

Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios (*)

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Delincuencia económica: perspectivas dogmática y político-criminal.*—III. *Necesidad de una regulación expresa de los delitos societarios.*—IV. *Criterios para una futura regulación legal:* 1. Relaciones y coordinación entre las disposiciones civiles y mercantiles y las disposiciones penales. 2. Intereses que deben ser tutelados. 3. Sujetos activos. 4. Cuadro de sanciones.—V. *Consideración final.*

I.—Siempre que se habla de Derecho penal económico o de delincuencia económica resulta obligado citar a Sutherland. En el año 1939 este criminólogo, en un célebre discurso pronunciado ante la Sociedad Americana de Sociología, se ocupó de lo que él mismo calificó entonces como «delincuencia de cuello blanco», denominación de mayor valor literario que rigor científico, pero que iba a tener enorme fortuna, porque indudablemente posee gran expresividad para comunicar lo que Sutherland quiso destacar.

En efecto, la principal aportación de este criminólogo fue la de poner de relieve que el fenómeno de la delincuencia no es privativo de las capas socioeconómicas más bajas, en contra de lo que pudieran dar a entender las estadísticas. Sólo un porcentaje mínimo, prácticamente insignificante, de personas enviadas a prisión, según revelaban las estadísticas de la época, pertenecían a la capa socio-económica más elevada. De ahí la tendencia a entender el comportamiento criminal como fruto de las características personales y sociales que eran peculiares de los grupos socio-económicos más bajos.

Esto no sólo entorpecía la investigación y la teoría criminológica,

(*) Texto de la conferencia pronunciada el día 25 de junio de 1983 en las «Jornadas sobre el Juez Penal frente a la criminalidad económica», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial.

sino que distorsionaba por completo la visión del delito en el contexto social contemporáneo (1).

Sutherland puso en evidencia que el delito era un fenómeno social mucho más generalizado de lo que se creía, y que no sólo delinquen los desheredados de la fortuna, sino también quienes visten «cuello blanco».

Tres serían, según el citado criminólogo, las notas que permiten caracterizar a «la delincuencia de cuello blanco»: a) la conducta debe entrañar la violación de una norma penal; b) el agente debe pertenecer a la clase socio-económica elevada; y c) la violación de la norma penal debe tener lugar en el curso de actividades profesionales.

Sutherland centró preferentemente su atención en las infracciones cometidas por hombres de negocios a través de grandes empresas, en materias tales como prácticas restrictivas de la competencia, publicidad, relaciones laborales, propiedad intelectual e industrial, etc.

Sin duda alguna, llevaba razón Sutherland al subrayar que el delito es fenómeno más extendido socialmente de lo que se venía creyendo. Tanto así que pronto se vio que el ámbito de la delincuencia económico-profesional, que Sutherland había diseñado en base al referido tipo de autor, resultaba incompleto, pues muchas infracciones de orden económico-profesional no son cometidas por personas de nivel socio-económico más alto, sino por otras pertenecientes a niveles inferiores (mecánicos, técnicos de aparatos electrodomésticos, relojeros, etc.). Siguiendo con las expresiones literarias, se dijo, así, que, al lado de la delincuencia de «cuello blanco», había también una delincuencia de «cuello azul» (2).

En cualquier caso, la decisiva aportación de Sutherland sirvió para despertar el interés, tanto criminológico como jurídico, por una parcela de la delincuencia de consecuencias enormemente perjudiciales y gravosas, que hasta entonces había pasado prácticamente inadvertida y frente a la cual, precisamente por ello, los ordenamientos jurídicos no contaban con el arsenal legislativo adecuado.

Es cierto que allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho penal económico, más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica.

Desde este punto de vista es innegable, por ejemplo, que en el Título XIII del Libro II de nuestro vigente Código penal, que se ocupa de los «Delitos contra la propiedad», se contiene un cierto Derecho penal económico. Lo que sucede es que se trata de un Derecho penal económico que parte de un modelo social arcaico.

Se ha dicho —con razón— que todos los delitos contra la propiedad se resienten de su ascendencia romana, porque efectivamente del Derecho romano procede el núcleo en torno al cual se han formado las actuales categorías delictivas. El hurto tiene su antecedente en el *furtum*; el robo, en la *rapina*; la usurpación, en la *invasio*; la estafa en

(1) L. RADZINOWICZ, *Ideología e criminalità* (trad. de F. Ferracuti) (Milano 1968), p. 62.

(2) Cfr. L. RADZINOWICZ, *Ideología e Criminalità*, cit., p. 61-62.

el *stellionatus*; la usura, en el *dardanariatus*; los daños, en el *damnum iniuria datum*; la receptación en el *crimen receptatorum*; el incendio arranca de la propia Ley de las XII Tablas, etc. (3).

