

LOS DELITOS SOCIETARIOS: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades

Laura Zúñiga Rodríguez

"La materia de la infidelidad en la gestión de empresa, amerita ser específicamente reconsiderada; porque, pone inevitablemente el centro de atención en el nudo crucial de la intervención penal en la economía: de su atadura al substrato civilístico a la relectura del principio de subsidiariedad; del rol y de los límites de la "sancionabilidad" del precepto penal, a los problemas político-legislativos concernientes a la individualización de la sede del futuro derecho penal de la economía".

L. Foffani (1)

1. Aproximación metodológica.

El estreno del Derecho Penal en el mundo de las sociedades mercantiles no está llevándose a cabo exento de dificultades. Numerosas cuestiones del propio mundo mercantil y del mercado en general, que están sufriendo transformaciones en los últimos tiempos, hacen que la materia de los delitos societarios se desenvuelva en terrenos de "arenas movedizas". Esto, aunado a los propios cambios del Derecho Penal que le obligan a tutelar nuevos bienes jurídicos, que no encajan fácilmente en la construcción dogmática diseñada sobre los pilares de bienes jurídicos individuales, hacen de este ámbito penal bastante problemático y hasta cierto punto confuso.

Y es que detrás de las nuevas figuras penales tipificadas en el Capítulo XIII, en el Título de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, hay una serie de puntos en los que todavía no existen consensos suficientes, como para diseñar una intervención penal que cumpla a cabalidad con la función de protección preventiva de bienes jurídicos asignada al Derecho Penal. El objetivo de este trabajo será poner de manifiesto estas cuestiones de fondo que, a mi entender, son las que merecen razonarse detenidamente antes de acometer la tarea de programar una intervención penal eficaz. Me voy a referir a dos cuestiones fundamentales de las normas de los delitos societarios: los sujetos responsables y el tema de el/los bien/es jurídico/s tutelados.

Quizás se pueda tildar esta opción metodológica como demasiado teórica, pues una vez que el legislador ha regulado estos delitos lo que cabe a la doctrina es interpretarlos. Pero, además de considerar que no es posible renunciar a una dimensión crítica en la tarea dogmática, considero que esa falta de acuerdos constituye el fundamento por el cual se ha producido la "defectuosa técnica jurídica" tantas veces denunciada, se ha tipificado penalmente figuras en las que no hay acuerdo en su contenido material "penal", conllevando todo ello una serie de dificultades en la interpretación de los tipos penales y, por tanto, cierta inseguridad en la aplicación de los mismos.

Es verdad que la doctrina y la jurisprudencia ya habían denunciado hace tiempo las insuficiencias del CP anterior para hacer frente a conductas que, aunque no estaban tipificadas penalmente, existía un cierto consenso social para considerarlas "delito", como la administración desleal. Pero también es cierto que muchas prácticas financieras dentro de las sociedades han rozado la ilegalidad desde hace mucho tiempo, sin que por ello se entienda que deban ser consideradas dentro del catálogo de delitos. ¿Qué es lo que ha cambiado en los últimos tiempos para convocar al Derecho Penal en este ámbito? Es lo que abordaré en primer lugar, para luego poder entender las cuestiones de los sujetos responsables y el bien jurídico tutelado. En fin, trataré de desentrañar las transformaciones sucedidas en los últimos tiempos tanto en el Derecho de las sociedades, como en el Derecho Penal, que están haciendo que infracciones que se resolvían en el ámbito del Derecho Privado, se empiecen a resolver en el ámbito del Derecho Público.

2. Transformaciones en el ámbito del Derecho de sociedades: la necesidad de intervención penal en el ámbito antaño privado de las sociedades.

Para todos es evidente el extraordinario protagonismo que están teniendo las sociedades (llámese también empresa) en el desarrollo económico de la sociedad moderna y en el mundo social en general. Prácticamente todas las relaciones sociales de los ciudadanos, desde comprar un piso, un coche, contratar un seguro, o cualquier servicio, se realiza por intermedio de sociedades. Ello es propio de la complejidad actual de los sistemas sociales que se desarrollan en contextos organizacionales, en sistemas complejos y jeraquizados, en los que se estandarizan las relaciones entre los intervinientes, donde contratar entre sociedades viene a ser lo más común.

En este contexto, tres son las instituciones que, utilizando distintos ámbitos de clasificación, asumen importancia en las relaciones sociales: sociedades, empresas y personas jurídicas. Más allá de una mera distinción terminológica, importa entender los alcances de estos términos en el ámbito jurídico, para comprender sus verdaderos significados para el ámbito penal.

Ante todo debe distinguirse la noción de "empresa" como de naturaleza eminentemente económica. El concepto de empresa, es extenso y plurivalente, pudiendo abarcar desde una empresa unipersonal a una gran transnacional, por lo que parece más propio denotarlo como una realidad caracterizada por su función económica: producción, distribución y prestación de servicios (2). Se trata, pues, de una entidad constituida como unidad económica, sujeto del tráfico económico y jurídico a través de su personería jurídica. Esta noción es la que está tomando mayor envergadura en el ámbito del Derecho Penal en general y en el Derecho Comunitario en particular, porque superando los formalismos jurídicos, es materialmente el ente colectivo, organizado jerárquicamente, que teniendo como fines económicos, realiza las actividades económicas que, en su caso, podrían constituir delitos socioeconómicos. La consideración de los delitos socioeconómicos como delitos empresariales, es prácticamente un lugar común.

