

Consideración crítica de la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal sobre los delitos económicos y concursales desde el derecho comparado

Prof. Klaus Tiedemann
Catedrático de derecho penal
Director del Instituto de Criminología y delincuencia económica
de la Universidad de Freiburg in Breisgau
In Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya,
nº 21, Noviembre-Diciembre 1984

(p. 47) El trabajo actual sobre la reforma del Derecho Penal Económico en Europa -desde Suecia y Finlandia en el norte hasta España y Portugal en el sur-, se enmarca dentro de la larga tradición común a las codificaciones penales que, como consecuencia del período de la Ilustración, se llevaron a cabo en el transcurso del siglo XX. Este carácter común, referido no sólo a la técnica legislativa, sino también a la forma de las leyes penales, tan esencial para su contenido, permite la realización de un estudio comparativo que puede ser provechoso para varios países, a pesar de todas las diferencias existentes en las necesidades sociales y económicas y en los instrumentos políticoeconómicos habilitados para su satisfacción.

Por el lado alemán, se trata de la labor de reforma en Alemania, la cual se inició oficiosamente en el año 1972 con las Jornadas 49.a de Juristas alemanes, y oficialmente con la creación de una Comisión de Expertos para la Lucha contra la Delincuencia Económica» (y para la reforma del Derecho Penal Económico). Para España, hay que destacar especialmente la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal publicada el año pasado, sobre todo el título XII sobre los delitos económicos. Igualmente, en Portugal se ha trabajado activamente en una reforma de dicho Derecho. El nuevo Código Penal portugués entró en vigor el 1º de enero de 1983, con capítulos de delitos contra el patrimonio y contra derechos patrimoniales, pero sin tipos específicos para captar los delitos económicos. Hay interesantes nuevas codificaciones y propuestas de regulaciones sobre delitos económicos, también en Latinoamérica. Vamos a incluir en las consideraciones siguientes la totalidad de estos modelos.

EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL ECONOMICO EN ALEMANIA

En Alemania, el moderno desarrollo del derecho penal en materia económica, se remonta mediatamente -de modo similar a como sucede en otros países europeos- a la época en que, en la década de los años veinte, va surgiendo un derecho económico y de la industria. En la segunda postguerra se trataba prioritariamente de suprimir las competencias penales de la Administración, fuertemente hipertrofiadas durante la etapa nacionalsocialista, y restablecer en el ámbito del derecho penal económico las condiciones propias **(p. 48)** de un Estado de derecho. Las numerosas disposiciones vigentes, básicamente de orientación económico-dirigista, procedentes en gran parte todavía de la época nacionalsocialista, fueron reemplazadas por una primera codificación de carácter amplio: la «Ley para la simplificación del derecho penal en el campo de la economía» (Ley penal-económica) del 26 de julio de 1949. Esta primera Ley penal alemana de la nueva época, en materia económica, contenía figuras de delitos que, si bien han sido derogadas, pueden seguir siendo de interés desde el punto de vista del derecho comparado, para países con sistemas jurídicos y económicos de economía planificada o de economía mixta: desde el incumplimiento de la obligación legal de llevar la contabilidad, pasando por la obtención subrepticia de derecho de suministro, el acaparamiento de mercancías y el alza abusiva de precios hasta el incumplimiento de las normas sobre suministros, adquisiciones, evaluaciones y declaraciones en materia comercial. La Ley penal-económica de 1949 instauraba también un derecho procesal ad hoc y sanciones propias (prohibición del ejercicio profesional, cierre de la explotación, incautación, retención del beneficio adicional, publicidad de la condena). Sin embargo, y prosiguiendo la discusión teórica de tiempos anteriores, esta Ley establecía por vía legislativa la delimitación entre los delitos económicos y las infracciones administrativas económicas.

La normalización de la situación económica condujo con la «Ley para una nueva simplificación del derecho penal económico», del 9 de julio de 1954, a la supresión de numerosas figuras de delitos económicos, particularmente aquellas que tipificaban hechos y conductas que comprometían la

normalidad del abastecimiento. La «economía social de mercado», regulada por la competencia, vino a reemplazar a la economía dirigida o planificada. Por lo demás, el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, subrayó la neutralidad de la Constitución ante esta cuestión, declarando -a diferencia de bastantes ordenamientos jurídicos extranjeros- que la Constitución alemana no establece un sistema económico determinado. Sin embargo, a juicio del citado Tribunal Constitucional, tanto los derechos fundamentales como el orden democrático-liberal, excluyen la implantación de una economía general de gestión centralizada.

