas por imprudencia –con alguna excepción en el blanqueo, el delito ecológico o las infracciones que pongan en riesgo la vida y la salud de los trabajadores<sup>75</sup>–, la tentación de introducir en estos delitos elementos subjetivos especiales relacionados con la intención de perjudicar o elementos característicos de dolos reforzados ha sido habitual<sup>76</sup>.

La finalidad de esta técnica legislativa ha sido claramente recortar el espacio de lo punible para llevar al terreno penal solo aquellas conductas que en ningún caso pueden ser identificadas como propias y naturales en mercados muy competitivos donde la buena voluntad en los negocios no es un valor preponderante. La agresividad comercial siempre será admisible, excepto en aquellos supuestos en los que el daño se busque de forma directa y principal, siendo los daños dolosos colaterales, esto es, aquellos provocados por dolo eventual, una consecuencia normal del funcionamiento de los mercados. Estos solo tendrán una dimensión privada a resolverse en la jurisdicción civil o mercantil.

En términos generales la voluntad de lucro no es trascendente para la redacción de los delitos socioeconómicos, a diferencia de lo que ocurre con los delitos patrimoniales. Esta voluntad subyacente de lucro, considerada como causa fundamental de la delincuencia económica<sup>77</sup>, sin embargo, no tiene representación en la delincuencia económica porque el lucro no tiene trascendencia por sí mismo, sino respecto del bien jurídico protegido. En los delitos económicos la intención de lucro siempre está presente pero es secundaria respecto de la protección del bien jurídico. Cualquiera de estas conductas realizadas sin aquel ánimo mantiene intacta su lesividad, mientras que en los delitos patrimoniales su ausencia altera de forma fundamental el perjuicio al patrimonio.

Finalmente queda por señalar una cuestión de naturaleza subjetiva de gran relevancia en este sector<sup>78</sup>. La conversión automática de los supuestos de error de tipo vencible en conductas impunes por la vía del no castigo de la imprudencia. (art. 14.1 CP español). Esta respuesta, considerada mayoritariamente por la doctrina como satisfactoria<sup>79</sup>, plantea, sin embargo, algunas dudas acerca de cual es el papel que

73 Críticos al respecto Martínez-Bujan Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, op. cit., p. 142; Terradillos Basoco, J., *Derecho Penal de la empresa*, op. cit., p. 223.

74 Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho penal*, op. cit., p. 300.

75 Martínez-Bujan muestra su acuerdo con esta restricción de tipos imprudentes en esta materias y considera estos delitos concretos como excepciones justificadas por la cercanía a otros bienes jurídicos fundamentales, tal vez con la excepción del blanqueo de capitales (“Imputación subjetiva”, en *Derecho penal económico*, ed. CGPJ, núm. 14, 2001, p. 102)

76 Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho penal*, op. cit., pp. 199-201.

77 Tiedemann, K., op. cit., p. 260.

78 Cesano, J.D., “Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen ilícito”, en la página web [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/abril06/Error\\_de\\_tipo.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/abril06/Error_de_tipo.pdf) (sin paginar).

79 Muñoz Conde, F., *El error en Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 27. En este sentido, el autor señala que hay “una diferencia fundamental entre realizar un hecho imprudentemente por desconocimiento, vencible o evitable, de algún elemento perteneciente al tipo legal del delito en cuestión, y realizarlo dolosamente (con conocimiento de los elementos pertenecientes al tipo legal), pero en la creencia errónea de hallarse autorizado para ello.

juega el error en el tipo subjetivo del delito, y sobre cuáles son las relaciones que se establecen con el dolo y con la imprudencia, en general, y con los específicos elementos subjetivos del tipo, en particular. Esta solución, acertada o no, implica una equiparación absoluta desde el punto de vista valorativo entre imprudencia y error de tipo vencible, en la que este último elemento se convierte en subsidiario de la inculminación imprudente, ya que, mientras que esta se lleva a cabo de forma directa por parte del legislador, el error vencible de tipo y el ámbito de su aplicación han quedado a expensas de aquella decisión legislativa inicial.

