

# I Congreso hispano-italiano de dereito penal económico

A Coruña, do 20 ó 24 de abril de 1998

Avogado | José Ricardo Pardo Gato

<sup>1</sup> AUGER LIÑAN, Clemente, *El Derecho penal de la economía problemática*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, C.X.P.X., Tomo XXII, *La nueva delincuencia I*, Madrid, 1993, páxs. 31 a 55.

A posibilidade da existencia ou configuración dun dereito penal económico inclúese no núcleo dos problemas de maior actualidade e relevancia do dereito penal, posto que a existencia e presenza particular do dereito penal da economía pode supoñer importantes e transcendentais repercusións no ámbito do dereito penal estrictamente considerado.

A intervención do Estado na economía provocou a aparición de novas formas xurídicas destinadas á súa regulación. Xurdiu así o chamado dereito económico que entrou en pugna co dereito clásico, feito que afectou á economía contractual e redimensionou a noción de orde pública. Paralelamente, a reforma económica produciu a irrupción de normas de dereito penal económico, que se entendeu como a norma máis aguda de intervención do Estado na economía<sup>1</sup>.

Revista Galega de  
Administración Pública.  
Núm. 19 maio-agosto 1998

O prestixio que segue atribuído ó dereito penal propiamente dito, singularmente ó dos códigos, cos seus aceptados valores de censura e prevención xeral, incita á súa utilización como instrumento ó servizo dos imperativos económicos do momento. É certo que, a pesar da evidencia de realidades comprobadas, non se desiste de someter ó dereito penal fenómenos da vida económica, da ciencia e conciencia dos máis espectaculares e reiterados fracasos, atenuados notablemente coa aprobación da Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal (CP).

\* \* \*

Entre os días 20 e 24 de abril de 1998 tivo lugar na Coruña, no Rectorado da Maestranza, o "I Congreso hispano-italiano de dereito penal económico" que, organizado pola Área de Dereito Penal da facultade de Dereito da Universidade da Coruña, contou coa colaboración do Ilustre Colexio Provincial de Avogados desa capital e da Escola Galega de Administración Pública. Neste importante congreso, no que participaron eminentes xuristas, tratouse, dende o punto de vista do dereito español e italiano, un tema do máximo interese como é o do dereito penal económico, tendo en conta as importantes modificacións introducidas neste campo e en España coa entrada en vigor do Código penal de 1995.

Coa presidencia de Jorge Teijeiro Vidal, vicerrector de Relacións Institucionais da Universidade da Coruña, a inauguración do Congreso correu a cargo de Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública, Ramón García-Malvar y Mariño, fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, e Carlos Martínez-Buján Pérez, catedrático de dereito penal na Universidade coruñesa.

Nas palabras de apertura o profesor Martínez-Buján destacou a presenza hoxe do dereito penal económico como unha auténtica ciencia autónoma de carácter diferencial con respecto ó dereito penal nuclear ou común e subliñou que o reto actual do dereito penal económico consiste en acomodarlos principios penais de imputación ós novos delitos e, en particular, ós delitos empresariais.

Pola súa parte, o profesor Bello Janeiro puxo de manifesto que a aprobación e conseguinte entrada en vigor do Código penal de 1995 supuxo unha enorme repercusión no ámbito da Administración pública, especialmente nas administracións autonómicas, froito da descriminalización de determinadas con-

ductas, conforme a moderna tendencia europea, como ocorre en Alemaña, xa que a actual tipificación dos delitos require ser integrada en case tódolos casos con normas de carácter administrativo, coa complicación engadida de seren moitas delas regulamentarias e co risco consecuente de deslegalización.

Como principais novidades introducidas polo referido código, o director da EGAP resaltou a esixencia de responsabilidade civil subsidiaria á Administración do Estado, á Comunidade Autónoma, á Administración local (provincia ou concello), e ós demais entes públicos, que, cada un no seu caso, responderán subsidiariamente dos danos ocasionados polos penalmente responsables dos delitos dolosos ou culposos, cando estes sexan autoridade, axentes e contratados da mesma ou funcionarios públicos no exercicio dos seus cargos ou funcións, sempre que a lesión sexa consecuencia directa do funcionamento dos servizos públicos que lles confíansen.

Esta responsabilidade establécese sen prexuízo da responsabilidade patrimonial derivada do funcionamento normal ou anormal dos ditos servizos esixible conforme coas normas do procedemento administrativo, e sen que, en ningún caso, se poida dar unha duplicidade indemnizadora.

A responsabilidade civil das administracións públicas parte, no Código penal de 1995, do principio de que a execución dun feito descrito pola lei como delito ou falta obriga a reparar, nos termos previstos nas leis, os danos ou perdas ocasionados, onde se mesturan as pretensións posibles de carácter civil acumulables ó proceso penal coa obriga de responsabilidade civil derivada do feito delictivo.

Outro tema de especial transcendencia para a Administración pública ó que se referiu o profesor Bello, productivo do novo sistema de penas, é o correspondente á novidosa competencia do Tribunal do Xurado para coñecer do xulgamento dos delitos cometidos polos funcionarios públicos no exercicio dos seus cargos, que no último Código penal aprobado figuran baixo a rúbrica dos "Delitos contra a Administración de Xustiza", "Infidelidade na custodia de documentos", "Suborno", "Malversación de fondos públicos", "Fraudes e exaccións ilegais", e "Infidelidade na custodia de presos"; e son encomendados os anteditos preceptos ó coñecemento do xurado, composto por xuíces legos.

Entrando xa a comenta-lo contido específico do Congreso, na primeira das sesións abordouse o tema da "Responsabilidade penal das persoas xurídicas", que foi obxecto de reflexión, dende o punto de vista italiano, por Carlo Enrico Paliero, ordi-

nario de dereito penal da Universidade de Pavía, e dende a óptica española, por Mercedes García Arán, catedrática de dereito penal da Universidade Autónoma de Barcelona.

Enrico Paliero articulou o seu relatorio en tres puntos, dous relativos ás teses que, en relación coa materia, poden sosterse actualmente e un terceiro relativo ás hipóteses de traballo que neste ámbito se poden formular.

Respecto das teses, tratou en particular os presupostos de feito da criminalización do ente (a *fenomenoloxía* da responsabilidade) e o cadro xeral das opcións normativas (a *nomoloxía* da responsabilidade).

En canto á *fenomenoloxía* da responsabilidade, o ordinario entende que se trata de sinalar os principais presupostos de feito da “necesidade de pena”, aceptada actualmente para a persoa xurídica pola xeneralidade da doutrina. Na súa opinión, estes son:

1. A globalización dos mercados e a conseguinte democratización do dereito penal.

2. O investimento das relacións de “visibilidade” entre vítimas individuais e vítimas colectivas.

3. A conseguinte preponderancia, na emersión social dos comportamentos criminais, do autor colectivo sobre o autor individual.

En canto á *nomoloxía* da responsabilidade, considera que se trata de botar unha ollada sobre as opcións normativas que xurdiron en relación co tratamento da criminalidade do ente.