Desde comienzos de la década de los años setenta, empezó en la República Federal de Alemania un movimiento que puede caracterizarse por el término de criminalización en el ámbito económico. La exigencia de una reforma del derecho penal económico acompañada de la implantación de medidas complementarias de reformas en el derecho mercantil y económico ha venido desarrollándose debido a las críticas crecientes al sistema, y especialmente a la conducta de ciertas empresas en materia de medio ambiente, así como favorecida por escándalos económicos de gran alcance -tanto en la opinión pública y la práctica forense penal como titubeantemente, también en la ciencia jurídica-.

(p. 49) En el aspecto jurídico-penal, el principal impulso para estas ideas reformistas partió de la propia justicia penal, que ya desde finales de la década de los años sesenta venía tratando con éxito creciente de salirle al paso a la cada vez más difundida delincuencia económica, mediante una serie de medidas organizativas consistentes en la creación de fiscalías especializadas (centradas en sobre) este tipo de delitos y la constitución de salas especiales en lo penal para los delitos económicos en las Audiencias. La cuestión de si era realmente necesario, y hasta qué punto crear nuevos tipos de delito dentro y fuera del Código Penal, era difícil de resolver en un primer momento y fue negado tajantemente por los principales colaboradores del Ministerio Federal Alemán de Justicia. Otros autores criticaban las consideraciones encaminadas a la criminalización por el mero hecho de que las mismas eran, según su opinión, diametralmente contrarias a la moderna tendencia de una amplia descriminalización.

La verdad es que hay relativamente pocas razones de peso que pueden aducirse en favor de una verdadera necesidad jurídica de una reforma del derecho penal sustantivo en materia económica. Los nuevos desarrollos en la técnica y economía imponen, por ejemplo, perentoriamente una reforma de los tipos de delito de estafa y falsedades documentales, por cuanto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, estos tipos -como el art. 528 del Código Penal español sobre estafa, introducido por la Reforma Parcial del año pasado-, presuponen conductas humanas y manifestaciones de pensamiento, no pudiendo abarcar, por tanto, las manipulaciones en instalaciones de procesamiento electrónico de datos. La llamada delincuencia de computadoras opera de esta manera a escala mundial en un vacío jurídico-penal, dentro del cual la punibilidad del autor depende del hecho fortuito de que engañe con sus manipulaciones sólo a la máquina o también a las personas encargadas del control de la misma.

Ahora bien, prescindiendo de estas genuinas lagunas de punibilidad, es en buena parte una cuestión de valoración si y hasta qué punto el derecho penal económico y patrimonial está necesitado de reformas. Son, sobre todo, aquellos que sólo rara vez se ocupan de cuestiones de economía los que se inclinarán fácilmente a considerar suficientes los tipos de delito clásicos de estafa, malversación y usura, así como los previstos por el derecho penal en materia de quiebra, considerando todas las dificultades prácticas en este ámbito como raseros problemas probatorios. En cambio, quien observe atentamente el desarrollo de la vida y del derecho económico descubrirá que la creciente complejidad de aquélla ha dado lugar a una polifacética estratificación de intereses, cuya cobertura y evaluación apenas resultan factibles a través de los clásicos tipos de los delitos patrimoniales. Ejemplos de lo expuesto lo constituyen, **(p. 50)** v. gr., el aprovechamiento de las ventajas de información que poseen ciertas personas (insiders) por los órganos y socios de empresas mercantiles, pero también la delimitación de la «infidelidad» (figura entre la apropiación indebida y la malversación de los Códigos Penales latinos; véase art. 266 C. P. y alemán y art. 319 del nuevo Código Penal Portugués) en el derecho de sociedades, y particularmente en los casos de consorcios, por ejemplo, cuando la sociedad matriz ordena a una de sus filiales la realización de operaciones que, para la filial en cuestión, son directamente desventajosas y, en cambio, ventajosas para el conjunto del consorcio.