En el fondo, el problema que subyace es determinar qué es el error de tipo vencible, cual es su naturaleza, ya que podría *a priori* deducirse que se trata de un supuesto particular de imprudencia, de un modo especial de violar el deber objetivo de cuidado, y al que habría que analizar desde la propia estructura interna del delito imprudente, llevando, entre otros, al problema de tener que calificar la imprudencia con error de tipo vencible como consciente o inconsciente.

La importante presencia de elementos normativos en los tipos penales económicos hace que el error sobre los mismos, aunque pueda discutirse si son errores de tipo o de prohibición, conduzca a la impunidad de las conductas. Los negocios de riesgo, la complejidad de la normativa extrapenal, la intención de favorecer a la sociedad en que el autor se integra, la dificultad de interpretar la dirección de las políticas de empresa, etc., hacen que el error constituya un argumento fundamental de la defensa de sujetos imputados por estas infracciones<sup>80</sup>. El automatismo en la conversión de los errores de tipo en imprudencias y la ausencia de castigo de estas en la delincuencia socioeconómica presentan un nuevo motivo de ineficacia del sistema penal que, en este terreno, requerirá en el futuro una reflexión en mayor profundidad.

## 2.2. Judiciales

La representación del delincuente económico como sujeto de calidad criminal ha tenido detractores a

todos los niveles sociales. Por parte de los operadores del mercado por razones obvias; por parte de los consumidores por la representación de los poderes económicos del éxito social<sup>81</sup>; por parte de la clase política que observa al sujeto situado en la actividad económica como un igual, como un sujeto con el que acordar las propias políticas públicas; finalmente, por parte de los tribunales de justicia que han manejado con cierta facilidad la diferencia sociológica entre infractor y criminal, representando la pena de prisión el instrumento material para simbolizar la diferencia entre la infracción de las reglas económicas y el crimen<sup>82</sup>.

La identificación decimonónica del Derecho penal con los ataques a los bienes personales y los patrimoniales más inmediatos cometidos en determinadas condiciones, ha permanecido no solo en el inconsciente colectivo, sino, además, en el de los tribunales de justicia, cuyo trabajo interpretativo y aplicativo de las normas no se ha visto desprovisto de esa imagen hasta tiempos muy recientes.

En cualquier caso, poder aseverar ese trato diferenciado exige analizar la utilización objetiva de algunos de los instrumentos jurídicos básicos de los que pueden disponer los tribunales: prisión provisional, archivo provisional de las actuaciones, medidas cautelares, solicitud y práctica de la prueba y sentencia.

La prisión provisional, por su proximidad con la pena privativa de libertad y por aplicarse sobre sujetos cuya inocencia se presume hasta el dictado de una sentencia condenatoria, tiene, o debería tener, un carácter excepcional cuya aplicación debe responder a verdaderas necesidades de aseguramiento del proceso y no solo a contener a una población considerada peligrosa para la seguridad de los demás ciudadanos.

Los ordenamientos democráticos suelen exigir una combinación de causas para determinar la prisión, poniendo el acento en la gravedad del hecho, los antecedentes del sujeto, la alarma social o la posibilidad de sustraerse a la acción de la justicia, bien no estando a disposición del tribunal o destruyendo pruebas inculminatorias.

80 Martínez-Bujan Pérez, C., "Imputación subjetiva", op. cit., p. 103; el autor se muestra absolutamente conforme con la consecuencia que lleva a la impunidad en todos los supuestos de error de tipo vencible, especialmente porque la mayor parte de los delitos económicos son de peligro y ya supondrían un adelantamiento excesivo de la intervención penal.

81 Como afirma Bauman, la gente que ha crecido entre alarmas anti-robos y mecanismos contra ladrones, tenderá a sentir un entusiasmo natural por las condenas de prisión cuanto más largas mejor (op. cit., p. 40).

82 Serrano Maillo considera esta afirmación dudosa, afirmando que en ocasiones el sesgo es incluso al contrario ("El (sesgado) uso de los delitos(...)"), op. cit., p. 266).

Tradicionalmente se ha acusado a los tribunales ordinarios de ser poco propensos a asociar esas causas que justifican la prisión provisional con los delitos económicos. Una relativización de la gravedad de las conductas y de sus consecuencias para ciudadanos individuales, la falta de antecedentes de los sujetos actores de estas infracciones, la escasa alarma social de hechos que son observados por la mayoría de los ciudadanos con cierta indiferencia al no afectar directamente a la mayoría ni sentirse en riesgo de sufrir un daño mensurable, han servido para alejar al delincente económico del entorno carcelario, al menos, hasta el dictado de sentencias condenatorias a privación de libertad.