De su ascendencia histórica derivan los actuales defectos y limitaciones del Título de «Delitos contra la propiedad», porque el Derecho romano, del que en definitiva y esencialmente proceden la mayoría de tales delitos, se dirigía a una economía de esclavos que nada tiene que ver con la sociedad industrial y post-industrial de nuestros días, y porque otras figuras, como la insolvencia punible, que encuentran su origen en la Edad Media, están ahormadas conforme a la imagen del empresario y comerciante individual, tan lejana de las grandes corporaciones multinacionales que cubren hoy con su actividad distintos continentes y cuya bancarrota puede afectar seriamente a la economía de múltiples Estados.

Por lo demás, desde que en el siglo pasado se fraguaron las codificaciones penales, que recogieron como la nuestra, según hemos visto, la tradición romano-medieval, no sólo ha variado sustancialmente la estructura económica de la sociedad, sino también la concepción misma del Derecho y del Estado.

La sociedad de entonces, de carácter fundamentalmente agrario y cooperativo, se veía regida por un Estado liberal, cuya actitud ante el juego de las fuerzas económicas se resumía en el aforismo *laissez-faire, laissez-passer, ne pas trop gouverner*.

Vivimos hoy en el seno de una sociedad competitivo-industrial, gobernada por un Estado social, que, en mayor o menor medida, interviene, dirige y planifica el desarrollo económico.

II.—Precisamente cuando la doctrina actual habla de Derecho penal económico en sentido estricto quiere referirse al conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía, que no viene a ser otra cosa que una parcela del denominado Derecho económico, es decir, del Derecho de la Economía dirigida por el Estado (4).

Ahora bien, al lado de este concepto estricto de Derecho penal económico utiliza también la doctrina otra noción más amplia, que de cierta manera conecta con los viejos delitos de contenido económico-patrimonial y comprende a algunos de ellos. En sentido amplio, se considera, en efecto, Derecho penal económico no sólo los delitos que atentan contra la intervención del Estado en la economía, sino también otros que lesionan en primer término intereses patrimoniales individuales y sólo en segundo lugar el orden económico (v. gr., insolvencia punible, competencia ilícita, abusos de crédito, etc).

El hecho de que coexistan, como estamos viendo, dos conceptos

(3) Vid. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1960), p. 39.

(4) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico* (Madrid 1978), p. 37.

disparos y de tan distinta amplitud de Derecho penal económico revela que nos hallamos ante una materia fluida y de contornos imprecisos.

Pese a los esfuerzos hasta ahora realizados, un concepto de delito económico con perfiles unitarios no se ha conseguido y es probable que no pueda obtenerse nunca, entre otras razones porque, como observa López-Rey, un concepto claro de lo económico es difícil y en el mejor de los casos tiene un carácter descriptivo-enumerativo que no puede estimarse como completo (5). A lo que hay que añadir todavía la circunstancia de que cada sistema económico genera su propia delincuencia económica, sucediendo por ello que lo que se considera delito en una economía dirigida no lo es en una economía de libre mercado, y a la inversa (6).

Se han aportado distintos criterios diferenciales, que ni aisladamente ni en conjunto permiten delimitar con precisión el círculo de los delitos económicos. Así, Sutherland partía, como hemos visto, del tipo de autor perteneciente a la capa socio-económica alta, y otros tratadistas han apelado al carácter de comerciante o industrial del agente, a la pluralidad y anonimato de las víctimas o a la lesión de la confianza que debe presidir el tráfico económico.

Basta recordar la clasificación que de los delitos económicos ha ofrecido un conocido especialista, Zirpins, para comprobar que estamos ante un campo sin lindes definidas y en el que se comprenden hechos muy heterogéneos. Zirpins distinguió seis grandes grupos de delitos económicos: 1) La estafa; 2) delitos contra el principio de confianza, como malversación, prevaricación, cohecho y otras formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia; y 6) otros delitos como agio arrendaticio, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos no incluidos en los apartados anteriores (7).

La anterior clasificación evidencia que el concepto amplio de delito económico es desde el punto de vista dogmático inadmisibles, desde el momento en que se incluyen en el mismo hechos de muy diverso contenido, que lesionan bienes jurídicos de muy diversa naturaleza, sin que sea posible reconducirlos a una misma categoría conceptual por la simple circunstancia de que «eventualmente» puedan lesionar el orden económico. Si así fuera habría que acabar reconociendo que prácticamente todos los delitos pueden ser, en principio, delitos económicos. El suicidio inducido de un banquero, el asesinato de un empresario, la difamación de una firma social, etc., pueden perturbar también gravemente el orden económico, entendido en sentido lato. Inducción al suicidio, asesinato, injurias serían, pues, también delitos económicos.