As respostas dos diversos ordenamentos a estes *inputs* fácticos son principalmente de dous tipos, que deron lugar actualmente, en termos iuscomparatísticos, a dúas familias xurídicas, as cales poden analizarse como un corte transversal da clásica dicotomía dos sistemas comparados<sup>2</sup>.

Esta gran división de nova creación concéntrase en dous paradigmas, cada un dos cales está dotado da súa propia “razón práctica”:

a) O paradigma da responsabilidade penal.

b) O paradigma da responsabilidade non penal ou administrativa.

Deste cadro de opcións ou posibilidades nacen, segundo o relator, as experiencias e as dificultades que se desenvolven no ámbito das dúas familias aludidas.

Así, na familia que opta pola responsabilidade non penal<sup>3</sup> verifícase unha *criminalización servil* da entidade, consecuencia, en substancia, do coñecido fenómeno consistente na “fraude de etiquetas”.

<sup>2</sup> *Civil law vs. common law.*

<sup>3</sup> Familia á que pertence o Ordenamento italiano, ademais do español.

<sup>4</sup> Familia representada na actualidade, en particular, polos ordenamentos francés e estadounidense.

Na familia que opta pola responsabilidade penal<sup>4</sup> observouse a concreción de dous puntos problemáticos principais, que son os relativos ó catálogo de delitos “comisibles colectivamente” e ós criterios de imputación da responsabilidade colectiva.

Respecto da hipótese, Enrico Paliero detívose especificamente nos perfís estruturais e nas aporías dogmáticas do feito xurídico-penal do ente, isto é, a *criterioloxía* da responsabilidade.

Neste sentido, os problemas presentados pola esixencia de crear unha “nova dogmática” da responsabilidade orientada ás persoas xurídicas (“artificiais”), que non se limita xa, polo tanto, ás persoas físicas (“naturais”), son de índole diversa, e en particular dan lugar a tres cuestións:

1. A construción dun modelo autónomo de imputación: a culpabilidade da persoa xurídica.

2. A individualización da esfera dos “autores” persoas físicas, a través da actuación dos cales, o feito se lle imputa directamente á persoa xurídica (o denominado problema do autor exponencial).

3. As relacións entre a responsabilidade colectiva clásica (o concurso de persoas no delito) e a responsabilidade colectiva exponencial (a responsabilidade directa da entidade colectiva).

Por último, e a modo de recapitulación, Enrico Paliero sinalou que a demanda actual vai na dirección de saír do terreo do equívoco e abandonar definitivamente o dogma antihistórico “*societas delinquere non potest*”, para lle aplicar tamén ó ente, cando se converte en reo, as garantías da “*Magna Charta del reo*”, é dicir, do Código penal.

Isto só pode ter lugar, segundo a súa opinión, mediante a construción dunha nova dogmática da responsabilidade penal, orientada exclusivamente sobre o ente, e capaz de resolver de forma político-criminalmente aceptable os tres problemas fundamentais individualizados como hipóteses.

Neste sentido, a visión do tema que da “responsabilidade penal das persoas xurídicas” ten o ordinario coincide en moitos dos seus aspectos coa da profesora García Arán, quen abordou a cuestión de maneira moi semellante a como o fixo o seu colega italiano.

A profesora iniciou a súa exposición cunha problemática de partida baseada na fenomenoloxía e atomización no ámbito das persoas xurídicas, e indicou que é case imposible encontrar responsabilidades individuais.

Segundo o seu criterio, confrontando a actuación das persoas xurídicas cos criterios clásicos do dereito penal chégase á conclusión de que as regras de autoría e participación non serven

porque as actividades executivas e decisivas están individualizadas, e non serven tampouco os fins clásicos da pena (a prevención diríxese a suxeitos individuais).

Así, ante isto caben dúas opcións opostas:

1. Como non se poden incluír nas categorías subxectivas do dereito penal, non se lles pode imputar responsabilidade<sup>5</sup>.

2. Como non se lles pode imputar responsabilidade penal, a imputación debe realizarse por procedementos distintos dos utilizados para as persoas físicas.

Respecto da primeira destas perspectivas, no Código penal existe a regra do "actuar por outro" (artigo 31)<sup>6</sup>, que non ten que ver coa responsabilidade de persoa xurídica. Trátase de buscar unha responsabilidade individual para operar<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sistema de orixe romano-xermánica.

<sup>6</sup> Artigo 31 CP: "O que actúe como administrador de feito ou de dereito dunha persoa xurídica, ou en nome ou representación legal ou voluntaria doutro, responderá persoalmente, aínda que non concorran nel as condicións, cualidades ou relacións que a correspondente figura de delicto ou falta requira para poder ser suxeito activo daquel, se tales circunstancias se dan na entidade ou persoa en nome ou representación da cal obre."

<sup>7</sup> Aínda que o Código penal anterior contiña, como o de 1995, preceptos illados en relación coa responsabilidade dos que actúan en nome dunha persoa xurídica, carecía dunha regulación xeral, que se introduciu, con inspiración no Código alemán, por Lei orgánica 8/83, do 25/06, mediante o artigo 15 bis, que con lixeiras modificacións lle corresponde ó artigo 31 do actual, que á actuación en nome dunha persoa xurídica une a realizada en nome doutro. A súa incorporación ó código, "non veu en modo ningún a introducir unha regra de responsabilidade obxectiva que tería que actuar indiscriminada e automaticamente, sempre que, probada a existencia dunha conducta delictiva cometida ó abeiro dunha persoa xurídica, non resulte posible averiguar quén ou os que, de entre os seus membros, foron os auténticos responsables da dita conducta, pois iso sería contrario ó dereito á presunción de inocencia e ó propio teor do precepto. O que este persegue, polo contrario, é obvia-la impunidade en que quedarían as actuacións delictivas perpetradas baixo o manto dunha persoa xurídica por membros desta perfectamente individualizables, cando, por tratarse dun delicto especial propio, é dicir, dun delicto, a autoría do cal esixe necesariamente a presenza de certas características, estas unicamente concorreren na persoa xurídica e non nos seus membros integrantes. A introducción do artigo 15 bis CP tivo o sentido de lle conceder cobertura legal á extensión da responsabilidade penal en tales casos, e só neles, ós órganos directivos e representantes legais ou voluntarios da persoa xurídica, pese a non concorrer neles, e si na entidade en nome da cal obraren as especiais características de autor requiridas pola concreta figura delictiva..." (STC 253/93, do 20 de xullo, con cita da STC 150/89).

Tal precepto "contempla o que se denominou "actuacións en nome doutro" e que, polo demais, en adecuada hermenéutica, impón a distinción entre os comportamentos realizados polo órgano da persoa xurídica dos efectuados aproveitando tal condición e a título puramente persoal, utilizando en fraude de lei unha titularidade formal para finalidades desconectadas da simple estrutura da persoa xurídica; por encima de calquera sutileza tanto antes da lei citada en 1983 como agora, cómpre distinguir necesariamente entre delitos cometidos polo ente social (a través naturalmente dos seus órganos) e delitos cometidos utilizando tal condición representativa como simple forma" (STS do 14 de maio de 1991).