Es en el Derecho Comunitario donde se percibe más nítidamente la importancia de la noción económica de empresa. En materia de libre competencia, desde los primeros tratados de integración la hoy UE ha tenido potestad para sancionar directamente a empresas, cuando infringen las reglas de la competencia. A estos efectos, se considera que las empresas son autores en las infracciones comunitarias (3). Es decir, siendo las reglas de la competencia referidas exclusivamente a las empresas como sujetos de regulación del mercado y, por tanto, sujetos a los que se demanda un comportamiento determinado de no vulnerar las reglas del mercado libre (destinatarios de la norma de conducta), son ellas sujetos activos en estas infracciones, y también son sujetos pasivos, ya que el bien jurídico que se protege está referido también a las empresas, en la medida que inmediatamente son las principales beneficiarias de dichas reglas y mediatamente al mercado en general.

La utilización de un criterio funcional de empresa, que es eminentemente económico, le permite a la UE resolver el problema de la responsabilidad en grupos de empresas y en caso de transferencia de empresas (4). El concepto que se maneja es el de "unidad económica", definiéndola como un solo sujeto jurídico determinado por factores personales, materiales e inmateriales, cuya actividad persigue un fin económico. De esta manera se puede imputar los comportamientos ilícitos de la filial a la empresa matriz, en la medida que ésta dirige la unidad económica. Este concepto de unidad económica, también ha servido para resolver los casos de sucesiones y de fusiones empresas, pues se podría dar el caso que una vez realizada la infracción la empresa cambie de razón social o se fusione con otra. Para determinar la sanción se localiza la unidad económica.

Hoy en día, en que el capital y la organización de las empresas se complejiza con la formación de grupos de empresas o holdings, conviene no perder de vista la concepción funcional de empresa que maneja la UE, a los efectos de resolver los problemas de responsabilidad. Esta cuestión se retomará más adelante, una vez abordadas las nociones de sociedades y persona jurídica.

En el ámbito jurídico destacan las nociones de sociedades y personas jurídicas. La sociedad, en realidad es un negocio jurídico, frecuentemente plurilateral (contractual) entre los socios, para lograr un fin económico, concretamente, la finalidad de obtener un lucro repartible (5). Desde su creación histórica las sociedades, y específicamente su prototipo que es la Sociedad Anónima, han asumido la forma de persona jurídica diseñada en el Derecho Civil, como sujetos jurídicos, independientes de los socios, cuya responsabilidad está limitada al capital social. La progresiva formalización de la concepción persona jurídica, especialmente desde la postura realista de Gierke, ha contribuido a considerar a la sociedad anónima como una entequeia totalmente separada de los socios, la

dirección real de la misma pueda liberarse de toda responsabilidad hacia los socios (por la decisión de la mayoría) y que esta misma dirección queda también automáticamente liberada de los terceros (por responder sólo a la sociedad). Se produce así una total escisión entre poder y dirección por un lado, y patrimonio social por otro (6).

En las sociedades anónimas de hoy en día, que son la forma que adoptan la mayoría de grandes empresas modernas, al complejizarse por los procesos de fusiones y de grandes concentraciones de capitales que caracterizan los actuales grupos de empresas (7), ese proceso de escisión entre poder de decisión (dirección) e intereses de los socios (capital social) se acrecienta, diversificándose aún más las posibilidades de control. Con palabras de De Castro y Bravo: "En la gran empresa los socios no deciden nada y para nada es tenida en cuenta su voluntad; la Sociedad Anónima es o pertenece a quien domina en el Consejo de Administración y maneja por medio de la Banca las acciones necesarias para tener la mayoría (de papel) aquiescente. En la misma asamblea general no cuentan las personas ni el número de socios, sino la mayoría del capital representado... los socios ya saben que no son los `amos de la sociedad`, son de hecho (y se contentarían con que se les respetase sus facultades de tales) acreedores no privilegiados de la Sociedad" (8).

En este contexto económico de disociación cada vez mayor entre propiedad y control de la riqueza es que se inscribe la necesidad de intervenir con el Derecho Público dentro de un ente eminentemente privado como lo es la Sociedad. La concepción decimonónica liberal del mundo comercial, va dejando paso a una acuciante necesidad de regular por parte de los órganos públicos los entresijos internos de las propias sociedades. La idea cada vez más arraigada de que la libertad sin límites en el ámbito económico en general, y en el Derecho de sociedades en particular, produce graves desequilibrios y situaciones de injusticia (9), ratifican la urgencia de intervenir de manera contundente contra las conductas fraudulentas realizadas por quienes tienen el poder de decisión dentro de las sociedades.

