

Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal — Fa-
cultad de Derecho — Universidad del
País Vasco — San Sebastian

S U M A R I O

- 1º) **Introducción**
- 2º) **Extensión e importancia de los crímenes y criminales económicos**
- 3º) **La discutida eticidad de estas sanciones**
- 4º) **Amplitud de su prevención general y especial**
- 5º) **Objeciones contra la privación de libertad**
- 6º) **Necesidad y límites de la repersonalización**
- 7º) **Apología parcial de las multas**
- 8º) **Expertos de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa**

"El dinero, estiércol del diablo."

Giovanni Papini

Haceos amigos con el dinero injusto.

Evangelio de Lucas, 16,9

1º) Introducción

Para mejor esclarecer la problemática respecto a la eficacia de las sanciones penales frente a los delitos económicos conviene empezar por definir — en cuanto sea posible — qué entendemos aquí por tales delitos y delinquentes económicos, o más en general, por derecho penal económico. Después, discutiremos los argumentos en pro y en contra de la licitud de las sanciones penales a esos delinquentes, así como la mayor o menor eficacia de las mismas sanciones, tanto respecto a la prevención general como a la prevención especial. Particular atención merecerán el problema de la resocialización y de la multa. Terminaremos recordando la opinión de algunos expertos de organismos internacionales. En resumen, aparecerá que el derecho penal y la política criminal pueden decir y hacer no poco para desarrollar los derechos humanos en el campo de la economía.

2º) Extensión e importancia de los crímenes y criminales económicos

Dada la finalidad de nuestras consideraciones, bastará formular ahora una delimitación general y aproximativa de estos delitos y delinquentes. No podemos extendernos largamente, pero resulta imprescindible decir algo acerca de las principales peculiaridades de estas infracciones y estos infractores pues, si no se constata las diferencias de estos crímenes y criminales respecto a los demás, carece de base y de sentido lo que se diga como peculiar y distintivo de sus propias sanciones. Las características específicas de las sanciones, objeto de nuestro estudio, han de apoyarse en las características específicas de los crímenes y criminales económicos.

Es obvio que no entran en nuestro campo los delitos clásicos “contra la propiedad” como son el hurto, el robo etc. En cambio, sí entran muchos delitos de cuello blanco. Como afirma M. BAJO (1), la delincuencia económica técnicamente entendida es **una especie de la delincuencia de cuello blanco**, aunque algunos autores las equiparan, y en estas páginas seguimos a veces la terminología “popular” al emplear indistintamente ambas denominaciones.

SUTHERLAND definía los **white collar crimes** como delitos cometidos por personas respetables y de la alta sociedad en el ejercicio de su profesión

(1) MIGUEL BAJO FERNANDEZ, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, Madrid, Civitas, p. 49. Otra delincuencia específica, parcialmente distinta dentro de la denominación genérica de “white-collar”, es la delincuencia corporativa. M. B. CLINARD y P. C. YEAGER, *Corporate Crime*, New York, The Free Press, 1980, pp. 16 ss.

No se puede ni se pretende solucionar aquí el problema básico y difícil de la concepción de estos delitos y delinquentes. Cfr. KLAUS TIEDEMANN, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, T. 93, Cuaderno 3 (1981), pp. 1077 ss.

(as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation) (2). Indica RICHARD A. POSNER (3) que los términos **respectability** y **high social status** adolecen de ambigüedad, y que la definición deja fuera algunas acciones que deben incluirse, como, por ejemplo, los delitos de contrabando (arts. 377 ss. del proyecto del Código Penal español de 1980), y los relativos al control de cambios (arts. 372 ss.) etc.

El mismo POSNER entiende por delitos económicos los cometidos sin violencia por personas físicas o morales que son consideradas "formales" frente o a diferencia de quienes cometen los llamados delitos comunes. También, desde otro punto de vista (especialmente importante en Norteamérica), considera delitos económicos los tipificados en determinadas leyes especiales, sobre todo cuando los realizan ciertas personas físicas o morales "bien consideradas". Por fin, incluye dentro de estos delitos, teniendo en cuenta el autor y el medio empleado, los cometidos por personas económicamente fuertes más que por las de clase media o baja, y mediante fraudes, estafas, monopolios etc., más que con violencia (4).

Según BAJO y otros autorizados especialistas, el derecho penal económico, **en estricto sentido**, es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía (5).

Este derecho penal económico tipificará como delitos las acciones que lesionen o pongan en grave peligro la normativa que regula la intervención del Estado en el mundo económico. Concretamente, los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el delito fiscal y alguno más. Esta delimitación deja fuera del derecho penal económico conductas que muchos especialistas en criminología y política criminal contemporáneos exigen se incluyan dentro de él.

En sentido amplio se considera como derecho penal económico el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico

(2) SUTHERLAND, *White-Collar Crime*, 2.ª ed, New York — Chicago — San Francisco — Toronto — London, 1961, pp. 9 ss. Sus definiciones anteriores (1939, 1940, 1949) varían sólo en pequeños matices.

(3) RICHARD A. POSNER, "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", en *American Criminal Law Review*, Vol. 17:399, 1980, p. 409.

(4) RICHARD A. POSNER, "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", en *American Criminal Law Review*, Vol. 17:399, 1980, p. 410.

(5) MIGUEL BAJO FERNANDEZ, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 37 ss. Cfr. la definición de derecho penal de los negocios y sus diferencias con el derecho penal económico en MIREILLE DELMAS-MARTY *Droit Pénal des Affaires. 1-Les Infractions*, Paris Presses Universitaires de France, 2.ª ed. 1981, pp. 17 ss.

entendido como regulación jurídica de la producción, distribución, consumo y conservación de bienes y servicios ⁽⁶⁾.

Dentro de esta concepción se tipificarán como delito las acciones que atenten o pongan en peligro un bien jurídico patrimonial individual y, además o principalmente, la normativa que regula la producción, la distribución, el consumo y la conservación de bienes y servicios. Lógicamente, se pueden y deben tipificar como delito las conductas que infringen las normas referentes al medio ambiente, las insolvencias punibles, las formaciones de cárteles, las infracciones en el campo de la informática (manipulación o robo de datos, violación de secretos), la falsificación de balances de la empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de los acreedores (por ejemplo, quiebras, infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial), los fraudes al consumidor, la falsificación de las mercancías, la presentación engañosa, el abuso de la inexperiencia del consumidor, infracciones de aduanas, de moneda y cambio, infracciones bursátiles y bancarias, manipulación abusiva del mercado bursatil ⁽⁷⁾, las infracciones de las normas de seguridad e higiene laboral, las infracciones contra las sociedades mercantiles, el envío al extranjero de grandes cantidades dinerarias procedentes de delitos hold-ups, los boycott empresariales, las receptaciones, las malversaciones de caudales públicos, los cohechos, las apropiaciones indebidas, las falsedades en documentos, los fraudes acerca de la situación comercial de la empresa y de sus fondos financieros, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales, la creación de sociedades ficticias etc. ⁽⁸⁾.

Para este trabajo sobre la eficacia de las sanciones penales contra los delitos económicos parece oportuno recordar también un **concepto medio**, funcional, de derecho penal económico que incluye aquellos delitos que por su modo de llevarse a cabo o por el perjuicio que producen pueden atentar contra, o poner en grave peligro, la estabilidad económica o hacer desapa-

(6) MIGUEL BAJO FERNANDEZ, *Derecho Penal Económico Aplicado*, pp. 40 ss. Apartándome de otros autores, creo oportuno incluir — o añadir — también la **conservación** de los bienes y servicios.

Parecido contenido ofrece la lista de delitos económicos en el anexo a la Recomendación n.º R (81) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la criminalidad económica adoptada por el Comité de Ministros el 25 de junio de 1981, en la 335.ª reunión de Delegados de Ministros. Cfr. "Resolutions by the Committee of Ministers Relating to crime problems" IV, en *Council of Europe*, Strasbourg, 1981.

(7) ANTONIO M. ARROYO, *La Manipulación de las Cotizaciones de Bolsa*, Madrid, Ed. I.C.A.I., 1978.

(8) MIREILLE DELMAS-MARTY, "Le droit pénal des sociétés commerciales et la discipline pénale des marchés mobiliers en France", en *Comportamenti Economici e Legislazione Penale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 43 ss. KLAUSS TIEDEMANN, "La recente evoluzione del diritto penale dell'economia in Germania con particolare riferimento al diritto penale delle società commerciali", en *Comportamenti Economici e Legislazione Penale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 109 ss.

recer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la economía ⁽⁹⁾.

Brevemente, estas páginas entienden la palabra delitos económicos en sentido genérico no sólo en sentido específico que se refiere a los delitos relativos a la economía, es decir, a las estructuras de la producción, circulación, distribución, consumo y conservación de las riquezas de un Estado. Aquí incluimos también los delitos financieros (relativos a las finanzas, es decir a los recursos pecuniarios de las víctimas), los delitos de la calidad de vida (por ejemplo, polución ambiental), los delitos sociales (delitos laborales y de seguridad social), los delitos de los negocios etc.

Por motivos circunstanciales, ahora tenemos especialmente (aunque no exclusivamente) presentes algunos delitos que figuran en el Código Penal español actualmente vigente (alteración en el precio de las cosas, art. 539; alzamiento de bienes, art. 519; concurso de acreedores, art. 523; cheque en descubierto, art. 563 bis; ciertas estafas, arts. 528 ss.; insolvencia, arts. 524 s.; delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, art. 499 bis; contra la propiedad industrial, art. 534; quiebras, arts. 520 ss. etc.), y en el Proyecto de Código Penal español de 1980 (Libro II, Título VIII, **Delitos contra el orden socio-económico**, arts. 330 ss.), con las sanciones correspondientes: multa, prisión, arresto de fines de semana, publicación de la sentencia en los periódicos oficiales o en cualquier otro medio informativo, clausura de la empresa, pérdida de derechos de registro, suspensión del derecho a contratar con la Administración Pública, supresión de créditos y subvenciones, prohibición de actividades consensuales, prohibición de otorgar contratos, pérdida del beneficio fiscal y apoyo oficial económico, prohibición de obtener licencias, inhabilitación absoluta y especial, inhabilitación para la profesión, prohibición de actividad de construcción, clausura de empresas, locales o establecimientos, disolución de asociaciones, sociedades o empresas, suspensión de sus actividades, prohibición a tales entes de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios con carácter temporal o definitivo, comiso...