La propuesta española de un Anteproyecto no contiene -contrariamente al Proyecto Alternativo Alemán (§ 191) y la nueva legislación francesa y belga- un tipo propio contra el abuso de información del insider; en el plano del derecho comparado internacional esto constituye una deficiencia, ya que los demás delitos o tipos contra el patrimonio no abarcan tal abuso, y por esa misma razón, tanto Suiza como Suecia planean la introducción de tipos competentes. El artículo 183 del Proyecto Alternativo sugiere un tipo especial parecido a la «infidelidad» bajo la denominación de «abuso de

facultades sociales», también para el caso en que, órganos de las sociedades comerciales dispongan indebidamente sobre valores patrimoniales de la sociedad o contraigan obligaciones no autorizadas. El artículo 297 del Proyecto Español prevé frente a ello para un tipo penal similar, la necesidad del daño dentro del tipo penal; sobre este tema se insistirá más adelante.

Pues bien, en Alemania entró en vigor el 1 de setiembre de 1976 la primera Ley contra la delincuencia económica que, además de modificaciones del Código Civil y del derecho mercantil y de quiebra, introdujo normas penales especiales contra la obtención fraudulenta de subvenciones y de créditos, creando adicionalmente una ley administrativa contra la aplicación abusiva de subvenciones.

Con la introducción de una figura de delito especial contra el fraude en materia de subvenciones se tuvo en cuenta el hecho de que prácticamente la totalidad de los países desarrollados emplea hoy en día medidas financieras (de diverso nombre) para la promoción de objetivos culturales, sociales y de política económica para corregir de esta manera -contrariamente al liberalismo del *laissez faire* del siglo XIX las desigualdades naturales o, en todo caso, fácticas de la vida económica y social. Como en las subvenciones falta el medio de control natural de toda actividad económica, es decir, la necesidad de realizar una contraprestación, la subvención representa en todos los países industrializados occidentales, pero también en los que están en vías de desarrollo, un claro e importante factor criminógeno. Casos espectaculares de obtención fraudulenta de subvenciones a la exportación, sobre todo para **(p. 51)** fingidas exportaciones a terceros países, desempeñaron un papel importante tanto en el plano de la Comunidad Económica Europea como en los países en desarrollo de Sudamérica o entre los exportadores de cereales de América del Norte.

El artículo 299 de la propuesta española de un Anteproyecto para un nuevo Código Penal, también contempla un tipo especial para la obtención subrepticia de subvenciones, pero renuncia -contrariamente a la reglamentación alemana- a extender el tipo hasta la imprudencia grave. También este tema será tratado más profundamente más adelante.

Al contrario del nuevo tipo alemán de obtención fraudulenta de créditos el Anteproyecto Español no conoce ningún tipo especial en esta materia, y está por lo tanto posiblemente muy influenciado por la crítica de algunos dogmáticos de derecho penal alemanes a la primera Ley para la lucha contra la delincuencia económica. El tipo especial alemán es usado sobre todo en campos marginales de la concesión de créditos, por ejemplo, para abarcar haberes provisionales (créditos) en el llamado cargo en cuenta, del cual se abusa crecientemente en forma criminal. El artículo 241 del Código Penal Colombiano de 1981, demuestra que -al igual que para la subvención pública en el art. 299, número 2 del Proyecto Español- existe una necesidad jurídico-penal de incriminar la desviación dolosa de las condiciones crediticias.

La reforma penal alemana de la figura del delito de usura (art. 302 a) del C. Penal alemán), sólo ofrece interés, en cuanto a su contenido, por la inclusión de los intermediarios, sobre todo en materia crediticia. La llamada «cláusula de acumulación», según la cual, aún faltando la participación en sentido jurídico-penal, se suman las prestaciones de todos los que intervienen, merece, sin embargo, atención en el plano internacional, por cuanto el desglose más o menos artificioso de las prestaciones en tasas, comisiones, recargos, primas, etc., constituye un fenómeno bastante difundido.