Por otro lado, la consideración de la relación contractual de los administradores con la Sociedad por medio del contrato civilista del mandato, queda estrecha frente a la realidad del poder de los administradores, quienes son los que verdaderamente ostentan la capacidad de dirección dentro de la sociedad. Se ha producido pues, "una progresiva independización de los administradores de la Asamblea General", superando en la realidad el modelo clásico e ideal de subordinar a los administradores a la voluntad de la Asamblea, con lo cual, se ha quebrado la garantía de una dirección de los negocios societarios regidos por la coincidencia entre riesgo y poder (10). Los administradores poseen la dirección pero no el riesgo de las sociedades, con lo cual su capacidad de realizar actuaciones ilícitas sin responder por ello se multiplica, ya que actúan "en nombre de la Sociedad" (11).

El interés público por articular fórmulas externas de control de las sociedades viene refrendado por las transformaciones del sistema económico capitalista de los últimos tiempos, en el que la internacionalización de las actividades económicas, el desarrollo del sistema financiero y el intenso proceso de innovación tecnológico, permiten hablar de un "salto cualitativo" de la movilidad de capitales a nivel internacional. Esta concentración de capitales que favorece la creación de oligopolios, se ha transformado en un poder real, en un "poder político no estatal" (12), sobre todo vinculado a la tecnología de la información. Esta capacidad de intervención en la vida política y social de las grandes sociedades, ha sonado la voz de alarma, para consensuar mecanismos regulativos de intervención en las sociedades.

Los delitos societarios, como conductas desaprobadas social y económicamente, nacen pues para sancionar las formas más graves de defraudación del capital social, por parte de los administradores y directivos de sociedades, quienes dado el extraordinario poder que ostentan en estos momentos sobre todo en las grandes empresas en las que prácticamente es imposible el control, con incontables fórmulas económicas podrían menoscabar el capital social enriqueciéndose ilícitamente. Los ejemplos que la realidad de los últimos años nos ha brindado, es prueba del rechazo social de estas conductas y del daño económico que producen en un mercado "sano" para la libre competencia.

Se trata, en consecuencia, de diseñar mecanismos de control externos del funcionamiento de las sociedades, con el fin de prevenir y evitar perjuicios que los comportamientos al interior de las sociedades produzcan daños a una serie de intereses colectivos como: la competencia, el mercado, los consumidores, la Hacienda Pública, los trabajadores, el sistema financiero, el mercado bursátil,

etc. (13) No estamos pues, ante intereses privados, ni de grupos, sino ante la tutela final de una serie de bienes colectivos o supraindividuales, que podrían sintetizarse en el concepto general de sistema económico o mercado, pero que de ninguna manera es posible aprehender de manera unívoca. Este carácter "difuso" de los bienes en juegos, como se verá más adelante, planteará serios problemas en las técnicas de tipificación.

3. Transformaciones en el ámbito del Derecho Penal: el carácter sancionatorio del Derecho Penal económico

Paralelamente a estos cambios en la regulación del Derecho de sociedades, se ha producido importantes transformaciones dentro del propio Derecho Penal que deben abordarse para entender las nuevas incriminaciones llamadas "delitos societarios".

En las últimas décadas se ha producido una decidida intervención penal en una serie de conductas de orden económico que tradicionalmente eran abordadas por el sistema sancionatorio de la Administración. En el CP del 95 esta apuesta por el recurso penal para prevenir comportamientos socioeconómicos que dañan al mercado o a sus componentes, ha sido evidente con la introducción del Título sobre los delitos socioeconómicos (14). Es decir, el legislador ha considerado que muchas conductas que constituían sanciones administrativas debían adquirir "naturaleza penal" y por tanto, ser sancionadas con el instrumento más contundente que posee el Estado. Los alcances políticocriminales de esta opción y las consecuencias en la construcción dogmática, son cuestiones que aún están siendo abordadas por la doctrina, no sin cierta preocupación (15).

La legitimidad de la intervención penal con carácter general para sancionar las conductas más dañinas socialmente del orden socioeconómico y concretamente las infracciones societarias, no parece razonable discutir, dadas las necesidades de intervención pública dentro de la esfera de las sociedades, antes expuestas. Lo que se cuestiona es la legitimidad concreta de las formas de intervención, esto es, la técnica legislativa que desborda el Derecho Penal del hecho, semejándose más a un Derecho Penal que ha perdido el norte de los pilares de lesividad y culpabilidad.

En efecto, un detenido análisis de las figuras incriminadas como delitos societarios en el CP de 1995, nos muestran una serie de incriminaciones que afectan el principio de lesividad, taxatividad, subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención penal. Se contradice el principio de lesividad (vinculado a la subsidiariedad y proporcionalidad) porque encontramos fórmulas que no suponen un desvalor social de la conducta, sino una mera desobediencia al Estado, configuradas como delito de peligro abstracto para el bien jurídico colectivo protegido, que es el supuesto de la obstaculización en las tareas de inspección (art. 294 CP) (16). Este es un claro ejemplo en que el Derecho Penal del riesgo, eminentemente preventivo, hace su aparición con fórmulas de adelantamiento de la intervención penal (Vorfeldkriminalisierung). La máxima de taxatividad queda entredicha con fórmulas abiertas de incriminación, como la del art. 292 CP, cuando tipifica el delito de adopción de acuerdos con mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma, ...: "o por cualquier otro medio o procedimiento semejante" En este caso, es verdad que la utilización de una cláusula general era difícilmente evitable (17); pero también es cierto que la necesidad de la utilización de estas fórmulas pone en evidencia las dificultades de abstraer de manera generalizante conductas lesivas para bienes económicos, cuando el mundo de los negocios se rige por unas reglas poco previsibles. El carácter difuso del bien jurídico protegido, hace prácticamente imposible diseñar tipos generales respetuosos del principio de taxatividad., ante la movilidad del mundo económico.