Ademais, o actual Código penal inclúe no seu artigo 129<sup>8</sup> consecuencias accesorias aplicables a persoas xurídicas. Non se trata de penas senón de simples consecuencias accesorias, xa que non responden ás características das penas, e aplícanse só se hai responsabilidade individual.

Por iso a profesora García Aran mantén a opción de que non existe responsabilidade penal para as persoas xurídicas no Código penal.

No referente á segunda perspectiva, que parte do suposto de que se as categorías clásicas non serven para imputarlles responsabilidade ás persoas xurídicas, haberá que buscar outras formas de imputación<sup>9</sup>.

A cuestión é que as persoas xurídicas interveñen en reclamacións económicas e, polo tanto, poden lesionar intereses, pero ó ser distintas das persoas físicas necesitan dun dereito especial. Así, a imputación directa de feitos ás persoas xurídicas é algo innegable en dereito civil e en dereito administrativo, pero en dereito penal non pode ser obxecto de negación xa que o feito de que un acto sexa típico ou non depende simplemente dunha decisión lexislativa (por exemplo, quebra fraudulenta ou infracción administrativa, especialmente as fiscais).

Aínda que os problemas son menores no referente ós compoñentes obxectivos do feito, as dificultades seguen aparecendo nos compoñentes subxectivos.

---

<sup>8</sup> Artigo 129 CP: "1. O xuíz ou tribunal, nos supostos previstos neste código, e trala audiencia dos titulares ou dos seus representantes legais, poderá impoñer, motivadamente, as seguintes consecuencias:

a) Clausura da empresa, os seus locais ou establecementos, con carácter temporal ou definitivo. A clausura temporal non poderá exceder de cinco anos.

b) Disolución da sociedade, asociación ou fundación.

c) Suspensión das actividades da sociedade, empresa, fundación ou asociación por un prazo que non poderá exceder de cinco anos.

d) Prohibición de realizar no futuro actividades, operacións mercantís ou negocios da clase daqueles, no exercicio dos cales se cometese, favorecese ou encubrirose o delicto. Esta prohibición poderá ter carácter temporal ou definitivo. Se tivese carácter temporal, o prazo de prohibición non poderá exceder de cinco anos.

e) A intervención da empresa para salvagarda-los dereitos dos traballadores ou dos acredores polo tempo necesario e sen que exceda dun prazo máximo de cinco anos.

2. A clausura temporal prevista no subapartado a) e a suspensión sinalada no subapartado c) do apartado anterior, poderaas acordar o xuíz instructor tamén durante a tramitación da causa.

3. As consecuencias accesorias previstas neste artigo estarán orientadas a prever a continuidade na actividade delictiva e os efectos desta.

<sup>9</sup> Mostras desta tendencia son a Recomendación do ano 1988 do Consello de Ministros de Europa e o Código penal francés (as persoas xurídicas son responsables xuridicamente).

A influencia recíproca entre dereito penal e dereito administrativo queda patente na STC do 19 de decembro de 1991, sobre culpabilidade das persoas xurídicas no ámbito administrativo. Nesta sentenza o Alto Tribunal fai un esforzo por aplicarles conceptos penais (capacidade de infracción) ás persoas xurídicas no marco do dereito administrativo. Trátase dunha capacidade de infracción obxectiva, non subxectiva, e que isto é así demostrano as expresións ás que recorre o Tribunal Constitucional sobre os reproches que fundamenta en elementos obxectivos.

Esta segunda liña argumental é a seguida pola doutrina actual, que adecúa as teorías clásicas á realidade.

A opinión da profesora García Arán é a de que nos atopamos ante un proceso que está en marcha. Segundo o seu entender, é posible imputarlles feitos ás persoas xurídicas pero hai que levarlo a cabo a través de formas distintas a como o fai o dereito penal tradicional. Esas formas están máis preto do dereito administrativo, o que se demostra na influencia recíproca á que alude a sentenza mencionada.

Agora ben, cabería preguntarse se nos encontramos ante un caso de responsabilidade penal. Para a relatora tal interrogante non ten solución ningunha pois levaríanos a un inevitable círculo vicioso. Así, segundo o seu criterio, é dereito penal porque se trata dun novo dereito penal que se está construíndo agora, todo depende do concepto de responsabilidade penal que se estea utilizando. Trátase dunha cuestión eminentemente terminolóxica. É un novo dereito penal próximo ó dereito administrativo, polo menos na súa estrutura, e é unha nova expresión dun fenómeno novidoso que consiste na perda da fronteira entre o dereito penal e o dereito administrativo.

Na xornada do 21 de abril Vincenzo Militello, profesor asociado de dereito penal da Universidade de Palermo, e Miguel Bajo Fernández, catedrático de dereito penal da Universidade de Alacante, afondaron nun dos temas nucleares do congreso que foi o da "Responsabilidade penal nos grupos de empresas".

Na súa intervención, Vincenzo Militello deixou claro dende o principio que dende as primeiras investigacións penalísticas do fenómeno dos grupos se veu individualizando a duplicidade fundamental dos seus ámbitos de relevancia, tanto como posible marco de ilícitos, como, pola contra, como posible marco de licitude. Neste sentido, tal dobre encadramento mostrouse insuficiente para abarcar por completo as diversas formas de emerxión penal dos grupos, como demostra de forma particularmente clara o específico recoñecemento deles como posibles



víctimas de ilícitos; sen embargo, a necesidade de enriquece-lo mencionado cadro non diminúe o seu valor como base imprescindible para calquera investigación sobre a materia.

Aínda hoxe, segundo o relator, no ordenamento italiano, como nalgúns outros países occidentais, falta un estatuto xeral dos grupos, entendido como sistema-marco que sistematice e regule de modo coherente e exhaustivo os diversos perfís societarios, fiscais, xurídico-laborais e penais referibles ós grupos. Non obstante, dende hai algún tempo agroman no ámbito normativo partes cada vez máis importantes desta realidade, e iso con referencia non só a normas de relevancia penal directa, nas cales aparecen como evidentes as necesidades de tutela conexas ás agrupacións empresariais e ás súas actividades correspondentes, senón tamén en relación cun círculo máis vasto de normas nas cales as actividades do grupo reclaman unha disciplina xa no plano administrativo.

Existe a necesidade de acomoda-lo recoñecemento fundamental do fenómeno examinado como expresión da liberdade de iniciativa económica, e ademais en moitos casos como factores de racionalización do mercado, cos riscos que comporta para estes últimos bens e para outros de relevancia aínda maior, que por iso son expresamente sinalados como límites á propia liberdade de iniciativa económica polo artigo 41, alínea 2, da Constitución italiana.