Más adelante insistiremos aún más en la reforma alemana del derecho penal de la quiebra (arts. 283 y ss., C. Penal) en comparación con los artículos 255 y siguientes de la Propuesta española. La ampliación más importante de la reforma alemana consiste en que -particularmente para tener en cuenta los abusos en el sector de la construcción- las reglas clásicas de la quiebra se completan con una cláusula general a tenor de la cual constituye figura delictiva toda disminución u ocultación del status patrimonial que sean «abiertamente contrarias a las exigencias de una ordenada gestión económica». Por lo demás, la clásica diferenciación entre quiebra fraudulenta y simple fue abolida por la primera Ley contra la delincuencia económica y reemplazada por una distinción que distingue entre actos cometidos dentro o fuera de una crisis de la empresa.

También el artículo 255 y siguientes del Anteproyecto Español renuncian a la distinción entre quiebra fraudulenta y simple y llegan -en forma parecida al art. 194 del Proyecto Alternativo Alemán- a una serie, especie de cláusula general, que en el artículo 256 incrimina la insolvencia o agravación causada por imprudencia grave.

El Proyecto alemán de una Segunda Ley contra la delincuencia económica, contiene ciertos tipos para abarcar penalmente las manipulaciones cometidas en computadoras y también para una más eficaz penalización de las estafas en materia de inversiones. Además, está previsto un tipo especial relativo a la falta de pago y de las otras obligaciones de la Seguridad Social por los empresarios,

comportamiento que constituye la regla en las empresas ficticias total o parcialmente clandestinas y que es frecuente inclusive en empresas mercantiles solventes tan pronto como se ven afectadas por una crisis.

EL PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

En Latinoamérica resulta de gran interés, además del mencionado nuevo Código Penal Colombiano de 1981, en el que se incluye un Título dedicado a los delitos contra el Orden Económico Social, y de la Ley peruana sobre delitos económicos del mismo año, el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica y especialmente los trabajos sobre el Título «Delitos contra la Economía» dentro de este Proyecto.

La discusión de los varios Proyectos no ha concluido por el momento. Frecuentemente se va a poner en duda la posibilidad de llevar a cabo en forma absoluta un Título sobre Delitos económicos común, que sirva de modelo para todos los Estados latinoamericanos. Nosotros, por nuestra parte, no podemos decidir si tal escepticismo del cual Colombia y el Perú son partidarios, está o no justificado. Sin embargo, nos da la impresión de que dichas dudas se basan más en razones ideológicas que materiales. Una decisión fundamentada materialmente a favor o en contra de un Derecho Penal Económico común para Latinoamérica, no depende tanto (y en todo caso, no sólo) del carácter común del Derecho Económico ni de los medios político-económicos, sino sobre todo de los resultados de las investigaciones criminológicas, que en gran medida son inexistentes. Sólo cuando se conocen los fenómenos reales de la delincuencia económica, se puede decidir con seguridad qué materias van a regularse y de qué manera. En suma, se van a poder distinguir las materias necesitadas de regulación, según tres criterios que podrían ser de interés también para la discusión del Proyecto Español:

(p. 53) a) Algunos delitos económicos están estrecha e inmediatamente vinculados al correspondiente medio estatal de dirección y planificación elegido. A aquéllos pertenece en especial, el Derecho Penal de Monopolios en sentido estricto, es decir, el relativo a la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia. Mientras una economía nacional no se regule en forma competitiva, no va a tener sentido tipificar en el Código Penal los citados delitos de monopolio en sentido estricto. Por otro lado, las prácticas del dumping, boicot, negativa de ventas, etc., también puedan aparecer y ser prohibidas en un sistema de economía mixta.