Esta situación se viene alterando en los últimos años debido a la enorme trascendencia pública que han tenido algunos grandes escándalos financieros a nivel estatal e internacional, muchos de ellos asociados a la gestión de los asuntos públicos por parte de los responsables políticos. Esta proximidad entre los intereses públicos y privados ha generado un incremento de la conciencia general sobre la trascendencia de estas infracciones y la convicción de que los delincentes económicos no tienen porqué ser tratados de modo privilegiado respecto de los delincentes comunes o tradicionalmente ligados a los delitos patrimoniales violentos o contra la salud pública.

Seguramente el fenómeno de la alarma social y el cambio en la percepción del daño, no en el plano individual, sino colectivo para la ciudadanía han contribuido a una modificación de los usos judiciales. En cualquier caso, la asignación de penas privativas de libertad con límites mínimos de cumplimiento de corta duración conlleva en la práctica la inaplicación de la privación provisional de la libertad, salvo en casos muy excepcionales con múltiples afectados o gran alarma social.

El archivo de actuaciones es el principal instrumento de selección de conductas delictivas en manos de los tribunales. Aunque la sentencia judicial supone un ulterior proceso selectivo que guarda un cierto paralelismo con la decisión de archivar o de continuar las actuaciones, el archivo durante la instrucción se encuentra sometido a menos exigencias de fundamentación jurídica, así como se produce durante el periodo de recopilación de pruebas por lo que es perfectamente posible que el tribunal decida sobreseer la causa antes de que se incorporen al procedimiento todas las pruebas solicitadas por las partes.

La gran proximidad entre los delitos socioeconómicos y las infracciones administrativas, con las que en numerosas ocasiones comparten conducta típica y solo se diferencian en la entidad de los daños producidos, facilita la decisión de proceder al archivo de actuaciones por dos razones: la identidad de infracciones que en muchas ocasiones solo se diferencian por un elemento normativo interpretable como es la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico, permite recurrir al principio de subsidiariedad del sistema penal y optar de forma preferente por el sistema sancionador administrativo; la segunda razón, asociada de forma íntima a la anterior, estriba en que el archivo no supone una decisión drástica entre castigo o impunidad, sino que deja una vía intermedia menos agresiva que la sanción penal privativa de libertad. La tendencia a la monetarización de la delincuencia económica facilita que los tribunales den preferencia a esta clase de sanción más propia del Derecho administrativo sancionador que de la justicia penal.

No solo la consideración de los hechos como delictivos, o no, nutre el archivo de actuaciones. Situaciones de prescripción o la imposibilidad de atribuir los hechos a una persona física determinada pueden igualmente finalizar el proceso penal. A ello contribuyen dos elementos fundamentales en esta materia: la capacidad económica de las empresas vinculadas al proceso permite tener un grupo de profesionales del Derecho a tiempo completo en pos de la exención de responsabilidad para sus clientes; por otro lado, la movilidad del personal responsable de empresas multinacionales, en numerosas ocasiones nacionales de Estados distintos de aquellos en los que el delito se comete, hace que ante la iniciación de investigaciones penales se proceda al traslado de los sujetos imputables a jurisdicciones distintas que eviten procesos de extradición o entrega, principalmente refugiándose en su propio país cubierto por el principio de no entrega de nacionales.

La falta de carga probatoria constituye otro factor fundamental para la impunidad. Durante mucho tiempo se ha sostenido que las dificultades para dictar sentencias condenatorias en estos delitos procedía de las dificultades para establecer la conexión causal entre los hechos y los resultados, especialmente cuando los tipos penales exigen resultados materiales, y que, incluso en los tipos de peligro la prueba de este, tanto en concreto como por su potencialidad, resulta muy complejo.

Buena parte de esa convicción está fundada en la proximidad y superposición entre la actividad lícita e ilícita en que se desarrollan estas infracciones. Los hechos se realizan bajo la cobertura de normas legales, se toman en el seno de instituciones normalizadas -consejos de administración de empresas y órganos directivos de organismos públicos-, y se documentan a la luz de procedimientos regulados. Ese abrigo formal se ha considerado como una barrera en la mayor parte de las ocasiones impenetrables para la justicia penal y capaz de mantener en la impunidad actos indudablemente delictivos.