Otra consideración previa conviene aclarar, aunque sea brevemente. Vamos a estudiar las sanciones frente a los **delitos** económicos, pero ya desde ahora manifestamos nuestra duda acerca de si el objeto material del derecho penal económico son los **delitos** o más bien la **delincuencia** o ambos, con las oportunas matizaciones y diversificaciones, exageradas en autores de ciertas ideologías ⁽¹⁰⁾. Sobre su distinción hemos escrito en otro momento, y ahora basta esta referencia o interrogación frente al uso (que no

(9) L. H. LEIGH, Rapport presentado en Council of Europe, "Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires", Strasbourg, 15-18 nov. 1976, de la Note du Secrétariat Général préparée par la Direction des Affaires Juridiques, p. 130.

(10) G. B. TRAVERSO/A. VERDE, *Criminología crítica. Delinquenza e Controllo Sociale nel Modo di Produzione Capitalistico*, Padova, Cedam, 1981. FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, Cedam, 1979, pp. 543 ss.

sotros también seguimos, a veces) de emplear indistintamente ambos sustantivos, aun conscientes de que media una gran diferencia entre ellos.

Como la sombra sigue al cuerpo, síguese aquí una reflexión acerca de los delincuentes económicos. Si se prescinde de las descripciones, frecuentes ya en la literatura clásica antes y después de SEELIG Y VON HENTIG, acerca de la personalidad de los sujetos activos de las estafas y defraudaciones tipificadas en todos los códigos penales, se constata que existen pocos estudios científicos serios acerca de los rasgos diferenciales de los autores de estos delitos. Resulta difícil llevar a cabo investigaciones al respecto y, en general, adolecen de excesiva politización o de vaguedad y poco interés ⁽¹¹⁾.

Entre las escasas publicaciones que sobre este problema van apareciendo, destacan algunas dignas de tenerse en cuenta en determinados puntos. Por ejemplo, el (criticado) psicograma de MERGEN o la atinada constatación de BRESSER ⁽¹²⁾. Según las investigaciones de éste, algunos autores de graves delitos contra la economía, a diferencia de los clásicos defraudadores, apenas si perciben los cuantiosos perjuicios que producen a sus víctimas pues sólo tienen ante sus ojos su ansia — que consideran legítima — de ganar, y para conseguirlo utilizan medios en gran parte legales, de tal manera que son incapaces de reconocer su propia imagen de criminales. Ellos exageran la dificultad objetiva para trazar las líneas fronterizas entre lo legal y lo ilegal, entre la infracción civil y la infracción penal, entre el deseo lícito de ganancia y el dolo de perjuicio no permisible. Estas grandes dificultades en los delincuentes de situación o en los profesionales aumentan cuando se trata de delincuentes ocasionales.

La edad de nuestros delincuentes suele ser más elevada que la de los delincuentes comunes como lo muestra, por ejemplo, si se compara con las estadísticas generales ⁽¹³⁾, el reciente estudio sobre la quiebra (quiebra peculiar de Gran Bretaña antes de la *Insolvency Act de 1976*), de L. H. LEIGH Y S. BROWN, en los datos al respecto ⁽¹⁴⁾.

(11) KLAUS TIEDEMANN, Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag, Vol. I. Teil C. pp. 22 s. IDEM, "Criminalité et abus de pouvoir: délits et délinquants au dessus de la loi?", en *Rapport Général de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire*, Milan, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 1960, pp. 22 ss. JOSÉ ANTONIO SAINZ CANTERO, "Delincuencia económico-financiera", en *Cuadernos para el Diálogo*, n.º extra. XXVIII (diciembre 1971), pp. 13 ss.

(12) MIGUEL BAJO FERNANDEZ, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, Madrid, Civitas, 1978 pp. 53 ss. H. GÜPFINGER, *Kriminologie*, 4.ª ed., München, Beck, 1980, p. 665.

(13) GUNTHER KAISER, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, C. F. Müller, 1980, pp. 149 ss., 490 ss. Respecto a España. Véase MANUEL LOPEZ-REY, *La Justicia Penal y la Política Criminal en España*, Madrid, Ed. Inst. de Criminología, 1979, p. 34.

(14) L. H. LEIGH/SUSANNAH BROWN, "Crimes in Bankruptcy", en *Economic Crime in Europe*, editado por L. H. Leigh, Londres, 1980, p. 173.

DELITOS DE QUIEBRA

Edad de los condenados (1974-1975)

	Menos de 20	20-9	30-9	40-9	50-9	60 +	Total conocidos	desconoc.	Total
(a) Crown Court									
1974	0	2	15	6	1	2	26	7	33
	0%	8%	58%	23%	4%	8%	100%		
1975	0	5	7	11	11	2	36	9	45
	0%	12%	19%	31%	31%	6%	100%		
Total	0	7	22	17	12	4	62	16	78
	0%	11%	35%	27%	19%	6%	100%		
(b) Magistrates' court									
1974	0	21	44	43	18	3	129	22	151
	0%	16%	34%	33%	14%	2%	100%		
1975	2	25	36	27	13	5	108	22	130
	2%	23%	33%	25%	12%	5%	100%		
Total	2	46	80	70	31	8	237	44	281
	1%	19%	34%	30%	13%	3%	100%		

En otro resultado coinciden también muchas investigaciones sobre estos problemas: las explicaciones exclusivamente sociológicas no aclaran totalmente los factores etiológicos de esta delincuencia.

Por fin, unas breves líneas acerca de la **importancia** dineraria y teórica de la delincuencia de cuello blanco, que (dicho sea de paso) existe también con características propias en los países marxistas. Según algunos estudios, esta criminalidad produce en un año en la República Federal de Alemania daños de diez a cincuenta y cinco billones de marcos, y en Estados Unidos de cuarenta a cincuenta billones de dólares, cifras no comparables con las relativas a los delitos contra la propiedad cuyos autores yacen hacinados en las cárceles ⁽¹⁵⁾. Según recuerda KAISER ⁽¹⁶⁾, desde 1976 a 1981, en solo

(15) CHERIF BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, Illinois, Charles C. Thomas, 1978, pp. 344 ss. H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, 4.ª ed. München, Beck, 1980, p. 665.

(16) GUNTHER KAISER, "Literaturbericht. Kriminologie der siebziger Jahre in den Vereinigten Staaten", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, T. 93 (1981), p. 815.

un lustro, ha aumentado esta delincuencia en Norteamérica más que desde el año 1950 hasta 1975.

Aparte de la gravedad de esta delincuencia en el propio campo económico, conviene constatar su **transcendencia teórica** por varios motivos. Según algunos, el problema de la criminalidad económica no es sólo un problema criminal sino más bien una cuestión de qué tipo de sociedad industrial o postindustrial deba construirse, cómo deberá estar organizada y regulada, y por quiénes (17).

En los delitos y delincuentes económicos inciden no pocas veces con valor decisivo respecto a puntos centrales y complejos la moral popular y no popular, la **moral de frontera** con su frecuente desviación individualista que llega, a veces, a considerar héroes a nuestros delincuentes (18). Como atinadamente se ha escrito, el estudioso de la delincuencia económica ha de poner de manifiesto injusticias y situaciones que su propio régimen político tiene interés en que se conozcan lo menos posible.

Además, las soluciones "nuevas" que se aporten a los problemas de la delincuencia económica pueden abrir nuevos horizontes para todo el derecho penal y para toda la política criminal, nacional e internacional, incluso en los puntos más "comunes" o tradicionales, como el de la eticidad y eficacia de las penas y medidas.

3º) La discutida eticidad de estas sanciones

Antes de estudiar la eficacia de las sanciones penales (frente a los delitos económicos) en el derecho penal económico, debemos preguntarnos si tales sanciones merecen éticamente el calificativo de lícitas.

Prescindimos, como es lógico, de la crítica radical contra las sanciones penales en general que encuentra importantes propugnadores en deter-

(17) SIMON DINITZ, "La criminalità economica", en *Quaderni di Criminologia Clinica*, n.º 4 (oct.-diciem. 1976), pp. 433 y ss. Cfr. también ROGER GARAUDY, *Parole d'Homme*, Paris, Ed. Robert Laffont, 1975, pp. 194 y ss. Desde otra perspectiva, ofrece puntos de vista interesantes, especialmente en su crítica contra las multinacionales, HELDER CAMARA, *Hoffen Wider alle Hoffnung*, Zürich, Pando-Verlag, 1981.

(18) La ideología y el status de los jueces y otros motivos influyen también en la tan elevada cifra negra de estos delitos. Cfr. MIREILLE DELMAS-MARTY, "Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales", en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 3 (julio-sept. 1977), pp. 509-520. CARLOS JIMENEZ VILLAREJO, "La Justicia ante la delincuencia socio-económica", en *El Viejo Topo*, 58 (julio 1981), pp. 6 ss. GONZALO QUINTERO OLIVARES, "La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español", en *Estudios Penales y Criminológicos III*, Santiago de Compostela, Publ. Universidad, 1979, pp. 185 ss. BOLLE habla, con acierto, de la gangrena en la moralidad pública. PIERRE-HENRI BOLLE, "Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, n.º 1 (1981), pp. 27 ss. MIGUEL BAJO FERNANDEZ, "Animo de lucro y ánimo de hacerse pago", en *Revista de Derecho Público*, n.º 62 (1976), pp. 45 ss.

minado sector de penalistas, criminólogos, sociólogos etc. (19). Algunas opiniones en este sentido de abolicionismo del derecho penal y de total descriminalización pueden encontrarse en las actas (en vías de publicación) del Seminario Internacional sobre **Perspectivas contemporáneas sobre la filosofía del derecho penal**, celebrado en Siracusa, en enero de 1981, organizado por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales (ISISC), con la colaboración de la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Criminología, la Sociedad Internacional de Defensa Social y la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, y en las actas de la conferencia sobre **Derecho a Sancionar** celebrada en Creta (mayo de 1981) bajo la dirección del Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología, Prof. Denis Szabo.

Aquí nos limitamos al problema — más difícil — de las sanciones en derecho penal económico, cuya eticidad se discute con argumentos especialmente sólidos, algo así como también, con razones peculiares, en el derecho penal de tráfico.

Los estudios de moral social económica pueden iluminar algo este campo, pero poco pues están faltos de una puesta al día científica, como aparece en el atinado artículo de J. M^a RODRIGUEZ CARRASCO (20).