b) La mayor parte de los delitos económicos no está vinculada de esa forma inmediata y estrecha -a que antes nos referíamos- a los medios político-económicos. Esto es válido para el tema de la propagación de enfermedades en animales y plantas, así como para el cheque en descubierto, pero también es válido para la usura (la cual, de todos modos, guarda una estrecha relación con el sistema estatal de precios) y para el derecho penal de quiebras (el cual a su vez puede estar relacionado con las eventuales reglamentaciones crediticias del Estado). En este ámbito más bien extrapolítico, debería sacarse provecho, sobre todo partiendo del Derecho comparado, de las experiencias con la delincuencia económica extranjera e internacional, y regular esta materia preventivamente. Teniendo en cuenta por ejemplo, que el uso de computadoras para la comisión de delitos de apropiación indebida e infidelidades en el manejo de los bienes ajenos, en Estados Unidos y en Europa ya ha tomado grandes proporciones y ofrece graves dificultades a la persecución penal, podría pensarse en regular desde ya preventivamente, esta forma de criminalidad. Ello se basa en que en el transcurso de las próximas décadas, la ineludible ampliación del uso de las computadoras en España y en Latinoamérica, sobre todo en las entidades bancarias, va a desembocar con relativa certeza en la correspondiente delincuencia mediante el uso de las mismas. En este sentido, tanto el Proyecto alemán de la segunda Ley para la Lucha contra la Delincuencia Económica como el Proyecto Alternativo alemán, contienen los correspondientes tipos especiales contra la mencionada delincuencia mediante el uso de computadoras. También el sabotaje económico y la divulgación de secretos económicos (espionaje industrial) son, en este sentido, relativamente independientes del instrumental político-económico. Lo mismo es válido para el falseamiento de balances, para el cheque en descubierto, para el abuso en los Cambios y para el uso indebido de tarjetas del garantía de cheque, y de las tarjetas de crédito.

c) Por último, puede pensarse en la previsión de algunos supuestos penales específicos, típicos de la situación económica nacional. Hay que pensar sobre todo en la protección estatal de las medidas de planificación en el ámbito del control de las inversiones extranjeras.

(p. 54) PRINCIPIOS BASICOS DE LA REFORMA

1. En lo referente a la ubicación formal de los tipos de delito, el legislador de la Primera Ley alemana para la represión de la delincuencia económica, ha realizado la recomendación formulada por las citadas Jornadas de (los) Juristas alemanes de que el derecho penal económico sea regulado -en la medida de lo posible- dentro del Código Penal y no sólo como derecho penal especial. Únicamente las infracciones de escasa entidad (es decir, de bagatela), así como los delitos respecto de los cuales la técnica legislativa presupone una conexión particularmente estrecha e inseparable con las normas de derecho económico, deberían seguir vinculadas a éstas. La inclusión en el derecho penal sirve, por regla general, no sólo a la mayor transparencia de la Ley, sino que también acerca la materia de modo particularmente eficaz a la conciencia pública, haciendo, según muestra la experiencia, que sea tratada con mayor detenimiento y profundidad tanto en las Facultades de Derecho como en la práctica forense penal y en la bibliografía jurídico-económica. De esta forma puede esperarse también un incremento en la efectividad de los preceptos penales.

Partiendo de esta reflexión básica, compartida especialmente por el Proyecto Alternativo, el legislador alemán ha incluido en 1980 el Derecho penal del medio ambiente en el Código Penal previa (su) modificación y desglose del Derecho penal especial.

El legislador español tomó la misma decisión en la reforma parcial al Código Penal mediante la Ley Número 8 del 25 de junio de 1983, al incluir dentro del Código Penal y en un solo artículo (el 347 bis) - desde el punto de vista técnico y del contenido poco feliz- el derecho penal español del medio ambiente. Las Comisiones nacionales participantes en la confección del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, se han pronunciado también en su gran mayoría a favor de esta regulación en el marco del Código Penal.

Claro que entonces a veces hay que utilizar la técnica de la remisión a normas extrapenales y de las leyes en blanco. Los legisladores alemán y español de la Reforma han elegido tal técnica en razón de la materia, al incluir el Derecho Penal del Medio-Ambiente en el Código Penal, por la cual, a través de términos como «sin autorización» o «ilícitamente», etc., o «contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente», se va a remitir materialmente al contenido de las normas que se encuentran fuera del Código Penal.

2. Otro postulado frecuentemente planteado en la reforma legislativa, **(p. 55)** aunque muy controvertido en cuanto a su realización, apunta a que los tipos de delito del derecho penal económico deben simplificar la prueba, si bien sin apelar a técnicas cuestionables en un Estado de derecho como lo serían la inversión de la carga de la prueba, la presunción de culpabilidad o la renuncia a los presupuestos de la misma.