La agrupación y consiguiente sistematización de los delitos se lleva a cabo, como es sabido, en atención a su contenido sustancial y éste

(5) M. LÓPEZ-REY, *Criminología I* (Madrid 1975), p. 144.

(6) Cfr. E. RUIZ VADILLO, *Los delitos contra el orden socio-económico*, en *Anuario de la Escuela Judicial*, núm. XIII (1981), pp. 224-225.

(7) Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico*, cit., p. 43.

se determina, a su vez, en función del bien jurídico que, en abstracto y por definición, resulta *necesariamente* ofendido por la correspondiente figura delictiva, y no en función de los intereses que, a través de su concreta e histórica realización, puedan resultar *eventualmente* lesionados.

La agrupación bajo la rúbrica de Derecho penal económico de delitos de tan dispar contenido como la estafa, la prevaricación, el contrabando, el tráfico ilícito de alimentos y medicamentos, etc., no supone, desde el punto de vista dogmático, ningún avance, sino un claro retroceso (8), porque se está tomando como punto de referencia para la clasificación una característica que, por su condición de eventual, no permite definir esencialmente los correspondientes delitos, hasta el extremo de que los hechos que se consideran como delitos económicos en sentido amplio pueden resultar, en definitiva, en el caso concreto, beneficiosos y no perjudiciales para el orden económico. Por ejemplo, una apropiación indebida o un cohecho pueden evitar una quiebra, que provocaría graves perturbaciones económicas de orden nacional.

La noción de «delincuencia económica» ha cumplido y cumple importantes funciones desde el punto de vista criminológico y de política criminal. El concepto amplio de delito económico me parece, en cambio, que es inviable desde la perspectiva dogmática. Lo cual tampoco es demasiado preocupante, porque en cualquier caso no debemos dejarnos prender por la cuestión dogmático-sistemática. Lo importante en esta hora no es determinar si este o aquel hecho deben considerarse o no como delitos contra el orden económico y si éste puede o no considerarse desde el punto de vista dogmático como un específico bien jurídico, sino si, para el buen desarrollo de la vida económica, es necesario que este o aquel hecho se configuren como delito.

Debe otorgársele, pues, primacía a la cuestión político-criminal sobre la relativa a la sistematización dogmática de los llamados delitos económicos.

Y la delincuencia económica preocupa desde el punto de vista político-criminal porque, aparte de los daños inmediatos que puede producir, acaba por hacer perder la confianza en el tráfico mercantil, deforma el equilibrio de mercado y elimina la competencia (9).

Los estudios sociológicos han señalado, entre otros, estos tres efectos perniciosos de la delincuencia económica:

El efecto de *resaca* o *espiral*. Cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha en el mercado altamente competitivo, el que primero delinque presiona al resto de competidores a la comisión de nuevos hechos delictivos (resaca) y cada participante se convierte así en eje de una nueva resaca (espiral).

La *reacción en cadena*. Cuando el delito económico causa graves daños materiales, el perjudicado o perjudicados se convierten en un

(8) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali dei reati societari* (Milano 1978), p. 12-13.

(9) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico*, cit., p. 51.

primer eslabón de una cadena de víctimas, porque hace transmitir de unos a otras las dificultades de pago, las crisis y las quiebras, sobre todo en períodos de recesión económica.

El *poder corruptor* que ejerce sobre la Administración pública, arrastrando a funcionarios a la comisión de hechos delictivos (10).

En nuestra patria, los órganos encargados de la administración de la justicia penal no han sido insensibles a los graves daños materiales e inmateriales que acarrear los llamados delitos económicos y han manifestado reiteradamente en las últimas décadas su preocupación por las deficiencias que el vigente sistema legal presenta a la hora de combatir tal delincuencia.

Aquí están, como importantes testimonios, las Memorias del Fiscal del Tribunal Supremo (y General del Estado) de 1968, 1970, 1971 y 1980 y Sentencias tales como la de 23 de junio de 1973 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que han denunciado con toda claridad el vacío normativo de nuestra legislación penal a la hora de combatir la actual delincuencia económica y la imperiosa necesidad de colmar tan notoria laguna, que, pese a tan reiteradas reclamaciones subsiste todavía, y que confiamos desaparezca con la entrada en vigor del anunciado nuevo Código penal.