Algunas acciones tipificadas como delito económico no encuentran un reprochamiento general suficientemente fuerte; así sucede con el fraude fiscal en muchos países, y en gran parte del Estado Español (21). En otros casos se considera que la sanción civil y/o administrativa resulta más apropiada (22).

(19) HANS-HEINRICH JESCHECK, "Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", en **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1 (1981), p. 3 y ss. especialmente pp. 49 y ss.

(20) Las posturas de la moral económica y social peca a veces de excesivamente distante y alejada de la realidad (en púlpitos y ciertas hojas parroquiales) o de excesivamente cercana a la lucha de clases (en las cárceles, casi en las trincheras del Tercer Mundo). Cfr. los trabajos de VON NELLBREUNING, RAFAEL BELDA, RICARDO ALBERDI, ANTONIO N. ORIOL y algunos pocos más, y tal o cual comentario a las Encíclicas pontificias de la problemática social. Véase JOSÉ M.^a RODRIGUEZ CARRASCO, "Reflexiones sobre ética, empresa y régimen fiscal", en **Económicas y Empresariales en la Universidad Nacional de Educación a Distancia**, n.º 7, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, s.a. (1978?), pp. 105 ss. con selecta bibliografía en inglés que es la menos deficiente.

(21) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, **Derecho Penal. Parte Especial**, Sevilla, 1976, pp. 481 ss. JOSÉ M.^a RODRIGUEZ DEVESA, "Problemas que plantea la posible criminalización de las infracciones tributarias: el delito tributario", en **XI Conferencia Técnica del Centro Interamericano de Administradores Tributarios**, 1976, pp. 457 ss. CORDOBA RODA, **Comentarios al Código Penal**, Tomo III, Barcelona, Ed. Ariel, 1978, pp. 1.006 ss. GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, **Presente y Futuro del Delito Fiscal**, Madrid, 1974. IDEM, "El nuevo delito fiscal", en **Civitas, Revista Española de Derecho Fiscal**, números 15-16 (1977), pp. 703 y ss.

(22) L. H. LEIGH/SUSANNAH BROWN, "Crimes in Bankruptcy", en **Economic Crime in Europe**, editado por L. H. Leigh, pp. 85 ss.

Alguien puede encontrar mentalidad equivocadamente clasista y otros tristes motivos, o por el contrario un noble reconocimiento de las propias — y ajenas — deficiencias, en la **Memoria elevada al Gobierno de S. M.** en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de septiembre de 1980, por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Juan Manuel Fanjul Sedeño, cuando se lee:

“(E)n relación a la delincuencia fiscal, lo reciente de la tipificación del delito fiscal y los conocimientos implícitos y explícitos que conllevan su persecución en el procedimiento penal pueden explicar que los Tribunales todavía no se hayan enfrentado (en la fecha que se cierra la redacción de este apartado) con ningún caso de esta naturaleza e, igualmente, que las memorias territoriales omitan toda referencia al tema” (23).

En Inglaterra y Australia han surgido críticas especiales respecto a la eticidad de la sanción penal en el campo de la legislación antitrust.

A medida que las leyes económicas se van — necesariamente — complicando en nuestra sociedad postindustrial resulta más difícil encontrar fundamentación y frontera clara para el reproche ético indispensable en estos delitos (24).

A veces no aparece culpabilidad suficiente en los acusados, dada la complejidad de las normas legales que ni el mismo tribunal llega a conocer, y que tropieza con más obstáculos al pretender dilucidar el caso concreto, sobre todo en el supuesto de tribunal por jurado.

Lógicamente, los tribunales a veces prescinden de la culpabilidad y se limitan a juzgar meramente las conductas objetivas que son de hecho perjudiciales a la comunidad. Así, en el campo económico, vuelve a surgir la fecunda discusión nunca acabada del **objetivismo** y finalismo en los delitos de tráfico (25).

En determinados supuestos de nuevas figuras delictivas, como cárteles y en materia de subvenciones o de abuso de capital social, o de delitos

(23) **Memoria Elevada al Gobierno de S.M.**... Madrid, Inst. Ed. Reus, 1980, p. 97. (Por “desgracia” -sta y otras publicaciones del Gobierno, como son las Memorias de Instituciones Penitenciarias y las Estadísticas Judiciales, no están al alcance del público pues resulta prácticamente imposible su adquisición en las librerías y su consulta en las bibliotecas públicas, universitarias etc.).

(24) JANEZ PECAR, “White-Collar Crime and Social Control”, en *International Journal of Criminology and Penology*, Vol. 3, n.º 2 (mayo 1975), pp. 191 ss.

(25) A. BERISTAIN, “Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico”, en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 93 ss. JUAN CORDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 19 ss., 46 ss. KLAUS TIEDEMANN, “Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 37 (12 sept. 1979) pp. 1850 ss.

transnacionales, las dificultades procesales alcanzan cotas insuperables para los magistrados ordinarios y para el jurado (26).

Algunos tratadistas, principalmente entre los sociólogos, opinan que, éticamente hablando, la respuesta a las infracciones en el terreno económico debe limitarse a las sanciones civiles y administrativas sin entrar en lo penal. Por lo tanto, la autoridad judicial no debe intervenir pues basta la actuación de los individuos privados quizás reunidos en grupos (asociaciones de vecinos, asociaciones de consumidores...), o acudiendo a instituciones gubernamentales o paragubernamentales, pero evitando el exceso de burocracia y profesionalización que, según ciertos autores, cubre gran parte del derecho punitivo (27).

A este respecto merecen tomarse en consideración algunos estudios antropológicos de sociedades y culturas primitivas, pero resulta difícil deducir conclusiones evidentes, a gusto de todos, aplicables a situaciones tan diversas.

La historia de Euskadi puede probablemente iluminar este campo. Pero, quizás un mismo hecho histórico se interprete en dos sentidos diametralmente opuestos. Mientras para unos la policía popular durante la Edad Media en el País Vasco fue eficaz, para otros, como GOROSABEL, no lo fue (28).

Frente a estas y otras objeciones contra la eticidad de las sanciones penales en el derecho penal económico, nosotros respondemos que la sanción penal debe o debería tender a desaparecer en un futuro más o menos próximo, pero en las circunstancias actuales tiene eticidad suficiente, pues, ante el fracaso de los otros medios, en casos de verdadera necesidad el juez penal se ve obligado a actuar como *ultima ratio* para evitar que impere la ley del más sinvergüenza, sin las garantías personales del proceso legal.

Es decir, opinamos que algunas sanciones penales en el derecho penal económico son lícitas porque, mientras no cambien mucho las circunstancias sociales y jurídicas de hoy, resultan indispensables y además, como lo intentaremos mostrar a continuación, eficaces.

(26) L. H. LEIGH/S. BROWN, "Crimes in Bankruptcy", en *Economic Crime in Europe*, editado por L. H. Leight, pp. 188 ss.

(27) JAMES P. BRADY, "Fresh Winds on Rotted Sails: Spanish Legal Reforms, American Parallels, and the Cuban Socialist Alternative. A Reply to ANTONIO BERISTAIN", en *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 9, Num. 2 (mayo 1981), pp. 177 ss. (con traducciones e interpretaciones más subjetivas que objetivas).

(28) GOROSABEL, Volumen III, *Noticias de las Cosas Memorables de Gulpúzcoa*, Bilbao, Ed. Gran Enciclopedia Vasca, 1972, pp. 199 ss., pp. 154 ss. y 202 ss. A. BERISTAIN/M.^a A. LARREA/R. M.^a MIEZA, *Fuentes de Derecho Penal Vasco (Siglos XI-XVI)*, Bilbao, La Gran Enciclopedia Vasca, 1980, pp. 180 ss., 210 y 235.

4º) Amplitud de su prevención general y especial

Se ha investigado todavía poco, empíricamente, acerca de la necesidad y eficiencia de las sanciones en la delincuencia económica (29). Pero, parece que pueden considerarse beneficiosas en el terreno de la prevención general, y — aunque menos — en algunos aspectos de la prevención especial. Sin embargo, generalmente se niegan resultados positivos cuando se trata de la reinserción social en sentido estricto, como un sector de la prevención especial.

Digamos algo acerca de estos temas, con mayor detención respecto al último, en el cual disintimos de la opinión mayoritaria.

Tres factores dificultan especialmente la eficacia de las sanciones penales en los delitos económicos:

1º) La esperanza de quienes realizan estas acciones de no ser sancionados o, en caso de que se les imponga una sanción, que ésta sea muy leve. Por desgracia, las estadísticas y la realidad prueban que esta esperanza tiene serios fundamentos.

2º) Las dificultades y la lentitud en el proceso, especialmente en lo que respecta a la averiguación y limitación de la culpabilidad.

3º) La conciencia del delincuente de que actúa dentro de la moral de "frontera"; es decir, no se considera a él como delincuente, y el medio ambiente que le rodea tampoco le considera como tal (30).

Acerca de la fuerza intimidadora de la sanción penal, de su valor como instrumento configurativo y de interiorización de los valores sociales etc., hay campos no estudiados todavía suficientemente, como indican H. G. GRASMICK y otros (31).

A pesar de todo, no pocos tratadistas consideran las sanciones penales en el campo de la delincuencia económica eficientes e indispensables respecto a la **prevención general**, aunque reconocen la escasez y la dificultad de pruebas empíricas dado el volumen tan alto de su cifra negra. Según ellos, el derecho penal con sus correspondientes sanciones, logra motivar a los

(29) KLAUS TIEDEMANN, "Criminalité et abus de pouvoir: délits et délinquants au dessus de la loi?", en *Rapport Général de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire*, Milan, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 1980, pp. 20 ss.

(30) CHERIF BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, Illinois, Charles C. Thomas, 1978, pp. 344 ss.

(31) HAROLD G. GRASMICK, "The strategy of deterrence research: a reply to Greenberg", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 72, Num. 3 (1981), pp. 1.102 ss. Véase también, desde otra perspectiva y con referencias a la descriminalización y la prevención general, TULLIO PADOVANI, *L'Utopia Punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 255 ss.

ciudadanos en general, y reforzar las normas correspondientes; consigue intensificar una positiva interiorización de los cauces justos para el progreso y desarrollo de la economía nacional. Con otras palabras, las sanciones penales contribuyen a que los posibles — futuribles — delincuentes no cometan más crímenes económicos por la intimidación que les produce el saber que la ley y la práctica judicial-penitenciaria responden a esas conductas con sanciones penales severas y desagradables en grado máximo. Son el último recurso en manos de la autoridad encargada de mantener y desarrollar los derechos humanos, la Justicia y la convivencia, cuando ya han fracasado todos los demás.