Sin embargo, esa concepción se fundamenta en una cierta falacia, a saber, que en una actividad altamente reglamentada no quedan rastros documentales de las infracciones cometidas. La situación es justamente la contraria debido al elevado nivel de plasmación documental que exige cada acto económico que pretenda tener relevancia jurídica. Cada paso precisa un reflejo documental porque casi siempre de esa forma se reconocen y ejercen los derechos, y la actividad de ocultación o simulación de la verdad constituye el mejor elemento de prueba para conocer el verdadero contenido de las conductas que encubre.

Los problemas, por lo tanto, no son tanto de obtención de elementos probatorios, sino de carácter interpretativo sobre el sentido de las pruebas aportadas en el procedimiento<sup>83</sup>. El hecho de que la mayor parte de estas infracciones solo sea punible en su forma dolosa, junto a la proximidad entre actos legales e ilegales que conforman las conductas dudosas, terminan por fundamentar exenciones de responsabilidad por parte de los tribunales. Si se tiene presente el hecho de que las conductas ilícitas realizadas en el seno de sociedades mercantiles, o, incluso, en los órganos gestores de las administraciones públicas, se ejecutan a menudo con la voluntad única o adicional de favorecer directa o indirectamente a la sociedad y a los accionistas, hasta a los trabajadores de las compañías, la voluntad delictiva dolosa queda envuelta entre un numeroso conjunto de actos lícitos que aparecen como los que definen realmente la voluntad del sujeto, siendo los actos ilícitos casi un accidente producido en el marco una actuación dominada por la voluntad general de mejorar los resultados empresariales y contribuir al desarrollo socioeconómico.

Como la mayor parte de los delitos socioeconómicos están configurados como normas penales en blanco, con remisión a normas administrativas y mercantiles profusas y no siempre sistematizadas o coherentes, el recurso al error de tipo o prohibición, según sea el supuesto, se convierte en instrumento omnipresente en la defensa de los sujetos imputados y en la base de numerosas absoluciones ante los tribunales.

De este modo, la falta de intencionalidad o el desconocimiento, a saber, los aspectos subjetivos de la conducta, se imponen en la valoración jurídica de hechos objetivos y documentados claramente ilícitos que se hacen depender de la actitud de sujetos cuya voluntad está presuntamente dominada por la intención de mejora de las capacidades de la empresa para competir en un mercado hostil que confunde la asunción de riesgos con la falta de seguimiento de las normas que lo regulan.

En el orden interno los problemas detectados son importantes, pero si se entra en la dimensión internacional, esto es, la persecución transnacional de los delitos por jueces nacionales, la cuestión se convierte en inviable. Al respecto las palabras de Cervini sobre la ejecución de exhortos internacionales son suficientemente ilustrativas: “se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Solo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se quiere investigar y de cuales son las formas más idóneas para hacerlo, permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de Cooperación Penal Internacional”<sup>84</sup>.

### 2.3. Penitenciarios

Aunque las condenas a penas privativas de libertad, de obligado cumplimiento cuando supera determinados límites temporales, son realmente escasas en la delincuencia económica, cuando así se determina por los tribunales es preciso detenerse en el hecho de si el cumplimiento de estas penas por parte de los autores de estas infracciones se corresponde con el del resto de los penados por delitos tradicionales, o si, por el contrario cabe establecer diferencias de tratamiento entre ambos colectivos.

83 Advierte Cervini con razón de los riesgos de alterar el método dogmático para conseguir la prueba por constituir un riesgo para los límites del *Ius puniendi* (op. cit., p. 147), pero es preciso advertir del riesgo contrario, esto es, no aplicar los tipos penales por una exigencia probatoria que ni de lejos es tan exigente con otros delitos, por ejemplo los patrimoniales.

84 *Ibidem*, p. 127.

En principio, y salvo en supuestos aislados de aplicación arbitraria de las normas de ejecución de las penas, lo cual constituiría posibles supuestos de prevaricación de los sujetos que así lo hicieren, no puede afirmarse la existencia en los Estados democráticos de tratamientos privilegiados para algunos colectivos socialmente mejor situados que otros.