III.—Particularmente lamentable —de escandalosa laguna la ha calificado con razón algún penalista— resulta la inexistencia en nuestro vigente sistema penal de un capítulo regulador de los llamados delitos societarios, presente, en cambio, en las legislaciones penales de los países de nuestro círculo de cultura.

La previsión de tales delitos constituye instrumento decisivo para luchar contra la moderna delincuencia económica, que, como recordaba el Fiscal General del Estado en su Memoria de 1980, funcionalmente se genera de modo predominante a través de empresas y sociedades mercantiles e industriales.

Las dimensiones alcanzadas por las sociedades mercantiles, especialmente las anónimas, y los complejos intereses que se mueven en su seno, exigen hoy una intervención más penetrante del magisterio penal en la vida de dichas entidades (11), y no parece posible compartir la opinión de quienes, como el ilustre mercantilista Ascarelli, propugnan, en cambio, el total abandono de la penalización y su sustitución por una técnica represiva limitada al campo patrimonial.

Por otra parte, se reconoce hoy la insuficiencia de los modelos tradicionales de incriminación, representados por algunas figuras claves, como la estafa y la apropiación indebida, para reprimir las actuaciones ilícitas más graves cometidas por los administradores de grandes so-

(10) Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico*, cit., pp. 51-52.

(11) Vid. G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni* en *Il Diritto penale delle società commerciali* (Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale) (Milano 1971), p. 97.

ciedades mercantiles al amparo de la estructura orgánica de la propia sociedad.

Por ejemplo, quien conozca un poco la problemática de algunos de los Bancos que han hecho crisis en nuestro país en los últimos años, tiene necesariamente que echar de menos en nuestra legislación una disposición similar a la que contiene el artículo 2.624 del Código civil italiano, según el cual se castiga con la pena de reclusión de uno a tres años y multa a los administradores que obtengan préstamos bajo cualquier forma, sea directamente o por persona interpuesta, de la sociedad que administran o consigan de la misma la prestación de garantías para débitos propios.

Detrás de la mayoría de las aludidas crisis bancarias aparece siempre una operatoria similar. En unos casos, los recursos del banco se han destinado a pagar la adquisición de las propias acciones del Banco, es decir, se ha pretendido comprar el Banco con fondos del propio Banco, restando así efectividad al capital social, y en otros se han concedido préstamos por cuantías impresionantes a sociedades de los administradores o controladas por ellos carentes de la debida solvencia, créditos que se renuevan periódicamente incrementados en la cuantía correspondiente a los intereses devengados, pero no pagados por la entidad prestataria, de tal suerte que del Banco salen los fondos del principal del préstamo y no retornan ni éstos ni los relativos a los intereses que teóricamente aparecen percibidos por el Banco e incluso lucen, como tal, en su cuenta de resultados, siendo así que, de hecho, en el Banco no ha ingresado un solo céntimo. Al final el Banco sólo tiene como contrapartida un «apunte contable» en el que figura la «deuda», así, entre comillas, representada por el importe del principal y los intereses acumulados, que nunca podrá recuperar de la entidad prestataria por carecer ésta de la debida solvencia.

En muchos de estos casos, por no decir en todos, estamos sin duda alguna ante distracciones de fondos constitutivas de apropiación indebida, pero a veces se han instrumentado tan hábilmente que presentan la apariencia de un negocio civil y en la práctica cuesta desenmascarar que lo que se quiere presentar como una «deuda», siempre reconocida y que al final resulta impagada por carecer el deudor de medios para satisfacerla, es desde el principio pura y simplemente una apropiación indebida de los fondos cuya administración los gestores del Banco tenían confiada.

Las dificultades que hoy padecen los órganos de la justicia penal para depurar tales hechos, quedarían allanadas, como decimos, si en nuestra legislación existiese una figura similar a la prevista en el citado artículo 2.624 del Código civil italiano.

Los ejemplos podrían multiplicarse.

Desde el momento en que los llamados delitos societarios pretenden reprimir la violación de los deberes o el abuso de los poderes por parte de las personas que ejercen funciones de particular importancia

en el seno de sociedades mercantiles (12), su existencia tiene un enorme valor político-criminal en la medida en que, operando en muchos casos como delitos-obstáculo, previenen y evitan la comisión de otros ulteriores delitos no específicamente societarios valiéndose de la estructura y órganos de la sociedad y precisamente por eso su incorporación a nuestro sistema punitivo —ya prevista en el Proyecto de Código penal de 1980— es necesaria y urgente.

IV.—Los delitos societarios suscitan problemas especialmente en los siguientes ámbitos: a) Relaciones y coordinación entre las disposiciones civiles y mercantiles y las disposiciones penales; b) intereses que deben ser tutelados; c) sujetos activos del delito; y d) cuadro de sanciones.