Nos encontramos pues, en lo que se ha venido en llamar Derecho Penal meramente sancionatorio, caracterizado porque la norma penal se configura como "mero instrumento de cierre del sistema de control" (18), donde la sanción administrativa se muestra como el instrumento directo de los destinatarios de la norma de conducta y la sanción penal "el brazo armado" de todo el sistema sancionatorio" (19). Esto es lo que ocurre, por lo menos en el plano del "Derecho Penal viviente", en el Derecho positivo de estas normas penales comentadas y de buena parte de los delitos económicos, aunque claro está se siga sosteniendo en el plano académico el mantenimiento de los principios. Este carácter sancionatorio que se expresa con el necesario correlato de normas de reenvío y tipos penales en blanco, así como con la proliferación de elementos normativos extrapenales y tipologías fundadas en deberes especiales (delitos especiales), no quiere decir que el Derecho Penal renuncie a su autonomía técnico-valorativa, sino que la materia económica, bastante

formalizada en las sociedades postindustrializadas, hace que todo el Derecho económico (bursátil, financiero, mercantil, de la libre competencia, etc.) sea el complemento técnico del Derecho Penal económico. Es decir, existe una necesaria sinergia entre el Derecho sancionador administrativo y el Derecho Penal en todo el Derecho Penal económico, propia del papel del Estado social como agente contenedor de los riesgos sociales y de intervención en las esferas económicas y sociales (20).

Esta nueva vertiente del Derecho Penal que también se ha denominado "administrativización del Derecho Penal" (21), convoca la cuestión de legitimación de todas estas figuras que superando los principios fundamentales del "Derecho Penal clásico", se muestran eficaces para prevenir conductas que lesionan intereses colectivos de carácter económico. Se habla de la "flexibilización" o "normativización" de las categorías penales para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad. Es decir, se trata de discutir hasta qué punto la intervención penal se está convirtiendo en una *prima ratio* en manos del Estado, presentándose una verdadera "huida hacia el Derecho Penal", potenciando su función simbólica, últimamente favorecida por diferentes instancias sociales que ven en el instrumento penal un lugar de resolución de los conflictos (22).

La reflexión que ello suscita es de suyo compleja y tendría que responder a las siguientes cuestiones: ¿Ese Derecho Penal "flexibilizado" sigue siendo "penal" o se ha desnaturalizado para convertirse en "otro" Derecho Penal? o, formulada la cuestión desde otra perspectiva, ¿La construcción dogmática tal y cual la conocemos al mostrarse poco idónea para sancionar estas nuevas formas de criminalidad debe "flexibilizarse" o es preferible diseñar nuevos modelos de imputación? Si fuera así, ¿Qué modelo sancionatorio debe seguirse? En fin, como sostiene Foffani (23), al adentrarse en la legitimación de la incriminación por administración desleal, se está discutiendo en definitiva, la sede del futuro Derecho Penal de la economía. Este tema también ha sido estudiado por los italianos en relación al proceso de "decodificación" sufrido en los últimos tiempos con la promulgación de un arsenal de leyes especiales en materia económica. El futuro del Derecho Penal en general y del Derecho Penal económico en particular están intrínsecamente condicionados, de manera que la apuesta por subespecies del sistema penal, con categorías cuasi-penales, no totalmente encuadrables dentro de las categorías actuales, o la de mantener un Derecho Penal monolítico, en el que se debe bregar por el mantenimiento de las garantías y los principios alcanzados, marcan los polos del debate actual.

Con razón afirma Tiedemann (24), que el futuro del Derecho Penal económico depende de la clasificación de las infracciones, en injusto penal, injusto administrativo o como injusto de carácter privado. Las discusiones de Derecho Comparado (Italia, Alemania o Portugal) han discurrido precisamente por esos derroteros, debatiéndose a partir fundamentalmente del plano de la eficacia y la flexibilidad que permite el instrumento sancionador administrativo.

No obstante, no debe ser desde el prisma de la eficacia y la flexibilidad de la clase de sanción que ha de abordarse la cuestión (25), sino desde la posibilidad de distinguir supuestos de hecho con un desvalor social (dañosidad social) que puedan justificar la intervención penal. Tal parece que en este sentido poco se puede objetar de las conductas más graves que lesionan el desarrollo económico de las sociedades, como la administración fraudulenta o desleal (art. 295 CP). El asunto más controvertido resulta el de las garantías, esto es, si es predicable una rigidez de los principios y las categorías para las materias económico-societarias, o debe admitirse la "flexibilización" de los mismos para responder con eficacia a estas nuevas formas de criminalidad.