Hay ejemplos concretos a este respecto, *verbi gratia* en el sector de la urbanización y de la contaminación ambiental. Algunas instituciones gubernamentales — locales y estatales — han acudido al legislador pidiendo normas y sanciones penales ante la experiencia de la ineficacia de las leyes y sanciones administrativas, a pesar de (o porque) éstas, más de una vez, entran en el campo penal.

En este tema tiene vigencia todavía la afirmación de CARRARA: “la pena reafirma la opinión pública de seguridad y de confianza”. Así se cumple uno de los fines del derecho penal económico, como antes hemos indicado: proteger el orden económico, mantener o restablecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales y/o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la economía.

También parece claro que la ética social, tan necesaria en el mundo económico (víctima, a veces, de inflaciones políticas y devaluaciones morales), se logra restablecer mediante la sanción penal, después del fracaso de los otros remedios jurídicos o extrajurídicos.

Si pasamos ya a la **prevención especial**, o sea, a los efectos que la sanción produce en el condenado para evitar su reincidencia, se suele reconocer cierta eficacia de las penas y medidas penales inocuizadoras, en grado mayor o menor. La clausura de una empresa, la suspensión del derecho a contratar, la supresión de subvenciones, la disolución de una sociedad, la inhabilitación, y otras sanciones similares tienen indudablemente relevante eficacia.

Algunos estudios muestran bastantes puntos débiles de estas sanciones, por ejemplo, al constatar que la inhabilitación puede privar a las personas de su trabajo profesional, y, así, resultar el remedio peor que la enfermedad, como se dice vulgarmente.

Estos temas no los desarrollamos aquí por ser más o menos coincidentes con las sanciones imponibles a los delincuentes comunes.

En cambio, merece especial consideración el problema de la **resocialización** respecto a los delincuentes económicos. Generalmente los más autorizados especialistas, como indica el Prof. BAJO, niegan la posibilidad

de reeducación a estas personas desde varios puntos de vista. Principalmente porque se considera que poseen alto grado de socialización⁽³²⁾.

La objeción suele formularse, poco más o menos, así: la sanción penal nunca será eficaz en el aspecto importante de la reinserción pues el delincuente económico ya está inserto, y no necesita tal reinserción.

En este sentido se expresan muchos especialistas. Su gran autoridad me obliga a hablar con temor de equivocarme al exponer mi opinión contraria. Pero, permítaseme indicar en qué dimensión y por qué argumentos discrepo de la tesis mayoritaria.

Quizás esta tesis se apoya parcialmente en una injusta opinión pública que describe con acierto la Memoria del Fiscal General del Estado⁽³³⁾, cuando dice:

“A diferencia de lo que ocurre con delitos clásicos, como el homicidio, el robo, el secuestro o la violación, en el campo que estamos analizando, la **imagen** del tipo penal se **diluye**, las apariencias externas de licitud debilitan la **conciencia de rechazo**. Y todavía las dificultades se acentúan por los obstáculos con los que tropiezan la persecución y la prueba, ya que normalmente tienen como **substratum** un conglomerado sutil y laberíntico de relaciones económicas, que unas veces son efecto de la propia dinámica social y otras veces son la cobertura maliciosamente construida para disimular precisamente las relaciones auténticas, a cuyo fin puede surgir una espesa malla de personas jurídicas “anónimas”, incluso con dimensión internacional...”

Debemos reconocer con sonrojo el trato indulgente de favor que por motivos complejos — inconscientes en parte — tanto el legislador como el sistema judicial y penitenciario como los moralistas otorgamos a la delincuencia y a los delincuentes de cuello blanco⁽³⁴⁾.

Se afirma que los autores de delitos económicos no necesitan reeducación pues, por definición, como hemos indicado antes, son personas que están bien educadas, son personas “of respectability and high social status” (SUTHERLAND), “well-to-do individuals...” (POSNER). A la luz de las

(32) MIGUEL BAJO FERNANDEZ, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, Madrid, Civitas 1978, pp. 81 ss. MIGUEL BAJO FERNANDEZ, “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 5 (1978), pp. 3 ss. KLAUS TIEDEMANN, “Criminalité et abus de pouvoir: délits et délinquants au dessus de la loi?”, en *Rapport Général de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire*, Milan, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 1980 p. 23. L. H. LEIGH, Rapport presentado en Council of Europe, “Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires”, Strasbourg, 15-18 nov. 1976, pp. 93 ss.

(33) *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. en la Solemne Apertura*, Madrid, Ed. Reus, 1980, p. 87.

(34) AGUSTÍN FERNANDEZ ALBOR, *Estudios sobre la Criminalidad Económica*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 11 ss. JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *En Torno a los Delitos Contra la Libertad y Seguridad en el Trabajo*, Murcia, 1972, p. 21.

teorías tradicionales, los delincuentes económicos son "caballeros honrados", de la mejor sociedad.

Esta manera de argumentar falla quizás en algunos puntos básicos. El concepto de reeducación y/o reinserción que manejan los penalistas clásicos no es aplicable a los delincuentes económicos, como tampoco su concepto de delito y/o de delincuente, que casi exclusivamente se refiere al delito y delincuente común o político. Pero, si se revisan los criterios más fundamentales se puede abocar a conclusiones nuevas o innovadoras, distintas de las hoy mantenidas por la mayoría.

Si partimos del principio de que los delitos económicos tipificados en la legislación penal — primera y segunda, en terminología de P. MACNAUGHTON-SMITH⁽³⁵⁾ — son acciones culpables que atentan o ponen en peligro el orden económico justo (democráticamente aprobado), la conservación, la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios indispensables para la comunidad; y si consideramos como personas socializadas aquellas que no cometen delitos graves, se puede deducir que los delincuentes contra la economía carecen del grado necesario de socialización, en el sentido técnico de la palabra, aunque conozcan y practiquen a la perfección las reglas de cómo portarse en la mesa, y cómo saludar y cómo vestir.

Quienes entendemos por reinserción social la capacitación para vivir en sociedad sin infringir notablemente las leyes penales, hemos de concluir que los autores de delitos económicos necesitan algo — llámese tratamiento o reeducación o **repersonalización** — para ser reinsertados en la sociedad, para que no vuelvan a delinquir, pues su acción delictiva muestra que sus interpretaciones desfavorables de la ley preponderan sobre sus interpretaciones favorables, en sentido de la **differential association**, de Ed. H. SUTHERLAND. Es decir, si no cambian su talante, su **Gesinnung**, recaerán en la delincuencia⁽³⁶⁾. La facilitación de esa "mejora" interior habita — o

(35) P. MACNAUGHTON-SMITH, "The Second Ccde. Toward (or Away from) an Empiric Theory of Crime and Delinquency", en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 5 (1969), pp. 189 y ss. CARLOS JIMENEZ VILLAREJO, "La Justicia ante la delincuencia socio-económica", en *El Viejo Topo*, 58 (julio 1981), pp. 6 ss.

(36) La compleja problemática contemporánea exige un replanteamiento básico: Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 61 ss. A. BERISTAIN, "Fines de la pena. Importancia, dificultad y actualidad del tema", en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 28 ss. JOSÉ RAMÓN CASABO RUIZ, "El fundamento de las medidas de seguridad, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*", Valencia Publ. Universidad 1974, pp. 37 ss. ANTONIO GARCIA PABLOS DE MOLINA, "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo", en *Anuario de Der. Penal* (septiembre 1979), pp. 645 ss. SANTIAGO MIR PUIG, "Problemática de la pena y seguridad ciudadana", en *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 1 (enero-marzo 1981), pp. 179 ss. *Idem*, "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito", en *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 107 ss. IGNACIO MUNAGORRI LAGUIA, *Sanción Penal y Política Criminal. Confrontación con la Nueva Defensa Social*, Madrid, Reus, 1977, pp. 133 ss. FERRANDO MANTOVANI,

debe habitar — en el fondo de cualquier sanción penal que merezca el adjetivo de humana⁽³⁷⁾.

Esta peculiar repersonalización ha de lograrse por medios más o menos diversos — más o menos inherentes a la simple pena — que no podemos desarrollar ahora: quizás por el “susto” y la estigmatización de una condena judicial, por el “golpe” de una multa, por el tratamiento psico-sociológico, por el dolor de la privación de un derecho económico o profesional o de libertad⁽³⁸⁾. La aceptación verdaderamente libre del condenado será indispensable cuando se acude a ciertos tratamientos médicos, psicológicos, psiquiátricos etc.; es decir, siempre que se pretenda añadir algo al mínimo exigido por la sanción penal impuesta en la sentencia. El derecho penal del terror ha de evitarse por todas las técnicas a nuestro alcance⁽³⁹⁾.

5º) Objeciones contra la privación de libertad

Otros criminólogos rechazan la reinserción social en los delincuentes económicos por motivos y en aspectos distintos. Especialmente critican la

Diritto Penale. Parte Generale. Padova, Cedam, 1979, pp. 665 ss. SERGIO GARCIA RAMIREZ, “Problemas fundamentales del Tratamiento Penitenciario”, en *Rev. Mexicana de Ciencias Penales*, n.º 1, año 1 (enero-junio 1978), pp. 53 ss. Merece recordarse la opinión, de RUIZ-VADILLO “Los delitos contra el orden socio-económico”, en *Anuario de la Escuela Judicial* n.º XIII (julio 1981), pp. 233 ss.: “El concepto de reeducación y reinserción necesita de ciertas precisiones: Una persona delincuente en potencia o en acto puede estar “formalmente” incorporada a la sociedad, aunque viole sus normas penales, y otra persona absolutamente marginada de ella puede no quebrantarlas. En el primer caso sería necesaria la reeducación, en el segundo la reinserción, independientemente de los aspectos jurídico-punitivos existentes. Igualmente considero importante insistir en una idea que me parece esencial: La prisión no debe servir para convencer a los prisioneros de que el modelo social en que se vive (que puede ser objetiva y subjetivamente mejor o peor que el deseado por el preso), es el óptimo, sino más sencillamente acostumbrarle, razonablemente, a aceptar el cumplimiento de las leyes penales, y en este sentido, todo delincuente necesita reeducación porque el delincuente demostró precisamente la no aceptación de las normas jurídico-penales que son como la base mínima e indispensable de una convivencia pacífica.”