La futura regulación debe tener en cuenta esta problemática, a la que aludiremos seguidamente con la brevedad que la ocasión requiere.

1. En primer lugar, hay que decidir si se va a adoptar una técnica meramente sancionatoria, reforzando a través de la pena criminal, preceptos establecidos en el marco del Derecho privado, o si, por el contrario, se va a proceder a una regulación jurídico-penal autónoma.

La segunda de las opciones es, a mi juicio, la adecuada. El Derecho penal goza de autonomía respecto al Derecho mercantil y al Derecho privado en general, porque sus disposiciones legales obedecen a exigencias y finalidades propias. Alguien ha dicho —no sin razón— que en muchos aspectos está fatalmente determinado que los resultados a que llegan los cultivadores de las distintas disciplinas jurídicas diverjan (13). Sabemos que incluso las nociones técnicas procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico experimentan una transformación al entrar en contacto —como decía Bettiol— con la materia incandescente del Derecho penal.

La autonomía a que nos estamos refiriendo comienza por reflejarse en el concepto mismo de sociedad. A efectos de los delitos societarios, el Derecho penal opera con un concepto de sociedad extremadamente lato. Así, se admite que algunos de tales delitos puedan ser cometidos a través de sociedades *irregulares* e incluso *sociedades de hecho*.

Desde otras perspectivas, emerge también la autonomía de la regulación penal. En virtud del principio de intervención mínima, el Derecho penal no puede sancionar indiferenciadamente todas las infracciones de los correspondientes preceptos civiles y mercantiles, sino que resulta obligado efectuar una selección, a fin de incorporar al ámbito de lo punible únicamente las infracciones más graves y particularmente intolerables. Por otra parte, las normas penales no se limitan sólo a reforzar, con la sanción criminal, preceptos ya establecidos por el Derecho privado, sino que, crean nuevos y originales mandatos y prohi-

(12) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. I reati fallimentari e societari* (Milano 1959), p. 253.

(13) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., pp. 37-38.

biciones, en función precisamente de las específicas finalidades perseguidas en la materia que nos ocupa por el Derecho penal (14).

El carácter autónomo, en el sentido indicado, de la regulación penal, junto con las exigencias de certeza y seguridad jurídicas, que deben extermarse siempre en el campo penal, desaconsejan utilizar la técnica legislativa del «reenvío», con simple remisión a las disposiciones civiles y mercantiles y obligan a que la ley penal, aún en aquellos casos en que parte de preceptos ya establecidos por el Derecho privado, formule expresamente y con la mayor precisión posible el comportamiento prohibido bajo sanción penal.

2. Si, como antes hemos dicho, el objeto de protección de los delitos está representado por el bien jurídico que, según el tipo abstracto, resulta necesariamente ofendido y no también por los intereses que eventualmente puedan resultar afectados por su concreta realización histórica, hay que concluir que los intereses que los delitos societarios protegen —salvo, naturalmente, cuando se trate de empresas públicas que revisten la forma de sociedades mercantiles— son, en principio, intereses de carácter privado, pertenecientes a la propia sociedad, a los socios, a los acreedores y a terceros.

Esta pluralidad de intereses de la sociedad, de los socios, de los acreedores y de terceros no resulta, como es obvio, ofendida en todos y cada uno de los delitos societarios. Hay delitos societarios que dañan intereses propios de la sociedad y no de los socios (hasta el punto de que éstos pueden resultar responsables como partícipes de dichos delitos), y delitos societarios contra intereses de los acreedores que no sólo no dañan a la sociedad, sino que incluso la benefician económicamente.

En atención a los titulares de los distintos intereses protegidos los delitos societarios se clasifican en: *delitos contra la propia sociedad* que infringen deberes del órgano hacia la propia entidad (v. gr., divulgación de noticias reservadas, influjo ilícito en la formación de mayorías, participación en deliberaciones en caso de conflicto de intereses con la sociedad, etc.); *delitos contra los socios*, que lesionan derechos de éstos (omisión de convocatoria de juntas, impedimento del control de la gestión social, etc.); *delitos contra los acreedores*, que son todos aquellos que lesionan el interés de los acreedores a la conservación de la garantía (por ejemplo, reducción irregular del capital social, valoración exagerada de aportaciones en especie, etc.); y *delitos societarios contra terceros*, que aunque pueden lesionar también intereses de los socios y de los acreedores, no lo hacen en cuanto éstos aparecen como tales (v. gr., falsas comunicaciones sociales, que pueden inducir a personas no vinculadas jurídicamente a la sociedad ni como socios ni como acreedores a tomar decisiones perjudiciales para su patrimonio).