El debate lo ha planteado en nuestro medio el Prof. Silva Sánchez (26), sosteniendo la solución de un Derecho Penal a dos velocidades, en función de que la incriminación esté o no sancionada con pena privativa de libertad. La propuesta de un "núcleo duro" del Derecho Penal en el que se mantenga la rigidez de los principios y de las categorías, para las conductas más graves, normalmente sancionadas con pena privativa de libertad (27), no parece objetable. Lo discutible es "una rebaja" del nivel de garantías para un sector del Derecho Penal vinculado a la criminalidad de los poderosos, sobre todo porque puede producir una "bagatelización de los white collar crime".

Entendiendo las garantías en su significado fundamental, no sólo vinculadas a la calidad y cantidad de la sanción, sino de acuerdo a su función esencial que no es otra que limitar el arbitrio de los poderes públicos para intervenir en los bienes jurídicos de los ciudadanos (28). Precisamente en estos momentos, que por sus propias funciones sociales el Estado tiene que intervenir en la vida

social y económica, adquiere la mayor relevancia el predicar la actualidad de las garantías penales – las de mayor desarrollo sistemático-, para contrapesar ese embate de nuevas incriminaciones y nuevas sanciones.

Se puede objetar que "la tiranía de los principios" impide una lucha eficaz contra determinada criminalidad. Y ello es cierto fundamentalmente porque las categorías penales y los principios que le acompañan han sido diseñados a partir del paradigma de conducta del homicidio y de las lesiones, dominado por una concepción naturalística del delito, donde el núcleo del injusto se centra en la lesión de un bien jurídico individual y el reproche de culpabilidad en una mala voluntad (no haber actuado de otro modo). La fenomenología actual de los delitos societarios se aleja diametralmente de dichas coordenadas, siendo el paradigma totalmente diferente: puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos y los sujetos intervinientes suelen ser grupos organizados, sujetos complejos o sistemas complejos.

Considero que el tema de la posible necesidad de "flexibilizar" los principios –cuestión de obligada exigencia, por otra parte, en algunos casos- no se debe sólo a las demandas de eficacia, sino más bien a las configuraciones de las materias en juego, en concreto a las características del bien jurídico y de los sujetos intervinientes garantes de esos bienes jurídicos. Lo que quiero decir es que, si en algunos casos existirán infracciones que no respeten en su totalidad el principio de lesividad al sancionar meros ilícitos de peligro abstracto, no es sólo por una mayor efectividad en la persecución, sino, sobre todo, porque hay materias que requieren una regulación preventiva previa, contenedora de los riesgos, como puede ser el medio ambiente o las infracciones societarias. Más bien, por lo que se debería bregar es por mantener en el Derecho Penal las conductas más graves que supongan verdadera dañosidad social, dejando para el ordenamiento sancionador los ilícitos que supongan mera desobediencia.

Para demostrar esta necesaria "adaptabilidad" de las incriminaciones de acuerdo al bien jurídico y a los sujetos responsables, pasaré a analizar estos dos aspectos de manera somera.

El problema del bien jurídico y de los sujetos responsables en los delitos societarios: el conflicto de intereses dentro de la Sociedad.

Ya se ha señalado el carácter difuso y colectivo de los bienes jurídicos en juego en los delitos societarios, entrando a tallar una serie de intereses –de ahí la naturaleza pluriofensiva de las figuras- que se vinculan a la propia sociedad, a los intereses de los socios, o a los intereses de los acreedores o terceros. Pero también se podría hablar de los intereses de los trabajadores (normalmente tipificados como delitos contra los trabajadores), del mercado, vinculados a la fé pública, etc.

Concretamente, el delito de falsedad de los documentos sociales (art. 290 CP), se ha considerado que protege una pluralidad de intereses, de distinta naturaleza, ya sea macro o microeconómica, como la fe pública, la economía pública, el patrimonio social, los terceros acreedores, los futuros acreedores, etc. (29) Si se toma en cuenta que muchas veces dichos intereses entran en conflicto, es fácil percibir la dificultad de percibir la lesión –que en este caso es un peligro hipotético- al bien jurídico.

¿Cuál sería el norte para diseñar los intereses tutelados en los delitos societarios? Fundamentalmente debe recalcar que no estamos ante delitos que se realizan a través o mediante la sociedad; sino ante delitos cometidos dentro y contra la propia sociedad. Es decir, estamos ante la "criminalidad en la empresa" y no la "criminalidad de empresa". Nos encontramos ante infracciones de deberes o abusos de poderes por parte de personas que ejercen funciones de administración en el seno de las sociedades (30). Al tratarse de bienes jurídicos formalizados (como lo sería "la sociedad"), vinculados a la infracción de deberes jurídicos de los sujetos responsables, bien jurídico y sujetos responsables se presentan como variables íntimamente relacionadas con los sujetos a los que se dirige la norma (Normadressaten), en tanto proceso de comunicación entre sujeto y norma penal.

Sin embargo, en la realidad no es fácil definir cuándo existe un fraude contra la propia sociedad cuando nos encontramos con los grupos de empresas, en las que por su particular naturaleza organizativa que diversifica las fases de producción y financiación, suelen encontrarse al interior

diversos grupos con sus particulares intereses que pueden incluso entrar en conflicto. Así se observa que el "llamado de la norma" no es unívoco y, por tanto, puede mermar ciertamente la función de motivación de la norma penal.