Las diferencias de trato en el cumplimiento deben responder a factores individuales relacionados con el sujeto que cumple la condena en virtud del principio de individualización en la ejecución de la pena. Las necesidades individuales en el tratamiento y de recuperación del sujeto han de marcar la ejecución y la aplicación de los instrumentos propios del sistema penitenciario: clasificación de grado, libertad condicional, permisos, etc.

Cualquier aproximación a la cuestión vendrá definida por los fines de la pena y su interpretación y aplicación en el sistema penitenciario. Así, al carácter aflictivo de la privación de libertad asociado a la idea de custodia del condenado por parte de la prisión, hay que añadir la función resocializadora o rehabilitadora de esta pena, función que, en España, se reconoce a nivel constitucional como orientación de todas las sanciones de naturaleza penal (art. 25.2 Const.).

Según se dote de contenido a dicha función o principio, se entenderá que algunos sujetos en el mismo momento de cometer el delito o en el momento de ser condenados están plenamente integrados y no precisan de tratamiento específico y pueden optar con mayor facilidad a las instituciones penitenciarias resocializadoras. Si la integración social se hace depender de una concepción eminentemente sociológica que sitúa la posible integración en las condiciones económicas del sujeto y en sus relaciones con el entorno familiar y social, es evidente que la mayor parte de los delincuentes económicos que actúan a través de sociedades mercantiles no responden a ese perfil y no estarán necesitados de tratamiento rehabilitador. En cambio, si la comisión del delito es el elemento que define una actitud antisocial, sea cual sea el ámbito en el que se produce, también los delincuentes económicos precisarían de un tratamiento específico consistente en fomentar en estos sujetos la participación en los mercados y el resto de relaciones económicas en el marco de la legalidad.

Más allá de la comprobación de que no son frecuentes en las prisiones programas de tratamiento específicos para delincuentes económicos con alto nivel de integración social, resulta de mayor interés observar si los instrumentos rehabilitadores de los que legalmente disponen los centros penitenciarios se aplican de forma singular a estos sujetos en comparación con los delincuentes patrimoniales o los procedentes de los espacios de la marginación, por ejemplo, el colectivo de inmigrantes<sup>85</sup>.

En numerosos regímenes penitenciarios el factor clave de la rehabilitación se traduce en el progresivo incremento de los contactos del interno con el exterior de la prisión. Permisos de salida, visitas, libertad condicional o regímenes atenuados de cumplimiento constituyen la materialización de la atenuación de la prisión para conseguir el objetivo mínimo de reducir las probabilidades de infringir de nuevo las normas penales.

El acceso a tales medidas legales se suele asociar a tres condiciones básicas: el aseguramiento del cumplimiento del resto de la condena, la peligrosidad o probabilidad de delinquir durante los contactos con el exterior y la integración en el entorno de procedencia a nivel laboral, familiar y de participación social.

Si bien estos modelos están concebidos para ir incrementando su intensidad a medida que se acerca el final de la condena, lo cierto es que es posible que un sujeto en concreto cumpla con las condiciones apuntadas desde el primer momento de su ingreso en prisión. Y esta es precisamente la situación en la que pueden encontrarse la mayor parte de los delincuentes económicos: sujetos integrados con capacidad patrimonial y relaciones con empresas y personas pertenecientes a grupos económicos con poder para respaldar su reinserción laboral; sujetos con fuerte vinculación familiar y con la comunidad que garantizan la no sustracción a la acción de la justicia; finalmente, individuos que no suelen cometer delitos de forma individual sino en el seno de personas jurídicas y en órganos colegiados de dirección y administración, cuyas posibilidades inmediatas de reincidencia durante el cumplimiento de la condena quedan ciertamente reducidas.