(37) HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, vol. I, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 35 ss.

(38) HANS-HEINRICH JESCHECK, “Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, en *ZStW*, 1 (1981), pp. 51 ss. ROGER GARAUDY, *Parole d'Homme*, Paris, Ed. R. Laffont, 1975, pp. 47 ss. J. LASSO DE LA VEGA, *El Dolor y la Condición Humana en el Teatro de Sófocles*, Barcelona, 1971, 65-66. “El dolor labora en zonas profundas, en sus entrañas y redaños que se iluminan de conciencia y adquieren expresión cuando el dolor llega a su extremo... El dolor nos prohíbe seguir representando nuestra comedia... En su experiencia más aguda ésa es la excepcionalidad del dolor, que lleva al hombre a la abnegación, esto es, a la negación de cuanto no constituye su yo auténtico. Lo obliga a aligerar la nave y volver a lo esencial.”

(39) MANUEL COBO DEL ROSAL, “Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 63 (marzo-junio 1976), pp. 267 ss. La eficacia de la prevención general (y especial) hoy exige más armonía con el humanismo, la proporcionalidad y la libertad, como indican W. HASEMER, K. LÜDERSEN, W. NAUCKE: *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt/M., 1979, pp. 7 ss.

resocialización mediante las sanciones privativas de libertad. Sus objeciones (y nuestras correspondientes respuestas) pueden aplicarse, en cierto sentido, también a las otras sanciones. Pero, por ahora nos referimos casi exclusivamente a las privativas de libertad.

La cárcel — dicen, apoyándose en diversos argumentos — nunca repersonalizará al delincuente de cuello blanco porque éste no puede “nacer de nuevo”. Se portará muy bien dentro de la prisión, pero en cuanto salga a la calle, en cuanto se siente en su despacho y en cuanto disponga del talonario y de “amigos inteligentes e influyentes”, volverá a “aprovecharse”, a delinquir. A él se le debe aplicar el refrán “genio y figura hasta la sepultura”.

Esto sucederá si es delincuente profesional. Si es ocasional o situacional, su reincidencia dependerá de la ocasión o la situación.

Además — continúan los objetores — la prisión aunque (y para que) consiga repersonalizar, conlleva gastos excesivos, especialmente cuando se trata de criminales “educados”. Cuesta más dinero que lo robado por los delincuentes. Aumenta las desigualdades económicas y sociales entre los ciudadanos. Por si lo dicho fuera poco, la cárcel destroza el psiquismo de muchos prisioneros, y produce graves perjuicios a sus familiares⁽⁴⁰⁾.

Estas opiniones se basan en pruebas muy serias, pues algunas cárceles parecen cementerios⁽⁴¹⁾. Pero, si las consideramos despacio, veremos que no abocan a conclusiones tan unilaterales como algunos propugnan.

Los especialistas en las ciencias de la conducta humana (baste recordar a GEHLEN, LERCH y C. ROGERS) afirman que la persona conserva durante toda su vida una estructura **necesitada y abierta** a nuevas relaciones y socializaciones⁽⁴²⁾. La personalidad es un proceso continuo, imparabile y hasta transcendente⁽⁴³⁾.

(40) A. BERISTAIN, “La cárcel como factor de configuración social”, en *Documentación Jurídica*, n.º 17 (enero-marzo 1978), pp. 165-180. CARLOS GARCIA VALDES, *Introducción a la Penología*, Madrid, Publ. Instituto de Criminología, 1981, pp. 135 ss. ELÍAS NEUMAN, *Prisión Abierta. Una Nueva Experiencia Criminológica*, Buenos Aires, Depalma, 1962, 2.ª edición (en prensa).

(41) A. BERISTAIN, “Las cárceles no deben ser cementerios”, en *Estudios de Criminología Vasca*, Bilbao, Ed. Mensajero, 1982 (en prensa).

(42) J. ROF CARBALLO, *El Hombre como Encuentro*, Madrid, 1973, p. 61. “Todo encuentro importante es, por un lado, confirmativo, reencuentro; por el otro, prospectivo, inaugurador de nuevos encuentros... No puede considerarse trascendente un encuentro que no tenga carácter germinal. O, mejor dicho, programatorio. Llave de futuros encuentros, otero desde el que divisar horizontes que sin él no hubieran sido perceptibles, instrumento que nos permite el acceso a mundos nuevos.” C. ROGERS, *El Proceso de Convertirse en Persona*, Buenos Aires, 1975, pp. 168 ss. “La vida plena es un proceso, no una situación estática. Es una orientación, no un destino. La orientación que constituye una vida plena es elegida por el organismo en su totalidad siempre que disfrute de una libertad psicológica que le permita moverse en cualquier dirección... Resulta profundamente estimulante que cuando el ser humano disfruta de libertad interior elige como la vía más satisfactoria este proceso de llegar a ser.”

(43) NENA & GEORGE O'NEILL, *Die offene Ehe. Konzept für einen neuen Typus der Monogamie*, Hamburgo, Rowohlt, 1975, p. 152.

El refranero popular "genio y figura hasta la sepultura" no es tan pesimista como pretenden quienes niegan a nuestros delincuentes (sobre todo los primarios) la posibilidad de apartarse del camino del crimen. No se refiere a estas personas en cuanto infractores. Faltan argumentos científicos para etiquetar a la mayoría de los delincuentes económicos como incorregibles. Los hay — y no pocos — corregibles. Las estadísticas sobre este tema no alcanzan todavía datos convincentes en sentido tan pesimista.

Tampoco parece totalmente convincente la objeción de que la cárcel, aunque resocialice, "cuesta" demasiado y, por lo tanto, no resulta eficaz, o no compensa (44). En nuestra opinión, buena parte de esas dificultades prueban lo opuesto en el sector de la criminalidad económica. Los perjuicios que producen los clásicos delitos contra la propiedad quizás no alcanzan los costos de la cárcel y el aparato judicial; pero, los delitos de cuello blanco producen daños mucho mayores. Para evitarlos, hoy en día, merece la pena el gasto del sistema judicial-penitenciario. Esperamos y deseamos que en un futuro, más o menos próximo, cambien radicalmente las circunstancias, pero en la actualidad hay que encarar los problemas con realismo y constatar las dimensiones incalculables del perjuicio dinerario nacional si se prescinde de la cárcel para los delincuentes a que nos estamos refiriendo en nuestro estudio.

De similar manera se puede responder a quienes opinan que la sanción penal aumenta las ya existentes desigualdades económico-sociales. Estas sanciones, especialmente la multa y la cárcel, aplicadas a los delincuentes de cuello blanco disminuyen las diferencias económicas y sociales, si aquélla es proporcionada a la posición del delincuente, según el sistema de días-multa en el Proyecto de Código Penal español de 1980, art. 55 (45), y si ésta es cárcel común para todos.

La objeción de que la prisión destroza al interno e incluso — aunque menos — a sus familiares no posee tanta fuerza si se trata de penas cortas. En los delitos económicos se aconseja que la duración sea breve pues se utiliza a modo de "electroshock", según observó hace años AYA GOÑI, y según constatan algunas estadísticas contemporáneas, como las que transcribe POSNER (46).

(44) Cfr. TULLIO PADOVANI, *L'Utopia Punitiva. Il Problema delle Alternative alla Detenzione nella sua Dimensione Storica*, Milano Giuffrè, 1981, con amplia y valiosa documentación.

(45) A. BERISTAIN, "La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad", en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 451 ss. *Idem*, "La multa en el Derecho Penal Español", en *Rev. Gen. Leg. Juris* (abril 1976), pp. 325 ss.

(46) Fuente: 1977 Sourcebook of Criminal Justice Statistics, pp. 552-553; en RICHARD A. POSNER, "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", en *American Criminal Law Review*, 1980, Vol. 17, pp. 412 ss.

CLASE Y CUANTÍA (DURACIÓN) DE LAS SANCIONES FEDERALES EN ESTADOS UNIDOS (AÑO 1977)

Tipo de delito	Número de condenas	Número de presos	Promedio de meses de internamiento	Número de multas
Total	40.112	18.478	47.2	3.198
Homicide	108	84	125.1	0
Robbery	2.286	2.031	134.3	0
Embezzlement	1.650	289	22.4	14
Fraud, total	3.691	1.234	22.7	222
Income Tax	1.157	340	15.4	68
Lending Institutions .	390	121	18.4	12
Postal	938	404	31.1	37
Securities and Exchange	86	40	45.7	12
Federal Statutes, total .	4.208	565	29.7	1.501
Antitrust	175	1	No consta	137
Food and Drug Act .	103	6	No consta	78
Customs Laws	182	36	19.9	34
Motor Carrier Act ..	105	0	No consta	97
Agricultural Acts ...	459	3.7	20.0	203
Migratory Bird Laws .	894	17	No consta	621
Postal (other than fraud obscenity, and embezzlement)	1.003	150	7.6	32

En el sentido que estamos defendiendo han de leerse las Constituciones de España, de Italia y de otros Estados que establecen claramente la finalidad resocializadora de las sanciones privativas de libertad⁽⁴⁷⁾. Por desgracia, la realidad sociológica queda muy rezagada, sin preocuparse por cumplir las metas señaladas en la Constitución. Nada se soluciona rebajando la meta repersonalizadora.

La Constitución española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38), y en repetidas ocasiones señala

(47) Además de los arts. 1.º y 25 de la Constitución española de 1978, debe tenerse en cuenta el art. 1.º de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979: "Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados." Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, "Problemática de la pena y seguridad ciudadana", en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1 (enero-marzo 1981), pp. 190 ss. Cfr. JOSÉ M.ª STAMPA BRAUN, ENRIQUE BACIGALUPO, *La Reforma del Derecho Penal Económico*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1980, pp. 24 ss. CESARE PEDRAZZI, "Problemi di tecnica legislativa", en *Comportamenti Economici e Legislazione Penale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 18 ss.

los hitos de una economía más justa que oriente a los penalistas dentro de un programa de política económica más igualitaria, más centrada en el hombre, no en el capital ni en el Estado. Su art. 53, 3, encarga al legislador, a las instituciones judiciales y a los poderes públicos que procuren el reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos económicos y sociales (medio ambiente, distribución de la renta regional y personal más equitativa etc.) formulados en sus arts. 39 y siguientes, que constituyen parte del bien jurídico protegido en los delitos que ahora estudiamos. El art. 9, 2, declara que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica⁽⁴⁸⁾, cultural y social. Por fin, el art. 31 determina que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad⁽⁴⁹⁾.