En efecto, ese "salto cualitativo" producido por el capital transnacional y cada vez más centralizado que constituyen los grupos de empresas, produce también un "salto cualitativo" en su regulación jurídica y concretamente penal. Con ello se quiere afirmar que, los fenómenos de descentralización de la actividad productiva, pero concentración de los poderes de decisión de las sociedades en los grupos que manejan el conglomerado social, denominado "fenómenos de grupos" al interior de sociedades, hace que el debate sobre los conflictos de intereses, constituya el germen de una contradicción profunda de los intereses sociales (31), difícilmente regulable y, sobre todo, que impide observar la lesividad de las conductas para la sociedad.

Como dice Terradillos (32), "no hay que hacer grandes esfuerzos imaginativos para entender que la política del grupo puede imponer en ciertos casos la descapitalización de alguna de las empresas en él integradas en beneficio de otras. Y tampoco puede desconocerse que éste es un instrumento idóneo para provocar crisis empresariales....".

Esto nos demuestra que algunos casos de criminalidad en la empresa, pueden también ser casos de criminalidad de la empresa, cuando los administradores actúan por demandas de políticas de empresas articuladas por el grupo que posee el poder de dirección, incluso en contra de los intereses de algunos socios. E, incluso, puede conectarse con la criminalidad organizada común y del poder, cuando alguna empresa se vincula con operaciones ilícitas. Hechos como la financiación irregular de los partidos políticos, las políticas de directivos favorecidas por el poder de dirección para aumentar sus beneficios mediante estrategias retributivas irregulares (stock options), la utilización de conglomerados de empresas con influencias en la opinión pública para acceder a cuotas de poder, etc. etc., nos demuestran que el mundo de los delitos societarios es amplio y complicado.

Si a ello aunamos el hecho que no se ha desarrollado aún un sistema sancionatorio a la propia Sociedad, esto es no se ha diseñado un sistema de responsabilidad de la propia empresa, llámese penal o administrativa, porque según la evolución dogmática del sistema penal partimos de paradigmas de la responsabilidad personal (33), se puede afirmar que el Derecho Penal se está enfrentando prácticamente con bayonetas a un gigante poderoso como son las grandes empresas. Lo que no parece por lo menos muy congruente es que se desarrollen los ilícitos de protección de la sociedad, pero no los ilícitos realizados desde la sociedad, cuando en la realidad están estrechamente vinculados.

Finalmente, lo que me parece importante advertir es que la introducción del Derecho Penal en el mundo de las sociedades, puede ser un camino muy espinoso, dada la extraordinaria capacidad de movilidad del capital que ha demostrado en los últimos tiempos y, sobre todo, a que las herramientas penales todavía siguen siendo excesivamente rudimentarias para regular un objeto tan inaprehensible como lo es el capital de las sociedades. Esto no quiere decir, que deba renunciarse a priori a la intervención penal para los casos más graves, sino simplemente, que para lograr una efectiva perseguibilidad penal de los delitos societarios, se requiere madurar una serie de consensos en el Derecho Penal aún inexistentes, sobre todo vinculados a la dogmática de los bienes jurídicos colectivos y a las técnicas de peligro. Y, es necesario, como no, coordinar técnicamente todos los mecanismos de control de las irregularidades societarias (Leyes mercantiles, laborales, bursátiles, fiscales, financieras, bancarias, etc.), en un programa políticocriminal común, donde el horizonte de una intervención pública en el mercado para la satisfacción de las necesidades sociales, constituya el eje de su diseño.

Creo coincidir con la observación ya realizada desde las filas del Derecho Mercantil de que "la regulación de los delitos societarios incluida en el nuevo CP, acusa una notable y sumamente preocupante falta de maduración y de reflexión, que previsiblemente acabará generando más problemas de los que pueda solventar" (34).

4. BIBLIOGRAFIA:

Aragón Medina, "Los grupos de empresas como unidad económica dominante", en Baylos /Collado (eds.), Grupos de empresas y Derecho del Trabajo, Madrid, Trotta, 1994.

Areán Lalín, Manuel: "Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios", en AA. VV., El nuevo CP y los delitos societario", Fundación Caixa Galicia, 1998.

Bacigalupo, Enrique: "Los delitos societarios en el nuevo CP", en Bacigalupo, E. (Ed.), Curso de Derecho Penal Económico, Madrid, Marcial Pons, 1998.

Bacigalupo, Silvina: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, J.M. Bosch, 1998.

Bajo Fernández, Miguel: "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AA. VV., El nuevo CP y los delitos societario", cit.

Barbero Santos, Marino: "Introduzione generale ai reati socio-economici. I reati societari", en RTDPE, N° 3, 1997.

Bricola, Franco: "Il costo del principio societatis delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario", en RIDPP, 1970.

De Castro y Bravo, Federico: La persona jurídica, Madrid, Civitas, 1991, 2ª ed.

Díez Ripollés, José Luis: "Exigencias sociales y Política Criminal", en Claves de la Razón Práctica, 1998, N° 130.

Eidam, Straftäter Unternehmen, München, Beck, 1997.