Si se comparan estas condiciones con las que presenta la mayor parte de la población penitenciaria,

85 Al respecto, Ruiz Rodríguez, L.R., "Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada", en *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Ruiz Rodríguez coord., Ed. Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 181 y ss.

vinculada con toxicomanías, la marginación y el paro, es evidente que en la puesta en práctica de las instituciones resocializadoras, estas devendrán en una aplicación diferente en colectivos que objetivamente presentan características muy distintas. Lo llamativo es que las condiciones de resocialización que se exigen a todos los internos de las prisiones para acceder al exterior de los centros durante el cumplimiento coinciden en general con las que presentan los delincuentes económicos, lo cual ha fomentado en ocasiones esa idea falaz de que estos sujetos no requieren un tratamiento reinsertador porque nunca han dejado de estar insertados. De este modo, al no precisar tratamiento pueden acceder de forma directa a los mecanismos de reinserción sin apenas tener que demostrar evolución alguna relacionada con las conductas delictivas que le llevaron a la prisión.

Al ser, cuando menos por comparación, menos traumático el paso por la prisión, el efecto preventivo de la pena sobre el sujeto pierde eficacia y mantiene, aunque solo sea en el terreno de lo simbólico, una dualidad visible para los propios internos de los centros penitenciarios entre ambas clases de delincuentes más favorable a los que cometen delitos económicos que al resto de presos. Así, un régimen de cumplimiento menos gravoso termina por influir en una valoración más complaciente con el propio delito.

El error, por lo tanto, reside en considerar que la presencia de determinadas condiciones socioeconómicas favorables en el sujeto condenado a prisión exime de la necesidad de tratamiento y que al mismo se le pueden aplicar los beneficios penitenciarios casi de forma automática a partir de la reducción de los riesgos anteriormente señalados, especialmente el peligro de fuga.

Esta falsa representación se fundamenta en una asociación ideológica entre delincuencia, prisión y marginalidad que impregna todo el sistema penal y termina por orientar el sistema penitenciario hacia el objetivo resocializador centrado en aquellos sujetos que presentan, sobre todo, claros elementos definidores de pertenencia a grupos marginales, asociales, no integrados o peligrosos.

El delincuente económico no suele presentar tales elementos, sino que se coloca en las antípodas del sujeto marginal. Es un sujeto integrado que participa, en numerosos casos, en los principales centros de poder públicos y privados y sobre el cual las

instituciones penitenciarias carecen de actividades propias de tratamiento rehabilitador. De este modo se realiza una especie de presunción según la cual el delincuente tradicional, violento o patrimonial, precisa una atención porque de lo contrario tras su paso por la prisión volverá de delinquir con toda probabilidad. En cambio, con el delincuente económico no se precisa acción reeducadora alguna porque cuando cumpla su pena es muy improbable que cometa un delito violento contra las personas, un delito patrimonial de apoderamiento violento o un acto delictivo de narcotráfico, pero no parece preocupar en exceso que vuelva a realizar fraudes contra el consumidor, delitos contra el mercado o infracciones durante su participación en los consejos de administración de sociedades mercantiles. En todo caso, ello no dependería de la realización de programas individualizados, sino de factores externos al sistema penal como es la propia selección de sujetos en los circuitos económicos que podrían ejercer un mayor control sobre los sujetos condenados por estas infracciones.

Siendo ese el punto de partida, no puede extrañar que no existan delincuentes económicos en las prisiones de máxima seguridad, que accedan con cierta facilidad a los grados de ejecución más flexibles, con la excepción de sujetos que hayan alcanzado cierta notoriedad mediática y un fuerte rechazo social, y que disfruten de la libertad condicional con cierto automatismo. La consecuencia final es que aquellos sujetos que en raras ocasiones participan de programas rehabilitadores contra la delincuencia económica, sin embargo, disfrutan plenamente de las instituciones penitenciarias que buscan la flexibilización de la privación de libertad con la finalidad de mejorar la capacidad del interno para su futura vida en libertad. Y los criterios de acceso a tales beneficios serán sorprendentemente los mismos que se utilizan para aplicarlos al resto de delincuentes.

Sería deseable que, como el resto de internos de las prisiones, los delincuentes económicos accediesen a los instrumentos rehabilitadores en la medida en la que se produzca una progresión en orden a no cometer delitos económicos, o de otro tipo llegado el caso, una vez obtenga la libertad por el cumplimiento total de la condena. De lo contrario, se estaría asistiendo a un tratamiento privilegiado e injustificado sobre sujetos sometidos a las mismas limitaciones de derechos y cuyo trato debe responder a los mismos principios generales que informan el sistema penitenciario.