Por lo que se refiere concretamente a la protección penal de intereses de los socios, debe tenerse en cuenta la nueva realidad socioló-

(14) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 109.

gica de las grandes sociedades anónimas, frente a las cuales fracasan los mecanismos de control previstos por el Derecho privado y que provienen de una época que algunos autores han definido como paleo-capitalista (15). Mientras la junta o asamblea de accionistas puede controlar la gestión de las pequeñas entidades, las grandes sociedades anónimas funcionan de hecho oligárquicamente. La mayoría de votos necesaria para la aprobación de una decisión refleja en realidad los intereses de una minoría de socios, cuya participación social es más exigua cuanto más elevado es el número de accionistas. Los socios excluidos del grupo dominante, aun cuando puedan representar la mayoría del capital, no tienen de hecho poder de decisión ni están en condiciones (por el modesto interés de cada uno, su escasa información, etcétera) de llevar a cabo una efectiva verificación de la legitimidad de la gestión social. En tales condiciones, hacer radicar el principal instrumento de control en la reacción del accionista individual resulta enteramente inadecuado (16).

La evolución sociológica de las grandes sociedades por acciones ha pasado de la fase del «control de la mayoría del capital» al «control de accionistas activos minoritarios» y se avecina una nueva etapa, ya aflorada en algunas latitudes, en la que el control pasa a manos de los profesionales ejecutivos, de tal modo que la dinámica de la sociedad viene determinada no tanto por el interés y riesgo de los titulares del capital cuanto por la capacidad técnica y profesional de los dirigentes (17).

Este nuevo fenómeno está haciendo que la doctrina actual subraye, a efectos de su regulación, la afinidad de algunos delitos cometidos contra la sociedad por quienes desempeñan en su seno puestos rectores a ciertas figuras delictivas de los funcionarios contra la Administración Pública (18).

3. Desde el punto de vista del sujeto activo los delitos societarios se configuran como *delitos propios*, es decir, con un círculo limitado de posibles autores (administradores, promotores, socios fundadores, etcétera). Los extraños que no reúnen tales cualificaciones no pueden ser autores —porque la autoría es siempre realización del hecho como propio— aunque sí partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), porque la participación es, por definición, intervención en hecho ajeno y no requiere, por tanto, en el partícipe la cualidad exigida en su caso para ser autor.

Es notorio que en el ámbito de las sociedades mercantiles son muy frecuentes las atribuciones y funciones colegiadas. De ahí surge la cuestión de si, cuando la decisión colegial constituya delito, la respon-

(15) U. LOI-G. SENA, *Premesa di Diritto Privato*, en *Il Diritto penale delle società commerciali*, cit., p. 5.

(16) U. LOI-G. SENA, *Premesa*, cit., p. 7.

(17) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 94.

(18) Cfr. U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., p. 28, y G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 114.

sabilidad penal alcanza indefectiblemente a todos los componentes del órgano o, por el contrario, cabe la posibilidad de que el miembro individual pueda sustraerse a dicha responsabilidad.

Inmediatamente después de la entrada en vigor del Código civil italiano, formuló Rende el concepto de *delito colegial*, como categoría autónoma. Delito colegial sería aquél que se realiza no por personas que se unen con el fin de cometer delitos, sino por personas que, estando ya constituidas según la ley en colegio como órgano de una persona jurídica, pública o privada, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones. Quedarían al margen de tal categoría conceptual, pues, los actos que son ajenos a las funciones del órgano colegiado, aunque se cometan por sus miembros con ocasión de hallarse reunidos, y los hechos que, para su realización, no exigen según la ley intervención de dicho órgano colegiado.

La configuración del delito colegial ha encontrado, con razón, fuerte oposición en la doctrina. La unidad orgánica de las deliberaciones y decisiones sociales puede tener efectos en el marco de la responsabilidad civil, pero no puede derogar el principio fundamental de que la responsabilidad penal es estrictamente *personal* (19).

Lo cual quiere decir que no todos los miembros del órgano han de responder necesariamente por los delitos cometidos a través de decisiones colegiadas y que, en su caso, tampoco tienen por qué responder necesariamente en idéntica medida, pudiendo aparecer unos como autores y otros como cómplices o encubridores.

Los supuestos prácticos que interesa resolver son, principalmente, los del miembro que ha disentido de la decisión colegial, no ha participado, por ausencia, en la decisión o ha dimitido.