Para Vincenzo Militello un exemplo interesante do modo en que este equilibrio se regula positivamente, ofréceno o artigo 6, número 1, letra h, do Decreto legislativo do 23 de xullo de 1996, número 415, sobre os servicios de investimento mobiliario ("*Eurosim*")<sup>10</sup>. Entre as condicións necesarias para obter a autorización para o exercicio dos servicios de investimento mobiliaria requírese expresamente que "a estrutura do grupo do cal é parte a SIM<sup>11</sup> non prexudique o efectivo exercicio da vixilancia sobre a propia sociedade". A norma deixa translucir nitidamente que a concreta articulación da estrutura do grupo pode obstaculizar as actividades de vixilancia confiadas ás autoridades competentes<sup>12</sup>.

Por outra parte, que o grupo poida funcionar como "factor de ocultación" das realidades económicas agregadas e dos correspondentes casos é un dato que dende hai tempo se tivo en conta no ámbito normativo: non por casualidade un dos sectores nos que se advertiu antes e con maior intensidade a esixencia de "levanta-lo velo da persoa xurídica", de transcende-los compartimentos estancos entre as diversas sociedades do grupo, é a materia da información societaria, coas obrigas conexas de re-

<sup>10</sup> O Decreto *Eurosim* privatizou en Italia o acceso ó mercado dos instrumentos financeiros, e liberalizou o acceso a tal mercado por parte dos intermediarios comunitarios, consentindo que os bancos desenvolvesen unha actividade de xestión de sumas pecuniarias, recoñecida antes só ás sociedades de intermediación mobiliaria. Esta intervención, sen embargo, superpuxérase sobre a lexislación preexistente, dando así lugar á conformación dun cadro normativo non homoxéneo, que reclamaba un maior grao de coordinación e de racionalización. Este foi o principal obxectivo do Decreto legislativo número 58 do 24 de febreiro de 1998.

<sup>11</sup> Sociedade de Investimento Mobiliario.

<sup>12</sup> Entre outras, CONSOB (nota do traductor: equivalente italiano da nosa Comisión Nacional do Mercado de Valores -CNMV-) e Banco de Italia.

dación de balances consolidados, co fin de asegurar unha maior "transparencia". Pola súa vez, a realización de tales intereses, necesarios para o correcto funcionamento dun mercado de valores mobiliarios, recibe tutela penal no artigo 2621 do Código civil (CC) italiano, tamén respecto dos mencionados documentos contables específicos do grupo, que están comprendidos entre as outras comunicacións sociais que conteñen informacións sobre as condicións económicas da sociedade<sup>13</sup>.

O grupo pode aparecer tamén como "factor de coñecemento". E, posto que o coñecemento é un aspecto do poder, especialmente nunha "sociedade da información" como a actual, a última proposición podería ser transformada noutra, de contido substancialmente equivalente: o grupo como "factor de poder", que, de acordo co relator, quizais sexa máis adecuada para poñer de manifesto a lexitimidade dunha regulación coidada do mesmo, nos casos máis graves incluso coa intervención do arsenal penal.

Na súa opinión, non se debe entender que con tal recoñecemento se está incorrendo nunha especie de contradición co papel *supra* sinalado do grupo como factor de ocultación, tratándose máis ben de dous aspectos que poden considerarse complementarios: ó exterior, a complexidade do grupo xera unha dificultade de individualiza-las relacións entre as actividades das diversas sociedades agregadas; ó interior, unha posición de vértice permite, en cambio, unha posición cognoscitiva privilexiada en relación coas actividades dos diversos suxeitos controlados.

Sen prexuízo do exposto ata o momento, Vincenzo Militello entende que, máis que da análise dos datos normativos menos recentes, non sempre adecuados ás novas formas de agresión a bens xurídicos correspondentes á afirmación dos grupos como protagonistas do actual escenario económico, as reais capacidades criminais que se desenvolven no interior do grupo poden emerxer mellor á luz da experiencia xurisprudencial.

Así, a xurisprudencia penal italiana en materia de delitos cometidos por grupos de empresa representa o punto de partida máis fructífero se se desexa supera-lo atraso da reflexión criminolóxica sobre o tema. Os anos noventa foron os que contemplaron unha emersión xeneralizada en sede xurisprudencial de actividades ilícitas conectadas con estruturas grupais. Mentres que ata os anos setenta a ausencia de pronunciamentos xurisprudenciais significativos obrigaba a quedar na simple conxectura cando se trataba o tema da criminalidade nos grupos de empresa, a enorme cantidade de material actualmente dispoñible esixe unha certa selección e un encadramento adecuado.

<sup>13</sup> Ulteriores e significativas confirmacións do dato indicado encóntranse tamén en sectores máis limitados, como, por exemplo, o das participacións relativas a entes crediticios.

Se se considera a fase extintiva como aquela na que se produciu a emerxión máis ampla da criminalidade relacionada cos grupos, a existencia de relacións entre diversas sociedades en situacións de quebra ou crise económica pode ter aspectos penais; en particular, a xurisprudencia reconece que a política de grupo, entendida como actividade de dirección e de coordinación, pode comportar que os eventuais feitos de bancarrota cometidos en relación coas singulares sociedades do grupo sexan reunidas a través dunha relación de continuidade. E unha forma interesante de "escurecemento" da situación real, que era de insolvencia substancial, foi revelada nun suposto análogo de dominio absoluto de sociedades que se aproveitou para obter novos créditos, presentándose en cada caso como un suxeito formalmente distinto daquel que antes obtivera xa un financiamento similar. No ámbito dos delitos de insolvencia punible agroman, ademais, hipóteses nas que os abusos se ocultan mellor nunha concreta xestión patrimonial: trátase dos casos en que os administradores dunha sociedade dispoñen dos bens da mesma a favor doutra sociedade pertencente ó mesmo grupo. Nestes supostos, a ausencia de contrapartidas serias e a expresa previsión da conducta de distracción entre as que integran o tipo de bancarrota conduciron claramente a reconece-la ilicitude de tales prácticas, sempre que as sociedades administradas fosen declaradas en quebra.

Se non se produciu a quebra, as condutas deste tipo asumen no ordenamento italiano un relevo moito máis problemático: entre a represión do conflito de intereses en materia societaria e a incriminación clásica da apropiación indebida queda un amplo espazo para os máis variados traslados da riqueza no seo dun grupo.

As condutas relativas artículanse nun amplo abano que, segundo Vincenzo Militello, non é facilmente abarcable en tódolos seus posibles aspectos concretos: dende condicións de favor para empresas do grupo en relación con operacións de adquisición de bens ou servizos ou de concesión de garantías ou financiamento, que serían máis lucrativas se se efectuaran nas condicións normais do mercado, ata casos nos que os bens se ceden sen ningunha contraprestación; incluso se pasa das transferencias só ficticias de elementos patrimoniais, para obter beneficios<sup>14</sup> ou para evitar cargas fiscais ou situacións de insolvencia dunha das sociedades do grupo, á xestión polos administradores da sociedade controlante de sumas ocultas pertencentes ás sociedades controladas.