Ferré Olivé, Juan Carlos: "Sujetos responsables en los delitos societarios", en RP, N° 1, 1998.

Faraldo Cabana, Patricia: "Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los arts. 296 y 297 del CP de 1995", en AA. VV., El nuevo CP y los delitos societario", cit.

Foffani, Luigi: Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, Quaderni di Giurisprudenza commerciale, N° 181, Milano, Giuffré editore, 1997.

García Cervera, Percy: La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación, Barcelona, J.M. Bosch, 1999.

García-Pita y Lastres, José Luis: "La responsabilidad por delitos societarios, desde la perspectiva del seguro privado", en AA. VV., El nuevo CP y los delitos societario", cit.

Granados Pérez, Carlos. "Problemática de los arts. 291 y 292 del CP", en Bacigalupo, E. (dir), Empresa y delito en el nuevo CP, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997.

Hamman, Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht, Pfaffenweiler, Centaurus, 1992.

Martínez-Buján Pérez, Carlos: "Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta", en AA. VV., El nuevo CP y los delitos societario", cit.

Muñoz Conde, Francisco: "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", en RP, N° 5, 2000.

Musco, Enzo: "La tutela penal societaria y la falsedad en el balance, entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas", en RP, N° 5, 2000.

Nieto Martín, Adán: El delito de administración fraudulenta, Barcelona, Praxis, 1996.

Paliero, Carlo Enrico: "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica", en AA. VV.,Hacia un nuevo Derecho Penal económico, Libro Homenaje al Prof. Tiedemann., Madrid, Ministerio de Justicia, 1995.

Polo Vereda, Javier: "Delitos societarios; reflexiones para una selección de aspectos problemáticos", en La Ley, Nº 2, 1998.

Pérez Cepeda, Ana: La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución, Barcelona, Cedecs, 1997.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo: "Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción", en AA. VV., El nuevo CP y los delitos societario, cit.

Silva Sánchez, José María: La expansión del Derecho Penal, Madrid, Civitas, 1999.

Tiedemann, Klaus: Lecciones de Derecho Penal económico, Barcelona, PPU, 1993.

Terradillos Basoco, Juan: Delitos societarios, Madrid, 1987.

Terradillos Basoco, Juan: "Delitos societarios y grupos de empresas", en Baylos /Collado (eds.), Grupos de empresas y Derecho del Trabajo, cit.

Valle Muñiz, José Manuel: "De los delitos societarios", en Quintero Olivares / Morales Prats/ Valle Muñiz, Prats Canut, Tamarit Sumalla / García Albero, Comentarios al CP, Pamplona, Aranzadi, 1996.

Zúñiga Rodríguez, Laura: "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995", en RPCP, Año IV, Nº 7/8, Edición especial sobre el nuevo CP español.

Zúñiga Rodríguez, Laura: "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en Ferré Olivé / Enarte, Delincuencia organizada, Aspectos penales, procesales y criminológicos, Univ. de Huelva – Fundación El Monte, 1999.

Notas:

1. Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, cit., pág. 23.
2. Terradillos, Derecho Penal de la empresa, Trotta, 1995, pág. 13.
3. Cfr- Hamman, Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht, Pfaffenweiler, Centaurus, 1992, passim; Eidam, Straftäter Unternehmen, München, Beck, 1997, pág. 54.
4. Cfr. Hamman, ob. ult. cit., págs. 13 y 14;; Cfr. Nieto Martín, "Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro",ob. cit., pág. 614.
5. Cfr. Garrigues Díaz-Cañabate, J., Curso de Derecho Mercantil, T. I, Madrid, Civitas, 1982, 7ª ed., pág. 307. Esta definición permitiría distinguir las sociedades con ánimo de lucro, de las "asociaciones" que no lo tienen. Sin embargo, las fronteras entre ambos tipos de agrupaciones tienden a difuminarse, tan es así, que en el Derecho Comparado, concretamente en los países anglosajones, Alemania y Suiza, existe una concepción "monista" de las agrupaciones. Cfr. García-Pita y Lastres, pág. 74.
6. En este sentido nítidamente De Castro y Bravo, La persona jurídica, cit., pág. 29.
7. Proceso de intensa centralización del capital que se produce en esta última etapa de desarrollo capitalista, en el que "el móvil fundamental es obtener economías de escala o de alcance de las que se derivaría una mejor posición competitiva en un mercado cada vez más abierto e internacionalizado". Aragón Medina, "Los grupos de empresas como unidad económica dominante", cit., pág. 23.
8. La persona jurídica, cit., pág. 33.
9. Las palabras de De Castro y Bravo, La persona jurídica, cit., págs. 32 y 33, son contundentes: "Con la pérdida de confianza en los dogmas del individualismo liberal, ha terminado también

el creer en que la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad sin límites sean siempre beneficiosas para la libertad personal y la experiencia no permite dudar de que, sin la vigilancia constante del Estado, han sido, son y serán utilizadas para despojar y esclavizar a los económicamente débiles". En sentido similar: Aragón Medina, "Los grupos de empresas como unidad económica dominante", cit., pág. 25: "El desarrollo de la gran empresa ha supuesto una modificación de las características de los mercados y de los sistemas productivos, señalando la importancia de regular nuevos mecanismo de regulación económica en los que está implicada tanto la sociedad civil como los marcos jurídico-institucionales de carácter estatal o supranacional".