Es sabido que, sobre todo los delitos de peligro abstracto, en los que no es relevante que el daño se produzca efectivamente, brindan facilidades para la prueba dentro del ámbito del derecho penal sustantivo. Pero la introducción de estos delitos implica una considerable ampliación de la punibilidad que sólo es aceptable si ya el peligro abstracto en sí es merecedor de pena. Partiendo de este razonamiento se ha criticado en el derecho penal económico alemán la limitación de los nuevos tipos de delito de obtención fraudulenta de subvenciones y créditos a meros actos engañosos.

Esta crítica parece haber influenciado a los autores del Proyecto español en forma desmedida, hasta el punto que, aun en delitos clásicos de peligro abstracto como el balance falso, se postula, además, la existencia de un daño (comparar art. 294, núm. 1 del Proyecto español). De ese modo no se ve que el peligro parece abstracto únicamente referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico, con frecuencia no resultará imaginable otra configuración típica que no sea la del "peligro abstracto", orientada por el derecho mercantil. Las subvenciones y los créditos tienen para la actual vida económica y social una importancia comparable a la de la figura de peligro abstracto de la deposición falsa sin juramento ante los tribunales, tipificación introducida tardíamente en el Código Penal Alemán en 1943, o bien la especial protección jurídico-penal frente a las falsificaciones de balances y la consignación de datos inexactos en la creación o administración de sociedades mercantiles, figura delictiva implantada en las postrimerías del siglo pasado en vista de la insuficiencia práctica del tipo de estafa. Así pues, no son en modo alguno sólo intereses probatorios los que llevan en este contexto a la formulación o postulación de nuevos bienes protegibles. Por su parte las deficiencias del derecho penal patrimonial clásico constituyen a menudo otros tantos indicios del advenimiento de nuevas necesidades de protección y, consecuentemente, de nuevos bienes jurídicos.

Es lamentable y agravante el hecho de que el artículo 294 del Proyecto Español signifique desde este punto de vista un atraso, que sólo puede ser explicado en el sentido de que los autores no conocen la importancia de los balances y de las informaciones comerciales en las sociedades industriales modernas. Querer aunar la incriminación de balances falsos e informaciones comerciales erróneas a la existencia de un daño, como lo sugiere el artículo 294, **(p. 56)** hace superflua tal regulación. Hubiera sido más acertado no hacer toda esta reglamentación y remitirse a la estafa para casos como éste.

Otra medida para simplificar la prueba es renunciar a requisitos subjetivos en el tipo penal. La propuesta española como las últimas versiones del proyecto de un Título sobre delitos económicos en el marco del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, y también los artículos de la Ley peruana sobre delitos económicos no tienen en cuenta en todo su alcance este principio de la facilitación de la prueba. Por ejemplo, si el tipo «Acaparamiento» en el Proyecto latinoamericano ya presupone que hay que demostrar que el autor pretendía lograr el alza de los precios o la provocación de escasez, las experiencias italiana y francesa sobre el tema nos van a mostrar con preceptos parecidos en el ámbito del Derecho Penal sobre precios y monopolios, que la implantación de tales requisitos subjetivos en el tipo nos lleva fácilmente a una imposible puesta en práctica de tales preceptos. Asimismo, el elemento subjetivo del tipo «intención de lucro» facilita la defensa del imputado y dificulta la aplicación del precepto, como muestra la experiencia alemana con un tipo así concebido: el de «espionaje industrial».

La misma crítica es valedera para el artículo 285 del Proyecto español, cuando allí se pone énfasis en la intención de desabastecer un sector del mercado o de forzar una alteración de precios, como también para el artículo 281

y 282, cuando -en concordancia con la tradición de los Códigos Penales latinos- se exige, en casos de manipulaciones en subastas públicas y otros acuerdos sobre precios, la intención de alterar el precio, que se determina por la libre competencia. Sobre todo en el sector de la economía de la construcción, la determinación de un precio de mercado hipotético, que hubiera resultado sin acuerdo, es prácticamente imposible. Para el caso de que una determinación así sea posible, basta el tipo general de la estafa. En este sentido, los artículos 281 y 282 del Proyecto Español en su redacción actual, sería mejor suprimirlos que incluirlos... en el Código Penal.