A indubidable gravidade substancial de tales prácticas e o

<sup>14</sup> Tales como o financiamento bancario ou a admisión a concursos públicos.

papel central que tiveron na consolidación progresiva do carácter sistémico da corrupción italiana non debe facer esquecer a necesidade de respecta-los límites de ilicitude sinalados polas normas penais vixentes.

Así, a modo de conclusión, Vincenzo Militello sinalou que ós novos interrogantes que formula o fenómeno dos grupos sobre o plano dunha tutela penal moderna hai que responder con pleno coñecemento do notable potencial criminolóxico que supoñen, pero sen traspasa-lo limiar de licitude dos ditos comportamentos.

A continuación, o profesor Bajo Fernández, que foi presentado por Inma Valeije Álvarez, profesora de dereito penal da Universidade da Coruña, como "o pai do dereito penal económico en España", afirmación que deixa moi ás claras a relevancia e transcendencia da súa figura no campo do dereito penal español, comezou a súa exposición manifestando que cando no noso país un estudioso se achega á cuestión da "responsabilidade penal nos grupos de empresas" a súa primeira impresión é que se trata dun tema que non é suxestivo *per se*, que non supón un problema, nin constitúe unha figura delictiva, senón que só suxire un ámbito de intervención.

Primeiramente detívose na ampla problemática que orixina a actividade delictiva dos grupos de empresas. Para o profesor Bajo Fernández "grupos de empresas" son un conxunto de grupos empresariais con personalidade xurídica, é dicir, múltiples persoas xurídicas (suxeitos de dereito) nunha única unidade económica<sup>15</sup>. Este concepto comparouno graficamente o relator como o "conxunto de cereixas que colgan dunha personalidade xurídica nai"<sup>16</sup>.

Estes grupos de empresas provocaron nas últimas décadas unha xurisprudencia penal notable, suficiente para soste que as súas actividades non escapan na actualidade ó Código penal (principio xurisprudencial actual).

Bajo Fernández referiuse tamén ó concepto de "caixa chinesa", que xa utilizara Vincenzo Militello na súa exposición, describíndoo como unha "manobra de ocultación que trata de agocha-lo becho dentro da caixa"; noutras palabras, "que o becho non se descubra por aburrimiento e quede libre de responsabilidade". Con estas expresións o profesor Bajo Fernández explicou metaforicamente o obxecto de creación de moitos dos grupos de empresas existentes, posto que en moitos destes casos o que se pretende é agocha-lo feito delictivo e o delincuente ("o becho") dentro da nebulosa que supón a estrutura do grupo de empresas ("a caixa").

<sup>15</sup> En linguaxe coloquial o concepto de "grupo de empresas" é o que comunmente se entende por *holding*.

<sup>16</sup> As SSTs do 30 de decembro e 29 de maio de 1995 estableceron xurisprudencialmente o concepto de "grupo de empresas". Se ben na primeira delas se describiu un concepto bastante difuso, na segunda o Tribunal Supremo estableceu unha definición concreta, e así sinalou que para que exista "grupo de empresas" é necesaria a concorrencia dunha serie de requisitos: unidade de dirección, unidade económica e que o traballador prestase servizos para as empresas que conforman o grupo de forma sucesiva ou simultánea.

Seguindo esta liña de descrición de conceptos, o relator definiu a expresión “enxeñería financeira” como a construción dun conxunto de empresas vinculadas entre si que se colgan unhas das outras co obxectivo de oculta-la persoa física detrás dese corpo con personalidade xurídica denominado “grupo de empresas”.

Os conceptos descritos supoñen intrinsecamente unha serie de problemas que o profesor Bajo Fernández dividiu en tres:

1. A dificultade de localiza-lo autor do ilícito, posto que a armazón que constitúe o grupo de empresas se crea para ocultalo.

2. Cando existen restricións públicas á actividade, estas convértense en condicións non rendibles. En palabras do profesor, e retomando o símil por el utilizado, “a última cereixa lúcrase a favor de todo o grupo”; por iso o problema está en encontra-la sociedade correspondente.

3. O grupo de empresas que se crea para realizar operacións que enriquecen os seus directivos habitualmente oculta manobras con aparencia de licitude. No fondo están cometendo auténticos delitos fiscais contra a Facenda Pública.

Por outra parte, o sistema xurídico-económico presenta, en certo modo, unha construción “esquizofrénica”: dende unha persecución hostil representada polas bolsas de fraude fiscal, déixanselles, por outro lado, bolsas de protección ós autores destas actividades delictivas. Así, o relator non se explica cómo existen en Europa “paraísos fiscais”<sup>17</sup>, o manexo pola Facenda Pública dos balances consolidados (a súa concesión ou non), ou cómo os sindicatos ou os partidos políticos non contribúen ó gasto público. Tendo presente isto, resulta estraño que logo se pretendan perseguir con tanto tesón os delitos fiscais dos grupos de empresas.

No outro lado da balanza, existen mecanismos de loita contra os delitos fiscais dos grupos de empresas, como os instrumentos utilizados pola Comisión Nacional do Mercado de Valores (CNMV), que existe, en determinadas circunstancias, que se lle comuniquen os datos das persoas físicas que compran ou venden accións en certos momentos (mecanismo que a doutrina denomina como de “levantamento do velo”<sup>18</sup>), ou a prohibición da autocarteira de máis do cinco por cento<sup>19</sup>.

Por último, e en referencia ó Código penal de 1995, o profesor Bajo Fernández sinalou que se excede na punidade e no castigo dos delitos económicos, e pon como exemplo o artigo 285<sup>20</sup>. Así, de acordo co seu criterio, quizais o dereito penal non sexa o instrumento máis idóneo para intervir nos proble-

<sup>17</sup> En España pódense sinalar como auténticos “paraísos fiscais” os casos de Andorra e Xibraltar.

<sup>18</sup> A doutrina do “levantamento do velo” nace no dereito mercantil, e úsase tamén no dereito laboral e no dereito penal. Vid., BOLDO RODA, Carmen, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Carlos III, Pamplona, 1997.

<sup>19</sup> Prohibición orientada a clarifica-la actividade mercantil, para evitarlle prexuízos á Facenda Pública.

<sup>20</sup> Artigo 285 CP: “Quen de forma directa ou por persoa interposta usare algunha información relevante para a cotización de calquera clase de valores ou de instrumentos negociados nalgún mercado organizado, oficial ou reconecido, á que tivese acceso reservado con ocasión do exercicio da súa actividade profesional ou empresarial, ou a subministrare obtendo para si ou para un terceiro un beneficio económico superior a setenta e cinco millóns de pesetas ou causando un prexuízo de idéntica cantidade, será castigado coa pena de prisión dun a catro anos e multa de tanto ó triplo do beneficio obtido ou favorecido”.

mas que se derivan dos grupos de empresas, que en España xa estarían suficientemente protexidos cos tipos tradicionais, sendo os novos innecesarios.