La exigencia elemental de la igualdad debe armonizarse con la, no menos elemental, de la libertad; armonización que con frecuencia originará serios conflictos pues, como universalmente se reconoce (e incluso KARL MARX lo repite), todos tenemos derecho a ser diferentes o desiguales. Dicho con fórmula más moderna, "la idea del igualitarismo contradice a la de libertad, porque la libertad engendra inevitablemente desigualdad, y la igualdad engendra no-libertad"⁽⁵⁰⁾.

El legislador y, más aún, el juez han de tener siempre presente el espíritu de la Constitución y el espíritu de nuestro tiempo para desarrollar diariamente su función política de realizar una constante y dinámica reconstrucción del ordenamiento positivo judicial-penitenciario para adecuarlo a los nuevos principios constitucionales a la luz de una interpretación progresiva más que técnica (en el sentido tradicional de la palabra)⁽⁵¹⁾.

6º) Necesidad y límites de la repersonalización

Las sanciones penales, como hemos intentado mostrar, pueden resultar efectivas para la prevención general y especial e incluso en el ámbito de la resocialización. Todavía conviene añadir algo más importante: las sanciones penales necesitan cultivar una dimensión resocializadora, o, dicho con otras palabras, positiva y beneficiosa para el condenado. Si no, deben considerarse ilícitas, pues la repersonalización es requisito indispensable, aunque no

(48) Subrayado nuestro.

(49) Subrayado nuestro.

(50) GERHARD LEIBHOLZ, "Representación e identidad", en KURT LENK/FRANZ NEUMANN, *Teoría y Sociología Crítica de los Partidos Políticos*, trad. de IGNACIO DE OTTO, Barcelona, Ed. Anagrama, 1980, p. 205.

(51) Memoria Elevada al Gobierno de S.M. en la Solemne Apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1981 por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. José María Gil-Albert y Velarde, Madrid, Reus, 1981, pp. 7 y ss.

fundamento de la sanción. Su fundamento y su límite son la necesidad y la culpabilidad. Veamos ahora brevemente estos dos puntos.

Algunos especialistas exigen que la sanción penal, particularmente en los delitos económicos, sea unidimensional, es decir, puramente retributiva, represiva, un mal (52). Afirman que la finalidad reeducadora de la sanción por una parte presupone una falsa concepción del delincuente como un individuo enfermo, anormal, estigmatizado, y, por otra, aboca a un empleo excesivo de las sanciones penales. Pero, en mi opinión, estas teorías adolecen de angelismo y de reduccionismo.

Aquellos utópicos propugnadores del tratamiento reeducador de los años 50-60 llegaron a exageraciones como la de retener en prisión más tiempo del permitido por la culpabilidad, para el supuesto fin reeducador. En Norteamérica la arbitrariedad judicial, tan superior a la que se admite en Europa, abocó a excesos verdaderamente delictivos. Tales abusos motivan ahora, por reacción, un rechazo también exagerado de la meta repersonalizadora (53).

ANTON ONECA, hace casi cuatro décadas, trató ya atinadamente el problema en su lección inaugural, en la Universidad Salmanticense (54).

Evitando apasionamientos — incluso bien intencionados —, conviene recordar que la mayor o menor necesidad de tratamiento no justifica la pena. Esta nunca puede rebasar el límite de la culpabilidad, so pretexto de beneficiar al condenado.

Frente al delincuente, por eso mismo que es, y en cuanto es una persona normal (no enfermo, ni malo), la ley y el juez, al responder a su acción con una pena, deben contestarle con algo que no sea mero mal, que no sea mero sufrimiento. Hace ya mucho tiempo que se superó el concepto de la pena como *malum passionis*, de BOECIO. La respuesta de la sociedad tiene que enseñarle a no volver a infringir las leyes. Según dice el art. 59. 2, de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979. "El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades". No se olviden las reflexiones de BETTIOL y otros autores para considerar la sanción penal como un bien (55), para ver en ella algo beneficioso para el condenado, aunque no exclusivamente eso.

(52) MARTIN R. GARDNER. "The Renaissance of retribution — An examination of Doing Justice", en *Wisconsin Law Review*, 1976, pp. 78 ss.

(53) JACQUELINE BERNAT DE CELIS, Présentation du rapport du Professeur DAVID FOGEL "Le débat américain sur la Politique de sentencing: dix années de combat". Ponencia sostenida en el Centre de Recherches de Politique Criminelle en la Journée d'étude sur les grandes orientations de politique criminelle des pays de l'Amérique du Nord, Paris, mayo 1981.

(54) JOSÉ ANTON ONECA, *La Prevención General y la Prevención Especial en la Teoría de la Pena*, Salamanca, Imprenta "Cervantes", 1944.

(55) A pesar de sus ataques contra las medidas y la reeducación, considera la pena como un bien. Cfr. GIUSEPPE BETTIOL, "Sul diritto penale cristiano", en *L'Indice Penale*, n.º 3 (sept.-diciem. 1980), p. 474. A. BERISTAIN, *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo. Teoría, Legislación Positiva y Realización Práctica*, Madrid, Reus, 1974, pp. 49 ss.

Quienes opinen lo contrario, quienes mantengan la mentalidad boeciana, difícilmente podrán argumentar contra la pena de muerte abolida en tantas Constituciones estatales y en tantos documentos supranacionales de mayor rango.

La ideología de clase que consideraba al delincuente como un enfermo o como una persona mala en sentido absoluto, hoy ha sido superada. Cuando una persona normal que actúa libre de coacciones internas y externas infringe las leyes graves — todas las leyes penales son graves o deben serlo —, lo hace por motivos diversos que, más o menos, explican los especialistas. En cierto sentido, se puede decir que cada delito proviene de un proyecto vital **asocial relativamente constante**, pues las opciones fundamentales brotan y cambian pocas veces en la vida.

Este proyecto vital asocial — consciente e inconsciente — no basta para justificar la sanción penal pues sería caer en la *Lebensführungsschuld*, en el derecho penal por la orientación de la vida⁽⁵⁶⁾, en el derecho penal de autor. Pero, tampoco se debe creer en la segmentación puntual de la conducta humana, pues los hechos aislados van concatenados unos con otros, sin solución de continuidad. Este proyecto vital asocial debe ser objeto de evaluación y — dentro de los límites de la culpabilidad — de corrección para no mantener el derecho penal de espaldas a las ciencias del hombre, y de espaldas a la dignidad de la persona-sujeto.

Todo aquel que rechace esta concepción antropológica no dará importancia a los problemas del error en la dogmática jurídico-penal, quizás borrará del mapa la dimensión de reprochabilidad y de justicia, y difícilmente distinguirá entre sanción civil y penal⁽⁵⁷⁾.

En pocas palabras, si se considera al hombre como sujeto, no como mero objeto, cuando realice acciones reprochables surgirá la necesidad y la posibilidad de pedirle que corrija libremente la dirección de su opción fundamental, para que “no vuelva a las andadas”, para que no incumpla más las leyes protectoras del orden económico y de los derechos de la persona.

Amplias reflexiones merecería el estudio de cuáles son las sanciones más o menos eficaces en el campo que estamos estudiando. Personalmente opino que una atinada política criminal debe acudir con más frecuencia a la multa que a la privación de libertad, excepto en supuestos que requieren el internamiento, entre otras razones para evitar agravios comparativos pues no pocos códigos penales, y no pocos jueces sancionan más severamente algunos delitos contra la propiedad que otros delitos contra el orden económico, aunque aquéllos perjudiquen mucho menos a la sociedad.

(56) EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ediar, 1979, pp. 446 ss. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale. Parte Generale*, 10 ed., Padova, Cedam, 1978, pp. 376 ss.

(57) JOSÉ CEREZO MIR, “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo”, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, Ed. Universidad, 1976, pp. 69 y ss.

7º) Apología parcial de las multas

Parece oportuno formular ahora unas consideraciones, aunque sea con estilo telegráfico, acerca de las multas. Estas, probablemente, deben aplicarse más que la cárcel a los delincuentes económicos porque resultan menos inhumanas que la privación de libertad, más eficaces en varios sentidos, y más aplicables a las personas jurídicas. Pero, como acabamos de decir, *corren el peligro de beneficiar comparativamente a los delincuentes de cuello blanco*. Empecemos por este punto para después comentar algo acerca de su eficacia y aplicabilidad a las personas jurídicas.

Hay que evitar — repetimos — los agravios comparativos. De hecho en Francia ⁽⁵⁸⁾ se observa que las sanciones impuestas a algunos delincuentes económicos son menos severas que las impuestas a los demás delincuentes, como prueba, por ejemplo, LASCOURMES al comentar los datos siguientes.

Delitos	Priv. libertad	Sursis	Multa	Otros	Total
En materia de astucia y negocios	1.809 8'7 %	4.435 21'3 %	13.854 66'5 %	730 3'5	20.828 100 %
En materia penal general	50.871 11'9 %	97.063 22'7 %	253.686 59'4 %	25.815 6 %	427.635 100 %

En España la legislación resulta injusta y escandalosa, por ejemplo cuando el número tercero del art. 528 del Código Penal impone la pena *de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses de privación de libertad)* para quien defraudare a otro más de 15.000 pesetas en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio; pero, en cambio, según el artículo 319 (renovado radicalmente por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre) a los delincuentes de cuello blanco que defraudan al Estado sólo se les impondrá esa pena privativa de libertad si concurren dos condiciones: que la cantidad defraudada supere los cinco (oscile entre cinco y diez) millones de pesetas y que, además (según una interpretación posible del texto legal), esa cantidad defraudada exceda de la décima parte de la cuota procedente. Por lo tanto, quien defrauda al

(58) PIERRE LASCOURMES, "Sur quelques données de base et base de données en délinquance d'affaires", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n.º 12 (diciembre 1980), p. 1.021.

Estado o a la Hacienda local nueve millones de pesetas cuando tenía que tributar noventa millones no sufrirá pena privativa de libertad alguna sino sólo una pena pecuniaria oscilante entre nueve y cincuenta y cuatro millones de pesetas. La irritante diferencia que media entre las sanciones correspondientes a estos dos delitos salta a la vista ⁽⁵⁹⁾.