10. Cfr. Bricola, "Il costo del principio societatis delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario", cit., pág. 1029.
11. Como dice Terradillos, Delitos societarios, cit., pág. 58: "las grandes sociedades no son organismos de estructuras democráticas sino oligárquicas: el poder de los socios pasa a los administradores, y de éstos a los mángers, perdiendo la asamblea toda posibilidad de control".
12. Cfr. Aragón Medina, "Los grupos de empresas como unidad económica dominante", cit., págs. 34-35 y 40.
13. Cfr. Valle Muñiz, José Manuel: "De los delitos societarios", cit., pág. 1304.
14. Teniendo en cuenta que en otras legislaciones, como por ejemplo en Italia, estas incriminaciones pertenecen a la legislación penal especial y no al CP, pues, aunque esto se deba a consideraciones históricas propias de dicho país, el proceso de "decodificación" vivido en los últimos tiempos en materia de Derecho penal económico ha tenido un significado material de alejamiento de los principios del Código Rocco de 1930.
15. Podría sintetizarse esta cuestión en el debate general de la opción de mantener el sistema dogmático frente a los retos de estas nuevas formas de criminalidad, o diseñar nuevos mecanismos de imputación idóneos para resolver los problemas que se presentan ante la incapacidad del "Derecho Penal clásico" para resolverlos. Sobre este tema, concretamente en el ámbito de la imputación de responsabilidad penal de los sujetos responsables en la criminalidad de empresa y en la criminalidad organizada Vid. Zúñiga Rodríguez, "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", cit., págs. 211 y s. Denunciando este debate moderno Vid. Muñoz Conde, "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", cit., págs. 48-49.
16. Cfr. las contundentes críticas de la doctrina: Ferré Olivé, "Sujetos responsables en los delitos societarios", pág. 21 y Valle Muñiz, "De los delitos societarios", cit., págs. 1328 y 1329. Para quienes éste es un claro ilícito formal que debiera ser sancionado como infracción administrativa.
17. Cfr. Barbero Santos, "Introduzione generale ai reati socio-economici. I reati societari", cit., pág. 634,
18. Foffani, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, cit., pág. 414, Vid. más ampliamente, págs. 413 - 450.
19. En palabras de Foffani, op. ult. cit, pág. 438: "Una batalla de principios contra las atribuciones del Derecho Penal en este como en otros sectores, de una función meramente sancionatoria, corre el riesgo de aparecer como una guerra iniciada contra los molinos de viento".
20. Tal como sostiene Paliero, "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica", cit., pág. 479 "existen esferas de actividad cuyo control se reparte, de manera dosificada, entre el instrumento penal y el instrumento administrativo sancionador: La experiencia neocapitalista ha demostrado que existen sectores en los cuales la sinergia de los dos modelos represivos resulta indispensable para llevar a cabo una racionalización del (sub)sistema de control". Por tanto, distinguir cualitativamente ambos ilícitos en lo atinente a garantías y criterios de atribuibilidad, podría llevar a incoherencias sistemáticas, en claro desmedro de los principios de unidad del ordenamiento y de seguridad jurídica.
21. Cfr. Silva Sánchez, La expansión del Derecho Penal, cit., pág. 100. Este autor llama la atención de cómo también se empieza a razonar en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo, a propósito de los delitos de acumulación (Kumulationdelikte) (pág. 107).
22. Sobre los cambios en la política criminal propiciados por las exigencias sociales de encontrar un referente en el Derecho Penal, ante la falta de derroteros éticos y religiosos de la Sociedad actual, Cfr. Díez Ripollés, "Exigencias sociales y política criminal", passim.
23. Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, cit., pág. 23.
24. En Lecciones de Derecho Penal económico, cit., pág. 229.

25. Donde se pretende revitalizar las sanciones privativas de libertad para los administradores de sociedades con un claro afán de prevención general disuasoria; pero olvidando que el horizonte de la pena privativa de libertad debe ser su desaparición.
26. La expansión del Derecho Penal, cit., pág. 116.
27. Teniendo en cuenta que la tendencia de ésta es la de su disminución real, como ya sucede en Alemania o Italia y se privilegien sanciones de carácter patrimonial, no de carácter personalísimo.
28. Como dice Ferrajoli, Derecho y Razón, ob. cit., pág. 92: "La función específica de las garantías en el derecho penal, en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva". También expresa este transfondo de los principios y garantías Diez Ripollés, "Exigencias sociales y política criminal", ob. cit., pág. 51:
29. Cfr. Musco, "La tutela penal societaria y la falsedad en el balance", cit., pág. 55, comentando el tipo similar italiano.
30. Suárez González,
31. Cfr. Foffani, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa, cit., pág. 141.
32. "Delitos societarios y grupos de empresas", cit., pág. 81.
33. Vid. sobre este tema más ampliamente, Zúñiga Rodríguez, Laura: "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", cit., págs. 222-235. También Cfr. Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, passim.
34. Areán Lalín, "Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios", cit., pág. 20.