Na terceira das sesións coas que contou o congreso foron obxecto de estudio os "delictos societarios", a través de dúas leccións maxistras impartidas polo *ricercatore* de dereito penal da Universidade de Catania, Luigi Foffani, e polo catedrático de dereito penal da Universidade de Alacante, Bernardo del Rosal Blasco.

Para Luigi Foffani actualmente o dereito penal societario deixou de ser un corpo normativo inerte, para mostrarse, polo contrario, vivo e vital, en particular en relación coa aplicación xurisprudencial. E, se é certo que semellante vitalidade alcanza soamente un número limitado de tipos penais, iso só evidencia que as funcións de tutela de tal sector normativo as pode cumprir un grupo seleccionado de figuras delictivas, debidamente reconsideradas en canto ó seu contido lesivo e en canto á súa efectiva resposta a fenómenos patolóxicos manifestados na praxe societaria.

Dun tempo a esta parte aumentou o grao de coñecemento da materia por parte dos órganos chamados a aplicala e por parte da opinión pública. Un factor importante que se debe ter en consideración, dende esta perspectiva, é o do nacemento, xunto ó tradicional núcleo de delictos societarios, dun novo dereito penal dos *mercados financeiros*.

Sobre os contidos da materia penal societaria descrita polo lexislador italiano, aparece como evidente o papel central do tipo incriminador das *falsidades nos balances e nas comunicacións sociais*, previsto polo artigo 2621, número 1, do CC italiano. Este tipo veu pouco a pouco emancipándose dos orixinais confíns hermenéuticos, que mostran unha inusitada vocación expansiva, así como unha especial capacidade de adaptación ás mutacións do contexto normativo e institucional de referencia.

De acordo con Luigi Foffani, nos últimos tempos existe unha tendencial e silenciosa recondución da ilicitude penal cara á ilicitude civil do balance. Unha tendencia que sufriu unha ulterior acentuación coa adecuación da disciplina do balance de exercicio ás prescricións comunitarias<sup>21</sup>, que conduciu á codificación dos "principios de redacción do balance" (artigo 2423 bis CC italiano) e á afirmación do criterio guía da "representación veraz e correcta" (artigo 2423 CC italiano).

Así, o novo cadro normativo italiano parece favorecer unha progresiva e sensible aproximación entre as medidas de valoración penalística e civilística do balance: unha situación que, por

<sup>21</sup> D. legs. 127/1991.

unha parte, evita o risco de incongruentes diverxencias entre tutela penal e civil, pero que, por outra parte, debe impulsa-lo intérprete a volver delimitar para o tipo incriminador un espacio autónomo e exclusivo de valoración.

Neste punto o relator aventurouse, segundo as súas propias palabras, a establecer unha telegráfica confrontación co correspondente tipo español de falsidade en balance, e deixaba subliñado que, respecto do modelo italiano, o adoptado polo lexislador español distínguese pola busca dunha capacidade ofensiva máis notable sobre o terreo económico-patrimonial. O proceso de "desmaterialización" e "institucionalización" do obxecto de tutela, que levou á doutrina italiana, seguindo o modelo da alemana, a elevar ó rango de ben penalmente protexido o interese supraindividual na veracidade e na totalidade dos balances e da información societaria en xeral<sup>22</sup>, encontra no código español unha certa redimensión: a punibilidade vincúlase á verificación dunha "idoneidade para causar un prexuízo económico", coa previsión dunha agravación da pena cando tal prexuízo se causase efectivamente.

Por outra parte, se a tutela da información societaria representa hoxe, en Italia, o "motor propulsor" da intervención penal en materia de dereito de sociedades, o grupo de incriminacións máis conspicuo de todo o sector é, sen embargo, o relativo á "salvagarda do capital social e das reservas dispoñibles". A tutela deste ben xurídico representou sempre, segundo Luigi Foffani, un dos principais filóns de intervención do lexislador penal societario italiano; e hoxe éo aínda máis, debido á influencia de numerosas directivas comunitarias<sup>23</sup>, que estableceron o reforzamento de tal tutela xurídica como un dos puntos principais do proceso de harmonización da normativa societaria a escala europea<sup>24</sup>.

A tutela do capital social artículase en dous momentos, lóxica e conceptualmente distintos: na "fase xenética do capital"<sup>25</sup> trátase de garanti-la "efectividade" do capital, é dicir, a súa inicial correspondencia co valor real das achegas; na sucesiva "fase do exercicio da xestión social" imponse a ulterior esixencia de mante-la "integridade" do capital social (e das reservas obrigatorias).

A tutela na fase xenética tradúcese, para a sociedade de capital, na garantía da efectividade das achegas dos socios: tómase en consideración, ante todo, o tipo que incrimina a emisión de accións ou a atribución de cotas por unha suma inferior ó seu valor nominal, así como a emisión de novas accións ou a atribución de novas cotas antes da integral liberación das que foron subs-

<sup>22</sup> Cfr., por todos, TIEDEMANN, PEDRAZZI.

<sup>23</sup> Sobre todo a partir da II Directiva Comunitaria do 13 de decembro de 1976.

<sup>24</sup> Cfr., sobre este punto en particular, PEDRAZZI.

<sup>25</sup> O que Luigi Foffani entende como "fase xenética do capital" é a que se corresponde co momento da constitución ou transformación da sociedade e do aumento do capital social.

critas anteriormente (artigo 2630, parágrafo primeiro, número 1, CC italiano).

Ás achegas en especie, e ós enganos que estas poden presentar co perfil da garantía da efectividade do capital social, dedícase o tipo que incrimina a fraudulenta sobrevaloración dos bens en especie conferidos á sociedade ou daqueles bens que a sociedade adquirira dos propios socios ou administradores (artigo 2629 CC italiano).

Outros tipos incriminan a violación da prohibición de subscripción das accións ou cotas propias por parte da sociedade emitente, ou ben das accións ou cotas da sociedade controlante por parte da sociedade controlada (artigo 2630 bis CC italiano).

Co fin de salvagarda-la integridade do capital social na sucesiva fase do exercicio da xestión social, o lexislador italiano no seu Código civil procede a castigar con sancións penais, no seu particular, comportamentos como a indebida restitución das achegas ou a liberación dos socios da obriga de realizalas, exceptuando o caso de redución de capital (artigo 2623, número 1); a ilegal repartición dos beneficios ou dos dividendos en conta (artigo 2621, números 2 e 3); as manobras indebidas sobre as accións ou cotas propias por parte da sociedade emitente e dos cruzamentos de capital entre sociedade controlante e controlada (artigo 2630, parágrafo primeiro, número 2, e parágrafo segundo, número 4); a irregularidade no procedemento de redución do capital, fusión e escisión da sociedade (artigo 2623, número 1).

Neste ámbito, e sen entrar na análise das concretas figuras delictivas, Luigi Foffani resaltou a radical diverxencia das opcións político-criminais acollidas respectivamente polo lexislador italiano e polo español, por causa da necesidade de intervir penalmente para tutela-la efectividade e a integridade do capital social. Na definición do contido da materia penal societaria, este é para o relator o punto de maior diverxencia entre os dous ordenamentos.