Por lo expuesto, cuando pedimos para los delincuentes económicos penas pecuniarias más que penas privativas de libertad, pedimos también que a los demás delincuentes se les aplique mismo criterio. Así pretendemos empezar a terminar, en lo posible y reiterativamente — como SÍSIFO — con el actual derecho penal, para iniciar un derecho penal mejor, tal como sugería G. RADBRUCH.

Algunos especialistas piensan que la multa resulta menos eficaz que la privación de libertad ⁽⁶⁰⁾. Salvo excepciones, no conozco estudios empíricos amplios y serios referidos a la delincuencia económica en esta orientación ni en la contraria.

Contra los delitos económicos menos graves los jueces, en algunos países, suelen imponer más multas que privaciones de libertad. La propor-

(59) AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR, *Estudios sobre la Criminalidad Económica*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 10 ss. *Idem*, *El Delito Fiscal*. Conferencia en el Iltre. Colegio de Abogados de Vizcaya el 11 marzo 1981 (inédita). *Idem* "Política criminal de delito fiscal", en BUSTOS HORMAZABAL/FERNANDEZ ALBOR/TORIO LOPEZ/VIVES ANTÓN y otros, *Estudios Penales y Criminológicos V*, Santiago de Compostela, Pul. Universidad, 1982, pp. 45 ss. ALFONSO SERRANO GOMEZ, *Fraude Tributario (Delito Fiscal)*, Madrid, Ed. de Derecho Financiero, 1977, pp. 200 ss. C. VILADÁS JENE, "Business Crime in Spain", en L. H. LEIGH, *Economic Crime in Europe*, Londres, 1980, Macmillan, pp. 4 ss.

(60) La multa es la sanción más frecuente contra las personas jurídicas en las legislaciones penales de los países de nuestra cultura. R. SCREVEN, "Les sanctions applicables aux personnes morales", en *Atti della Conferenza organizzata dal Centro Inter. di Ricerche e Studi Sociologici, Penali e Penitenziari, La Responsabilità Penale delle Persone Giuridiche in Diritto Comunitario* (Messina, 1979), Milano, Giuffrè, 1981, pp. 165 ss. JOHN COLLINS COFFEE, Jr., "Corporate Crime and Punishment" en *American Criminal Law Review*, vol. 17:409, 1980. Cfr. Recomendación n.º R (81) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la criminalidad económica, en *Resolutions by the Committee of Ministers relating to crime problems*, Strasbourg, 1981. COUNCIL OF EUROPE, *Aspects Criminologiques de la Délinquance d'Affaires*, Strasbourg, 1978, pp. 100 ss. MIGUEL BAJO FERNANDEZ, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 78 ss. Ya el año 1971 SAINZ CANTERO escribió "Las sanciones tradicionales, perfectamente indicadas para otra clase de infracciones, resultan inapropiadas para los hechos delictivos que nos ocupan. La experiencia enseña que es inútil acumular multas o multiplicar penas de prisión... En las leyes económicas de carácter penal que presenta el panorama comparatista, junto a las sanciones tradicionales de privación de libertad y pecuniarias, se ofrecen otras que resultan muy adecuadas para los delitos económicos"... Cuadernos para el Diálogo, cit. JOSÉ A. SAINZ CANTERO, "La sustitución de la pena de privación de libertad", en *Estudios Penales II. La Reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, Ed. Universidad, 1978, pp. 215 ss. KLAUS TIEDEMANN, *Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Juristenzeitung*, Núms 15/16 (15 agosto 1980), pp. 489 ss. Traducción española en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 14, pp. 200 ss.

ción difiere algo cuando la gravedad de los delitos aumenta, como lo muestran, respecto a las quiebras en Gran Bretaña, los datos de LEIGH y BROWN (61).

SANCIONES SEGUN LA EDAD Y EL SEXO

Sexo	Probation and conditional discharge	Fine	Suspended imprisonment	Imprisonment (months)				Total
				0-11	12-35	36	+	
(a) Crow Court								
1974	M	2	0	16	4	9	0	31
	F	1	0	0	0	0	1	2
1975	M	4	1	26	4	3	2	40
	F	2	0	3	0	0	0	5
Total		9	1	45	8	12	3	78
		(12%)	(1%)	(48%)	(10%)	(15%)	(4%)	(100%)
(b) Magistrates' court								
1974	M	15	95	32	4	0	0	146
	F	2	2	1	0	0	0	5
1975	M	15	69	39	2	2	0	127
	F	1	0	2	0	0	0	3
Total		33	166	74	6	2	0	281
		(12%)	(59%)	(26%)	(2%)	(1%)	(0%)	(100%)

COFFEE y otros critican la eficacia de las sanciones pecuniarias (especialmente cuando se imponen como sanciones administrativas, sin el reproche de condena penal) porque pueden y suelen ser desproporcionadas a las ganancias obtenidas, y porque la empresa o la sociedad fácilmente las cubre computándolas en el capítulo de costos o en los precios de venta. Además, los delincuentes económicos pueden ocultar, dentro o fuera de su nación, sus bienes para, así, eludir los perjuicios de la multa.

La primera objeción respecto a la multa se resuelve (o, al menos, se debilita) por dos caminos: elevando la cuantía de la multa, y desadministrando esta sanción, de manera que la persona jurídica no pueda evitar

(61) L. H. LEIGH/SUSANNAH BROWN, "Crimes in Bankruptcy", en *Economic Crime in Europe*, editado por L. H. LEIGH, Londres, 1980, p. 171.

el reproche de la condena penal, si se admite la posibilidad de tal condena a las sociedades y empresas.

En cuanto a la otra objeción contra la multa — la facilidad del acusado para poner su patrimonio fuera del alcance de la autoridad — cabe responder que al legislador y al juez corresponde buscar y encontrar los medios para lograr hacer justicia en todo el ámbito patrimonial ⁽⁶²⁾. La moderna legislación limitativa del secreto bancario ⁽⁶³⁾ brinda un ejemplo de cómo facilitar el camino eficaz a la acción de las autoridades.

De acuerdo con algunas investigaciones respecto al derecho penal en general, y considerando que no median razones fuertes para que el derecho penal económico en este campo siga reglas y orientaciones distintas, parece que el legislador y los jueces — al menos los españoles — deberán aplicar la multa (en su modalidad **de lege ferenda** de días-multa) más que hasta ahora lo han hecho. Siguiendo esta orientación de política criminal, deberán aplicar menos la privación de libertad, aun suponiendo — lógicamente — que ésta sea de breve duración.

Suele afirmarse, cada día con más frecuencia, que la multa puede aplicarse en el derecho penal económico tanto a las personas naturales como a las jurídicas, y no sólo como pena sino también como medida de seguridad.

El Informe de la Asamblea Interregional de expertos en el tema III: "El delito y el abuso del Poder" ⁽⁶⁴⁾, del VI Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, se manifiesta en este sentido pues admite decididamente la responsabilidad criminal de las sociedades. Merecen transcribirse literalmente las siguientes líneas:

"Se recomendó el establecimiento del principio de la responsabilidad criminal de las sociedades. Esto significa que cualquier sociedad o colectivo, privado o estatal, será responsable por acciones

(62) **Recommendation** n.º R (81) 12. Du Comité des Ministres aux États Membres sur la Criminalité des Affaires (adoptée par le Comité des Ministres le 25 juin 1981, lors de la 335.ª réunion des Délégués de Ministres), en **CONSEIL DE L'EUROPE. Résolutions du Comité des Ministres dans le Domaine des Problèmes Criminels**, Strasbourg, 1981.

(63) MIGUEL BAJO FERNANDEZ, "Límites del secreto bancario: deber de revelar a la administración de justicia", en **Revista Papeles de Economía**, n.º 4, editado por FIES. *Idem.* "La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal", en **Cuadernos de Política Criminal**, n.º 5 (1978), pp. 3 ss. GERARDO LANDROVE DÍAZ, "Descubrimiento y revelación de secretos", en **III Jornadas de Profesores de Derecho Penal**, Santiago de Compostela, Ed. Universidad, 1976, pp. 173 ss., especialmente pp. 209 ss. Sobre la noción de secreto cfr. KLAUS TIEDEMANN, **Kommentar zum GmbH-Strafrecht. Erläuterung der §§ 82-85 GmbHG und ergänzender Vorschriften**, Köln, Dr. Otto Schmidt KG, 1981, § 85.

(64) Informe de la Asamblea Interregional de expertos en el tema III: "El delito y el abuso de poder" (Naciones Unidas, Nueva York, 9-13 julio de 1979). MANUEL LOPEZ-REY, "La política criminal de las Naciones Unidas, los problemas de la criminalidad y el problema de la Criminología", en **Revista de Derecho Público**, n.º 59 (1975), pp. 245 ss.

delictivas o dañinas, sin perjuicio de la responsabilidad individual de sus directivos. Las formas específicas de dicha responsabilidad serán determinadas en cada país en el contexto de su propio desarrollo socioeconómico y objetivos sociales y políticos.”

Ya en el siglo XIII SINIBALDO DE FIESCHI, el Pontífice Inocencio IV, en su Constitución **Romana Ecclesia** y en su Comentario de esta Constitución, así como en su comentario a la Decretal **Gravem venerabilis fratris**, de Honorio III, examina con matizaciones atinadas la imposibilidad de imponer determinadas sanciones penales a las personas jurídicas, pero sin negar universalmente — contra lo que muchos afirman — la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos de algunos delitos y sujetos pasivos de algunas sanciones penales ⁽⁶⁵⁾. Este problema continúa debatiéndose entre los especialistas contemporáneos.

Concretamente, SINIBALDO DE FIESCHI no rechaza todas las sanciones penales a las personas jurídicas, aunque en el caso de la ciudad de Pisa rechaza la excomunión por considerar que ésta — por su naturaleza — es inadecuada ya que presupone un pecado personal. Tampoco niega que la **societas** en general pueda delinquir; sólo niega que pueda hacerlo la **societas** en este caso concreto — Pisa — pues los comisionados actuaron excediéndose de los límites del mandato que les dieron los ciudadanos de Pisa; es decir, no actuaron en nombre de otro, sino en nombre propio ⁽⁶⁶⁾. Textualmente, poco después de las frases que se acaban de citar, SINIBALDO DE FIESCHI afirma: “Declaramos, sin embargo, que si las autoridades de alguna sociedad o algunos cometen un delito por mandato de toda la sociedad o por mandato de una parte sin el consentimiento de otra parte o sin mandato lo cometen pero después la sociedad ratifica lo que se hizo en su nombre, se deberá sancionar a la sociedad con la pena especial de suspensión o entredicho (c. 23, C.17, q.4) y con pena temporal, por ejemplo pecuniaria (D. 4, 2, 9, 1; D. 43, 16, 4; c. 2, C. 23, q. 2)” ⁽⁶⁷⁾. Después llega a admitir incluso la pena capital contra las personas jurídicas, pero añade que se transformará en pena de multa ⁽⁶⁸⁾.