3. En lo concerniente a la técnica legislativa externa, las reformas de Primera Ley Alemana contra la delincuencia económica no constituyen ningún modelo digno de imitación, por cuanto, sobre todo el artículo 264 del Código Penal, pero también el 265 b), están redactados de forma innecesariamente compleja. También en la difícil materia del derecho penal económico debería conservarse una técnica legislativa comparable a la que se perfila tanto en las propuestas de la Comisión de expertos para la represión de la delincuencia económica como en las del Proyecto Alternativo (arts. 170 y ss.).

El Proyecto de regulación español merece en este sentido una alabanza sin límites: la técnica legislativa sigue el estilo imperante y desiste de reglamentaciones detalladas inútiles. **(p. 57)**

Por lo demás, la Ley alemana citada y el borrador alemán de la nueva reforma, al igual que el proyecto de regulación español, permiten apreciar claramente que -dados los complejos procesos y normativas de la actual vida económica- en los nuevos tipos de delito no siempre se puede prescindir de conceptos jurídicos indeterminados ni de cláusulas generales. Además de la ya mencionada cláusula general del nuevo derecho penal alemán de la quiebra, llama también la atención la acumulación de elementos normativos del tipo en las restantes figuras de delitos económicos. Esto ha sido objeto de críticas. Sin embargo, esta crítica parece fuera de lugar si -conforme a un criterio manifestado repetidamente por el Tribunal Supremo Federal, que es también dominante en la doctrina- se admite que los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales en derecho penal únicamente pueden servir de fundamento a una condena si se trata de valoraciones reconocidas y seguras, es decir, si se trata del núcleo propiamente dicho de esos conceptos indeterminados. Solamente esta máxima de interpretación permite aceptar como lógico y admisible que el borrador de la Segunda Ley contra la delincuencia económica pretenda penalizar la ocultación de condiciones «esenciales» en los folletos publicitarios para la inversión de capitales. La situación geográfica y la rentabilidad, así como la naturaleza y el importe de las comisiones figuran claramente entre las características esenciales de los objetos de inversiones, no en cambio las implicaciones personales si participan varias sociedades, ni la propensión a escándalos de los órganos de las empresas participantes. También en lo que concierne a los expedientes de suspensión de pagos, a tenor del nuevo derecho penal de quiebras, sólo se presumirá un endeudamiento excesivo, conforme a criterios jurídico-penales, si este resultado negativo queda patente clara y unívocamente según

todos los métodos reconocidos por la economía empresarial, teniendo en cuenta la inseguridad de las estimaciones efectuadas según las reglas de la economía de la empresa, especialmente las relacionadas con valores inmateriales, así como las referentes a la valoración de las participaciones de y en otras empresas. Semejante proceder cuestiona seriamente, sin embargo, la aplicación práctica del nuevo derecho penal alemán de la quiebra, del mismo modo que, dogmáticamente, aún no está plenamente dilucidado en ese derecho la naturaleza del nexo entre crisis y hundimiento de la empresa. Por estas razones, el nuevo derecho penal alemán de la quiebra, difícilmente puede ser recomendado como modelo para otros países, al menos en su forma actual. Más acertado hubiera sido vincular el requisito de la crisis de la empresa únicamente con conductas de quiebra cuestionables en lo que se refiere al contenido abstracto de peligro. Frente a esta propuesta nuestra, el Ministerio Federal de Justicia creyó, sin embargo, que debía aplicar del modo más completo posible el principio jurídico-penal y constitucional **(p. 58)** de la culpabilidad, incluso a costa de la aplicabilidad práctica del derecho penal.

En comparación con la crítica a la nueva regulación alemana del derecho concursal, es preferible -a primera vista- el artículo 256 del Proyecto Español. Analizándolo más detenidamente el proyecto significa un paso hacia atrás en la evolución internacional de la política penal, porque -de acuerdo con la tradición de los Códigos Penales latinos-, también aquí se exige que el autor sea declarado como quebrado por el tribunal civil. Frente a esto, respondería a una tendencia mundial en la nueva formación del derecho concursal, si alternativamente a tal acto procesal bastara el cese de pagos, como lo es en los círculos de derecho germánico desde hace tiempo. Tampoco constituye para el tema más que una cláusula general, el hecho de que -renunciando a la enumeración de actos de bancarrota- en el Proyecto Español se incrimine la provocación negligente de la insolvencia: la concretización de esta medida de negligencia a través de actos individuales es tarea de la jurisprudencia, hecho que para la seguridad jurídica no es precisamente favorable. La renuncia a la enumeración de actos de bancarrota individuales en el Proyecto Español constituye un adelanto desde el punto de vista dogmático, ya que estos actos históricamente no son más que el remanente de presunciones de culpa. Sin embargo, la practicabilidad del derecho concursal español sería gravemente cuestionada por un tal proyecto de regulación, ya que la prueba de causalidad exigida por el proyecto es muy difícil de alcanzar en el caso particular.