A esixencia de salvagarda do capital social e das reservas indispoñibles non é completamente estraña ó ordenamento español<sup>26</sup>, pero lévase a cabo esencialmente a través dos instrumentos sancionadores administrativos; podería recorrerse ás sancións penais só cando a lesión da integridade do capital social se realizase a través dun abuso dos bens sociais con prexuízo inmediato dos socios ou dos outros suxeitos pasivos mencionados no artigo 295 do CP español<sup>27</sup>, a norma incriminadora da "administración desleal ou fraudulenta" do patrimonio social. Sen embargo, hipótese como a repartición dos beneficios

<sup>26</sup> Como ó résto dos ordenamentos, ó español impónselle polas directivas comunitarias.

<sup>27</sup> Os administradores de feito ou de dereito ou os socios de calquera sociedade constituída ou en formación, que en beneficio propio ou dun terceiro, con abuso das funcións propias do seu cargo, dispoñan fraudulentemente dos bens da sociedade ou contraían obrigas a cargo desta que lles causen directamente un prexuízo economicamente avaliable ós seus socios, depositarios, contapartícipes ou titulares dos bens, valores ou capital que administren, serán castigados coa pena de prisión de seis meses a catro anos, ou multa do tanto ó triplo do beneficio obtido.



ficticios ou a adquisición de accións propias con sumas solicitadas dos fondos sociais indispoñibles, mentres que danan directamente a garantía dos acredores, non agriden necesariamente nin o interese da sociedade, nin o dos socios singulares, os cales poderían resultar beneficiados pola operación ilícita, mentres que os acredores sociais, por outra parte, non figuran no círculo dos titulares dos intereses protexidos polo tipo de "administración infiel" introducido polo novo Código penal español.

Seguidamente, e respecto da regulación dos delitos societarios no dereito español, o profesor Bernardo del Rosal sinalou que tales delitos constitúen a novísima estrela do Código penal de 1995, respondendo ó criterio maioritario da doutrina sobre a necesidade político-criminal de tal tipificación. Segundo a súa opinión, o lexislador español incorreu en erros, decantándose pola codificación en contra da postura mantida por outros países. Así, del Rosal defende que a eficacia dun delito non depende da súa inclusión en lei xeral ou en lei especial, senón da persecución que pola Axencia Estatal se faga dos mesmos.

En canto á natureza dos delitos societarios, o lexislador español outórgalles unha natureza confusa: declara taxativamente que a través destes delitos se pretenden protexer dos bens xurídicos diferentes: patrimoniais (individuais) e socio-económicos (colectivos). Ó seren dous bens xurídicos tan distintos a tipificación dos delitos contra tales bens resulta moi complicada<sup>28</sup>.

Despois de referirse a estas cuestións de carácter máis xenérico, o profesor Bernardo del Rosal desenvolveu especificamente os tipos de delitos societarios contemplados no Código penal español:

O artigo 290 establece que "os administradores, de feito ou de dereito, dunha sociedade constituída ou en formación, que falsearen as contas anuais ou outros documentos que deban reflectir a situación xurídica ou económica da entidade, de forma idónea para causar un prexuízo económico á mesma, a algúns dos seus socios, ou a un terceiro, serán castigados coa pena de prisión dun a tres anos e multa de seis a doce meses.

Se se chegare a causa-lo prexuízo económico imporanse as penas na súa metade superior".

O relator considera que existe consenso ó entender que este precepto supón un reforzo das esixencias de veracidade e transparencia. Así mesmo, sobre o ben xurídico protexido polo artigo, entende que protexe intereses diversos, tales como os destinatarios da información social e os intereses patrimoniais de sociedades, socios e terceiros.

<sup>28</sup> Como exemplo desta problemática, para a aplicación da agravante de reincidencia habería que coñecer se os dous delitos posúen a mesma natureza; e o mesmo respecto dos problemas de carácter concursal.

A continuación referíuse ós artigos 291 e 292, que considerou como dous dos preceptos de maior inutilidade. Segundo estes preceptos, “os que, prevaléndose da súa situación maioritaria na Xunta de Accionistas ou no órgano de administración de calquera sociedade constituída ou en formación, impuxeren acordos abusivos, con ánimo de lucro propio ou alleo, en prexuízo dos demais socios, e sen que lle reporten beneficios á mesma, serán castigados coa pena de prisión de seis meses a tres anos ou multa do tanto ó triplo do beneficio obtido” (artigo 291); “a mesma pena do artigo anterior imporáselles ós que impuxeren ou se aproveitaren para si ou para un terceiro, en prexuízo da sociedade ou dalgún dos seus socios, dun acordo lesivo adoptado por unha maioría ficticia, obtida por abuso de sinatura en branco, por atribución indebida do dereito de voto ós que legalmente carezan del, por negación ilícita do exercicio deste dereito ós que o teñan recoñecido pola lei, ou por calquera outro medio ou procedemento semellante, e sen prexuízo de castiga-lo feito como corresponde se constituíse outro delito” (artigo 292).

O artigo 293 protexe os dereitos do socio recoñecidos na 4ª Directiva Comunitaria: “Os administradores de feito ou de dereito de calquera sociedade constituída ou en formación, que sen causa legal lle negaren ou impediren a un socio o exercicio dos dereitos de información, participación na xestión ou control da actividade social, ou subscrición preferente de accións recoñecidas polas leis, serán castigados coa pena de multa de seis a doce meses”. Este precepto, de amplísima aplicación, será de maior tratamento no futuro, segundo o relator.

O artigo 294 contempla o único delito autenticamente socio-económico: “Os que, como administradores de feito ou de dereito de calquera sociedade constituída ou en formación, sometida ou que actúe en mercados suxeitos a supervisión administrativa, negaren ou impediren a actuación das persoas, órganos ou entidades inspectoras ou supervisoras, serán castigados coa pena de prisión de seis meses a tres anos ou multa de doce a vinte e catro meses.

Ademais das penas previstas no parágrafo anterior, a autoridade xudicial poderá decretar algunhas das medidas previstas no artigo 129 deste código”.

Pola súa parte, o artigo 295 regula o delito de Administración fraudulenta. De acordo co profesor Bernardo del Rosal, trátase dun precepto inzado de erros dende o punto de vista técnico. Así, criticou a súa restricción ó ámbito en que se aplica, só ás sociedades anónimas, o que para el supón unha serie de pro-

blemas. Neste sentido, segundo o seu parecer, o precepto inclúe o prexuízo á sociedade, non só ós socios; dentro del protéxense intereses patrimoniais alleos á sociedade e ós socios; e no mesmo non se inclúen os negocios de risco.

A modo de recapitulación, o profesor Bernardo del Rosal, a pesar do mantido ó inicio do seu relatorio, considerou beneficiosa a regulación dos delitos societarios por parte do lexislador, aínda que tecnicamente sexan preceptos que en breve necesitarán reforma, posto que en certos supostos suporán unha intervención penal excesiva e noutros a dita intervención será case inexistente.