(65) SANTIAGO PANIZO ORALLO, *Persona Jurídica y Ficción. Estudio de la Obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencia IV)*, Pamplona, EUNSA, 1975, pp. 343 a 377, especialmente pp. 360 a 367.

(66) Cfr. SINIBALDUS DE FIESCHI, *Apparatus a las Decretales de Gregorio IX*, C.52 (53), X, V, 39 (Edición de Frankfurt a Main, 1570).

(67) *Fatemur tamen quod si rectores alicuius universitatis, vel alii aliquod maleficium faciunt, de mandato universitatis totius, vel tantae partis quod invitis aliis maleficium fecerint, vel etiam sine mandato fecerint, sed postea universitas, quod suo nomine erat factum ratum habet, quod universitas punietur speciali poena suspensionis vel interdicti (c. 23, C. 17, q. 4) et etiam temporali, puta pecuniaria (D. 4, 2, 9, 1; D. 43, 16, 4; c. 2, C. 23, q. 2).*

(68) *Item poena capitali, vel mortis, vel relegationis, punietur universitas, si contra eam agatur criminaliter (D. 48, 8; D. 48, 6); sed poena capitis mutabitur in pecuniariam: ut D. 3, 2, 13, 7.*

Según especialistas contemporáneos, las penas y las medidas penales económicas pueden aplicarse inmediatamente a las personas jurídicas si y en cuanto lo determinan las normas reguladoras de la acción típicamente antijurídica cometida **en nombre de otro** y, además, podrán aplicarse mediatamente a través de sus representantes, gerentes etc. (69).

Quienes con serios argumentos admiten las multas en cuanto medidas penales para las personas jurídicas deben reestructurar bastantes puntos claves del derecho penal. Pero no creo que sea necesario admitir también la **peligrosidad objetiva** de las cosas, v.g. de sustancias alimenticias descompuestas. Difícilmente tiene cabida dentro del derecho penal la peligrosidad objetiva en este sentido. Las cosas no son peligrosas en sí. Una sustancia alimenticia adulterada puede, sin embargo, ser útil y nada peligrosa para fines medicinales. Jurídicamente hablando, ni la dinamita en sí es peligrosa. La peligrosidad jurídica, en sentido estricto, siempre será subjetiva, de las personas naturales.

Para imponer medidas penales a las personas jurídicas hay que exigir los requisitos de los respectivos sistemas penales; en este campo, a veces, se legisla y teoriza en inconsciente defensa excesiva de los cercanos al propio **status**.

Las personas naturales que en representación de las empresas cometen la acción penalmente relevante en nombre de tal o cual persona jurídica (que es la que realiza el contrato o la acción **jurídicamente** — no penalmente — relevante) prefieren, con frecuencia, que las medidas penales se apliquen a la empresa. Pero, en general, la justicia saldrá mejor parada si se aplican directamente a la persona natural aunque también se apliquen, indirectamente, a la jurídica.

Si, cuando una empresa vende aceite adulterado, como respuesta principal, se cierra esa empresa, el reproche de la sentencia divulgada en los medios de comunicación no alcanza debidamente a las personas naturales autoras del delito. Con más fuerza les alcanzará si la sanción se dirige primeramente a ellas.

(69) PETER BLAUTH, "Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommandem Strafrecht, Heidelberg Carl Winter, 1968. A. BERISTAIN, *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo. Teoría, Legislación Positiva y Realización Práctica*, Madrid, Reus, 1974, pp. 49 ss., 120 ss. JAIME E. MALAMUD GOTI, *Persona Jurídica y Penalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1981. ESTEBAN RIGHI, "Las Garantías individuales y la represión de la delincuencia económica", en *Rev. Mexicana de Ciencias Penales*, n.º 1, año 1 (enero-junio 1978), pp. 163 ss. GERARDO LANDROVE DIAZ, *Los Fraudes Colectivos*, Barcelona, Bosch, 1973, pp. 20 ss. MIGUEL BAJO, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en *Anuario Derecho Penal* (mayo-diciem. 1981) pp. 371 y ss. FRANCO BRICOLA, "Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel Diritto Italiano", en *La responsabilità Penale delle Persone Giuridiche in Diritto Comunitario*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 235 ss. M. BARBERO SANTOS, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Rev. Derecho Mercantil*, 1957, pp. 286 y ss., y en *La responsabilità Penale delle Persone Giuridiche...*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 445 ss.

Si el juez clausura las empresas que (en las que se) llevaron a cabo los delitos, pero no "clausura" a sus Directores o Gerentes, éstos pueden seguir en alguna otra empresa, y, con ellos, seguirá el peligro de futuras infracciones. (Entre paréntesis conviene tener presentes los derechos inalienables de los trabajadores inocentes de tal empresa. Estos podrían quedar injustamente sin ocupación, si se toman medidas eficaces mirando sólo a la persona jurídica.)

El derecho penal contemporáneo, para cumplir sus metas en la sociedad postindustrial, necesita que la repersonalización permeabilice todas las sanciones penales, también las medidas — incluso las económicas — no menos que en otros tiempos pasados.

8º) Expertos de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa

Para concluir esta comunicación, convendrá recordar una sugerencia de GABRIEL MARCEL acerca de la justicia, y transcribir la autorizada síntesis sobre las sanciones penales recomendables frente a los delitos económicos tal como aparece en algunos párrafos del Informe de la anteriormente citada Asamblea Interregional de Expertos en el tema "El delito y el abuso del poder". También diremos algo de los trabajos del Consejo de Europa (70).

La susodicha Asamblea estuvo formada por LÓPEZ-REY como Presidente, y BRAITHWAITE (de Australia) como Relator de la Asamblea. Con ellos trabajaron, entre otros, TIEDEMANN y MINTA (de Ghana) como Presidente y Relator respectivamente del Grupo de Trabajo I (Abuso del poder económico).

Según el informe de este grupo de trabajo, "se recomendó que se emplearan un conjunto de apropiadas sanciones materiales, tales como multas penales, el rescate de ganancias ilegales, la derogación de preceptos en el caso de que hayan sido reiteradamente incumplidos, la condena a prisión de los directivos de las sociedades en caso de persistentes, intencionales o negligentes conductas, o de graves perjuicios. . . Se sugirió la inhabilitación e incapacitación de las personas, así como de las sociedades para operar en los sectores particulares en los que han sido flagrantes violadores. El uso de la publicidad, teniendo en cuenta los derechos del acusado que aún no ha sido declarado culpable, se sugirió también como una poderosa sanción".

Con parecido reconocimiento de la eficacia de ciertas sanciones penales dentro del sector de la criminalidad de cuello blanco se expresaron recientemente algunos especialistas en el Consejo de Europa. En este Consejo, el Comité Europeo para los Problemas Criminales programó la reevaluación profunda del funcionamiento actual de los sistemas de justicia penal. Dentro

(70) ENRIQUE RUIZ VADILLO, "Los delitos contra el orden socio-económico", en *Anuario de la Escuela Judicial*, n.º XIII (julio 1981) pp. 215 ss.

de este plan general, el Subcomité elaboró el **Rapport sur la décriminalisation**. En el seno de este Subcomité, al estudiarse los delitos de cuello blanco, algunos de sus miembros presentaron argumentos en favor de una "recriminalización" que contrasta con las ideas expuestas en el Informe General sobre la Descriminalización ⁽⁷¹⁾.

El veinticinco de junio de 1981, el Comité de Ministros de los Estados-Miembros del Consejo de Europa adoptaron la **Recommendation n.º R (81) 12**, sobre la criminalidad económica, en la que acordaron importantes consideraciones y recomendaciones, algunas de las cuales ya hemos citado en páginas anteriores. Ahora parece oportuno recordar un par de recomendaciones concretas a los gobiernos de los Estados:

— Tomar las medidas necesarias para asegurar una justicia penal rápida y eficaz ⁽⁷²⁾ en el campo de la criminalidad económica especialmente... estudiando la posibilidad de establecer la responsabilidad penal de las personas morales o crear, al menos, otras medidas aplicables a las infracciones económicas.

— Revisar su legislación relativa a las sanciones penales aplicables a los delincuentes económicos con miras a examinar la posibilidad de hacer un uso apropiado en los casos graves de las penas privativas de libertad, y hacer que las penas pecuniarias sean mejor adaptadas a la situación financiera de los delincuentes económicos y a la gravedad de las infracciones cometidas, así como para investigar los medios legislativos u otros con el fin de evitar que las penas pecuniarias sean pagadas por un tercero, e introducir inhabilitaciones profesionales a manera de penas principales, y prever la indemnización a las víctimas como sanción penal en los casos apropiados ⁽⁷³⁾.

Las opiniones de estos y otros expertos ganan contenido si se leen desde la perspectiva que expresó GABRIEL MARCEL en su conferencia dictada en Frankfurt am Main cuando, hablando en general del derecho penal, afirmó que la justicia alcanzará mayor eficacia cuanto más se acerque al amor ⁽⁷⁴⁾.

(71) COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. **Rapport sur la Décriminalisation**, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, pp. 207 y ss. TULLIO PADOVANI, **L'Utopia Punitiva. Il Problema delle Alternative alla Detenzione nella sua Dimensione Storica**, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 255 ss. CESARE PEDRAZZI, "Problemi di tecnica legislativa", en **Comportamenti Economici e Legislazione Penale**, Milano Giuffrè, 1979, pp. 23 ss.

(72) Subrayado nuestro.

(73) Cfr. Recomendación n.º R (81) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Criminalidad Económica, en **Résolutions du Comité des Ministres dans le Domaine des Problèmes Criminels**, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1981.

(74) GABRIEL MARCEL, **Auf der Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit**, Frankfurt M., 1964, pp. 40-65.