En cambio, en la medida en que hoy es posible formular ya un juicio, las normas en blanco del nuevo derecho penal en materia del medio ambiente, no han dado lugar a especiales dificultades. La referencia al derecho administrativo por calificaciones como «no autorizado», «sin permiso», etc., no se ha hecho más imprecisa por el hecho de haberse disuelto el nexo interno de los tipos de delito con las respectivas normas legales especiales del derecho administrativo. Tampoco en los demás aspectos, los conceptos amplios y normativos del nuevo derecho penal ecológico alemán (por ej., la «contaminación» de aguas), son invenciones de la reciente reforma, sino que ya antes figuraban en el derecho penal especial, habiendo sido concretados acertadamente en el mismo por la jurisprudencia.

Frente a ello el artículo 347 bis del Código Penal Español, presenta en su apartado 1 una reglamentación de gran imprecisión, cuya practicabilidad también es cuestionada y con razón por críticos españoles.

Finalmente, no hay reservas ante el empleo de cláusulas generales fuera del derecho penal. Así, por ejemplo, la mencionada Ley alemana sobre subvenciones, contiene una cláusula de abuso para que, por vía de derecho administrativo, pueda procederse contra las transacciones ficticias o que impliquen **(p. 59)** un fraude a la Ley, típicas (le la delincuencia económica en general y conocidas en materia de subvenciones sobre todo en el plano de la CEE en forma de exportaciones ficticias, tráfico aparente de productos y transacciones en círculo. Si el abuso es evidente, también consta como tal para su valoración jurídico-penal. En cambio, no ha quedado dilucidado hasta ahora si también casos límites de las cláusulas generales de derecho administrativo son relevantes en sentido jurídico-penal. Y tampoco está claro si el derecho de la CEE contiene preceptos jurídicos no escritos para el tratamiento de los casos de fraude a la Ley.

La valoración penal del fraude a la Ley es un problema fundamental y difícil. ¿Qué pensar, por ejemplo, sobre los panaderos franceses en un caso de hace unos años, cuando el primer ministro Barre estableció control de precios por varias clases de pan francés, como la popular baguette, y los panaderos franceses inventaron un nuevo tipo de pan a. que dieron el mismo nombre del ministro, «pan Barre» que, naturalmente, no quedaba sujeto al control?

4. La posibilidad de fraude a la Ley debería contemplarse con especial atención en los trabajos de reforma del Derecho Penal Económico. Es de importancia capital en la labor de legislación económica

extrapenal, no dejar lagunas y excluir las posibilidades de defraudar la Ley, mediante la regulación expresa. Las lagunas en esta regulación extrapenal redundan en impunidad penal, con la salvedad de que, siendo permitido colmar las lagunas legales extrapenales mediante la analogía, tal regulación jurídico-económica, completada a través de la interpretación, vendría también a servir de base para el juicio sobre la punibilidad. Este procedimiento metódico, nos parece muy interesante, pero objetable, ya que a los efectos de la seguridad jurídica, da igual que la analogía efectuada en perjuicio del autor se aplique inmediatamente al precepto penal o a la regulación extrapenal. Este problema demuestra claramente que la reforma penal y extrapenal está estrechamente vinculada con problemas difíciles y generales de interpretación y de metodología del Derecho.

Para la discusión del proyecto español se recomienda urgentemente, en adición a las sugerencias de cada uno de los tipos penales en particular en el Código Penal, evaluar qué mejoras fuera del derecho penal, es decir, en la legislación comercial, impositiva y económica, son necesarias para la utilización de los nuevos tipos penales.