En cuanto al primer supuesto, el de disentimiento, debe partirse de la idea de que, a efectos de la responsabilidad penal, lo que verdaderamente cuenta es el *efectivo* comportamiento y la *efectiva* voluntad del sujeto. Por eso, como observa Antolisei, aunque el miembro de un Consejo de Administración se haya preocupado de revestir su disentimiento de todos los requisitos formales previstos por el Derecho privado, puede no quedar liberado de responsabilidad penal si el juez de este orden comprueba que el disentimiento, declarado por motivos formales de conveniencia, no responde a la conducta real del consejero, que ha operado, en cambio, conscientemente en la misma dirección que los restantes.

Tampoco el ausente, que no ha participado en las deliberaciones y decisiones, queda por ello sólo siempre exento de responsabilidad penal. Es más, a veces la ausencia de un consejero es el acto necesario sin el cual no se hubiera cometido el delito. En todo caso, para que el miembro ausente incurra en responsabilidad criminal será necesario que su ausencia haya hecho posible o facilitado la comisión del delito y, tratándose de responsabilidad dolosa, que dicha ausencia esté preordenada a tal fin.

(19) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., p. 133.

Las dimisiones pueden ser la forma más clara de exteriorizar un disentimiento. Pero, como es obvio, las dimisiones *a posteriori* pueden también obedecer únicamente al propósito de rehuir la responsabilidad penal. Por ello, ésta no quedará excluida cuando el dimisionario con su precedente conducta ha actuado conscientemente a favor de la decisión ilícita, aunque nada más sea reforzando en los colegas el propósito de adoptarla (20).

La anterior problemática enlaza en cierto modo con la cuestión relativa a la posible responsabilidad por no haber impedido el delito societario que el administrador podía y debía evitar. La solución hay que obtenerla partiendo de los principios reguladores de la comisión por omisión en general, según los cuales, como es sabido, no basta que el sujeto haya dejado de actuar incumpliendo cualquier clase de deber. Se requiere que el sujeto esté en posición de garante respecto a la no verificación del hecho y que el deber incumplido sea un auténtico deber de impedir el resultado cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad por el resultado no evitado, y no un simple deber de actuar. A falta de una disposición general sobre la comisión por omisión, al estilo de las contenidas en el artículo 40 del Código penal italiano o en el párrafo 13 del alemán, nuestro Código penal ofrece algunas disposiciones específicas, como la del último párrafo del artículo 499 bis, que pueden resultar orientadoras a los efectos que nos ocupan.

Todavía a propósito del sujeto activo, la ley deberá indicar en qué circunstancias el *administrador de hecho* puede ser equiparado al administrador de Derecho. Evidentes razones de política criminal aconsejan no dejar al margen de los delitos societarios a los *administradores de hecho*. En caso contrario, se favorecería absurdamente con la impunidad frente a los delitos societarios a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de administradores y —lo que es peor todavía— a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios (21).

4.—Es preocupación de la actual doctrina dar con las sanciones más adecuadas para reprimir y prevenir los delitos societarios.

En cuanto a las penas, al lado de la privativa de libertad, se atribuye un cometido cada vez más importante a la pena pecuniaria, regulada según el sistema escandinavo de los días-multa.

Por lo que se refiere a la pena privativa de libertad, un autorizado sector doctrinal recomienda hacer un uso moderado en relación con los hechos de mediana gravedad. Marinucci y Romano han observado que a veces la severidad adoptada a nivel legislativo se traduce en una práctica inaplicación de las sanciones previstas: «Se tiene la impresión de que una de las razones de la lamentada escasez de aplicación de las

(20) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. I reati fallimentari e societari*, cit., pp. 280 ss.

(21) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., pp. 113-114.

normas incriminadoras en materia societaria reside precisamente en la elección de penas privativas de libertad, cuya gravedad, con razón o sin ella, no encuentra eco en las valoraciones de los órganos jurisdiccionales. Es una impresión convalidada por la experiencia de otros ordenamientos, como el francés, donde a la «furia» represiva que ha guiado recientemente la mano del legislador penal en materia societaria, corresponde, en la praxis, una aplicación blanda y sustancialmente elusiva de las figuras del delito sancionadas más severamente» (22).

En cambio, se propone como más eficaz operar en ciertos casos con la inhabilitación temporal para ejercer la función de administrador social como pena principal, previéndola como única o conjuntamente con la de multa (23).

Decisivo se considera establecer todo un repertorio de medidas de seguridad que inciden directamente sobre la propia sociedad. Presupuesto de tales medidas es la llamada peligrosidad objetiva, que «no está estructuralmente desvinculada del todo de la peligrosidad social, sino que se sitúa respecto a ésta como un elemento de carácter preparatorio. Lo que el legislador quiere impedir es que la posesión de ciertas cosas por parte del reo o el hecho de que ciertos objetos continúen circulando libremente puedan constituir la chispa que suscite la peligrosidad de alguno... Se dice con fórmula expresiva que la peligrosidad pasa (*rectius*: puede pasar) de la cosa a la persona» (24).

En este sentido, parece que puede establecerse un paralelo entre los denominados *delitos-obstáculo* como tutela avanzada para la protección de ciertos bienes y la *peligrosidad objetiva* (25).

En nuestro caso la referida *peligrosidad objetiva* surge cuando la organización societaria aparece como *probable* fuente de nuevos hechos delictivos perpetrados por los administradores (26).

Las medidas de seguridad directamente aplicables a la sociedad se diferencian según incidan sobre el elemento asociativo, sobre el fin y objeto, sobre el elemento organizativo estricto *sensu* o bien sobre las cosas y patrimonio de la entidad (27).

Entre las medidas que afectan al elemento asociativo menciona Bricola la de *exclusión* de socios, que, por el absentismo de la mayoría, son los inspiradores de la política empresarial, fuente de delitos.

Son medidas que afectan al fin y objeto social, la *suspensión* y la *prohibición absoluta y relativa de actividad*, así como la *clausura del establecimiento*.

Son medidas que afectan a la organización social misma, la *modifi-*

(22) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 101.

(23) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 102.

(24) I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza* (Milano 1970), p. 148; F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, en *Il Diritto penale delle società commerciali*, cit., p. 78.

(25) F. BRICOLA, *Il costo*, cit., pp. 78-79.

(26) F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 79.

(27) F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 84.

cación judicial del estatuto de la sociedad, nombramiento judicial de administrador y como última ratio, la disolución de la sociedad.

Finalmente, entre las medidas de seguridad que inciden sobre las cosas y patrimonio de la sociedad, se encuentran el *comiso*, orientado a finalidades preventivas y otras medidas pecuniarias que, al estilo de la *Sicherungsgeld*, sustraen a la sociedad aquellos concretos medios económico-financieros destinados a favorecer y desarrollar la actividad delictiva.

V.—Pienso que desde los puntos de vista que acabo de exponer debe procederse a la revisión del capítulo que el Proyecto de Código penal de 1980 dedicaba a lo que, en homenaje a una terminología tradicional en nuestra patria, denominó «delitos financieros». La regulación que el citado Proyecto proponía de tales delitos me parece —y asumo toda la responsabilidad que como Ponente General del mismo me corresponda— deficiente, como sin duda lo son también otras parcelas del Título destinado a los llamados delitos contra el orden socio-económico.

Pero estas deficiencias no autorizan para descalificar en bloque al referido Título ni para presentarlo ante la opinión de los empresarios como atentario a la libertad de empresa que, en el marco de la economía de mercado, garantiza el artículo 38 de nuestra Constitución.

Es cierto que aquí y fuera de aquí no faltan voces que niegan desde la perspectiva de la economía de mercado toda legitimidad a la existencia misma del llamado Derecho penal económico, por estimar que éste acabaría, a la postre, por desintegrar la fuerza dinamizadora de la libre iniciativa y vendría a negar la finalidad de lucro que promueve y desarrolla el progreso económico.

Pero tales opiniones no son de recibo, pues es evidente que ni siquiera el legislador de la época liberal individualista dejó de reconocer que en la actividad mercantil e industrial existen lucros permitidos y lucros fraudulentos e injustos y no renunció a considerar delictiva, en su caso, la obtención de estos últimos. Lo que, naturalmente, no sólo no es contrario a la economía de mercado, sino que sirve para el mejor y más saneado desarrollo de la misma.

No quisiera terminar, dado el lugar en que nos encontramos, sin decir algo que, no por obvio, debemos dejar de repetir. Es necesaria y urgente una nueva regulación legal que permita afrontar adecuadamente la actual delincuencia económica. Pero nada se resolvería si no se dota a los jueces de los medios indispensables para la aplicación de la nueva legislación. Cuando un Juez de Instrucción tiene que interrumpir la investigación de un hecho presuntamente delictivo por no existir la correspondiente consignación para costear una prueba pericial contable, me parece que el Estado está abdicando de cumplir la primera y más importante de sus funciones, que es la de administrar justicia.

La delincuencia económica es difícil de perseguir porque se produce normalmente con la colaboración de expertos que de modo deliberado y programado procuran dar a los hechos apariencia de legalidad. De ahí que el Juez debe contar también con el concurso permanente de equipos especializados, como ya acontece en otros países de nuestro círculo de cultura.

Porque malas son las lagunas legales, pero peor es aún para el prestigio de la justicia poner en manos de los jueces leyes que, por falta de medios, no pueden aplicar.