A xornada do día 23 de abril tivo como tema de fondo a “Protección penal do mercado financeiro”, aspecto que desenvolveu Sergio Seminara, ordinario de dereito penal económico da Universidade de Pavía, e Juan Terradillos Basoco, catedrático de dereito penal da Universidade de Cádiz.

Sergio Seminara centrou a súa intervención no “texto único das disposicións en materia financeira” (Decreto lexislativo número 58, do 24 de febreiro de 1998), que modificou profundamente a normativa italiana de referencia, incluída a materia penal<sup>29</sup>.

Sen entrar nas específicas novidades introducidas polo novo texto único, o relator limitouse a poñer de manifesto que ese reflicte de forma máis clara e evidente a vontade lexislativa de regula-lo mercado dos instrumentos financeiros, no entendemento de que este –nunha economía integrada no ámbito europeo– debe desenvolverse do modo máis eficaz posible, tanto para garanti-la estabilidade das institucións nacionais, como para resistir adecuadamente a concorrencia internacional.

Con respecto ós contidos do novo texto único en materia sancionadora, Sergio Seminara subliñou a ampla presenza de sancións pecuniarias de natureza administrativa. Esta opción lexislativa constitúe unha imposición da Lei delegataria do 6 de febreiro de 1996, número 52, que permitía o recurso ás sancións penais só para conductas lesivas de rango especialmente elevado, e admitía para o resto exclusivamente sancións pecuniarias de natureza administrativa cun límite de arredor de vinte millóns de pesetas.

Estas sancións imponas o ministro do Tesouro por proposta da CONSOB ou da Banca de Italia, as cales proceden tamén á fixación dos feitos e á valoración das alegacións presentadas.

Outra característica significativa da nova normativa á que aludiu o ordinario constitúe a natureza simplemente sancionadora de numerosos tipos<sup>30</sup>, é dicir, que resulta sancionada a

<sup>29</sup> Unha reforma verdadeiramente revolucionaria introducírase xa en Italia co Decreto *Eurosim*.

<sup>30</sup> Entre os cales se encontran aqueles que prevén sancións pecuniarias de natureza administrativa.

simple inobservancia das obrigas ou prohibicións impostas por outras normas. Sen embargo, numerosas obrigas e prohibicións están formuladas de modo excesivamente xenérico e remiten a unha integración futura por medio de posteriores regulamentos emanados da CONSOB.

Sergio Seminara referiuse a continuación á tutela da información no mercado financeiro contemplada polo novo texto único, para o que distinguiu entre a conducta dos intermediarios, os emitentes e outros suxeitos.

Polo que afecta ós intermediarios, existe un interese público no control da súa composición e da súa actividade. Este control pretende non só preservar-lo interese económico dos investidores que puxeron a súa confianza nos intermediarios do mercado, senón tamén trata de evitar conductas de branqueo de capitais ou outras conductas ilícitas conexas.

Para que a CONSOB poida levar a cabo o seu labor de vixilancia, prevese unha comunicación obrigatoria para quen pretenda adquirir ou ceder, ou modificar de calquera forma, unha participación cualificada no capital dun intermediario; prevese ademais que a CONSOB poida pedir-lles ós intermediarios información respecto dos seus socios. A falsidade destas comunicacións sanciónase no artigo 169 con penas de prisión de seis meses a tres anos e multa de dez a cen millóns de liras.

O tipo penal máis significativo respecto disto é, non obstante, o contido no artigo 171.1, o cal ameaza cunha pena de prisión dun a cinco anos e multa de dous a vinte millóns de liras os dirixentes de "suxeitos habilitados para levar a cabo actividades de investimento" que, nas comunicacións presentadas ó Banco de Italia ou á CONSOB, "co fin de obstaculiza-lo exercicio das funcións de vixilancia", expoñan feitos que non respondan á verdade, acerca das condicións económicas dos ditos suxeitos ou sobre as actividades realizadas por conta dos investidores, ou ben gochan feitos que deberían comunicar.

O artigo 117.2 sanciona con pena de prisión de ata un ano e multa de vintecinco a cen millóns de liras os mesmos suxeitos que, fóra dos casos previstos no número 1, obstaculicen as funcións de vixilancia.

Trasladándonos ó plano das ofertas de investimento do aforo público, Sergio Seminara sinalou que se produce unha ampliación da tutela da información, no sentido de que comprende tanto as comunicacións á CONSOB como as comunicacións ó público.

Respecto das primeiras, o artigo 174.2 establece que, fóra dos casos incluídos no número 1, os dirixentes das sociedades

emisoras que obstaculicen o exercicio das funcións da CONSOB serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres anos e multa de vinte e cinco a cen millóns de liras: unha sanción máis grave, polo tanto, cá prevista no artigo 171.2.

O artigo 174.1 castiga con pena case idéntica (prisión de seis meses a tres anos e multa de dez a cen millóns de liras) o feito de facer constar informacións falsas no prospecto enviado á CONSOB relativo a unha futura oferta pública de investimento ou de adquisición ou troco, no prospecto relativo a unha futura cotización da sociedade, nas comunicacións enviadas á CONSOB por petición súa ou sobre a base de obrigas establecidas con carácter xeral, ou nas comunicacións ó público realizadas polas sociedades emisoras sobre feitos relativos a elas mesmas e idóneas, coa súa publicación, para influír sensiblemente sobre o prezo dos instrumentos financeiros.

Por último, o artigo 181 sanciona con pena de prisión de ata tres anos e multa dun a cincuenta millóns de liras “a quen divulgue noticias falsas, esaxeradas ou tendenciosas, ou ben realice operacións simuladas ou outros artificios idóneos para provocar unha sensible alteración do prezo dos instrumentos financeiros ou a alteración dun mercado activo destes”.

Outros dous tipos penais que mereceron a atención por parte do relator foron a Administración infiel e a confusión de patrimonios, ambas sancionadas con pena de prisión de seis meses a tres anos e multa de dez a douscentos millóns de liras.

A primeira –prevista no artigo 167– sanciona a quen, durante o desenvolvemento de servizos de investimento, con violación das normas sobre conflito de intereses, realice unha operación que lles cause un dano ós investidores co fin de lograr para si ou para outro un beneficio inxusto. A norma aseméllase bastante ó artigo 295 do CP español, pero, a diferenza deste, que se dirixe a suxeitos encargados da xestión social, o artigo 167 vale exclusivamente no ámbito da intermediación financeira, sen que exista un tipo correspondente nos delitos societarios.

O segundo tipo –previsto no artigo 168– sanciona, sen embargo, a quen, durante o desenvolvemento de servizos de investimento, co fin de procurar para si ou para outros un beneficio inxusto, non mantén o diñeiro ou os instrumentos financeiros dos seus clientes como patrimonio distinto do seu e dos demais clientes. A punibilidade do feito subordínase, non obstante, á interposición dunha denuncia por parte dos investidores.

Por último, dedícaselle un apartado á disciplina do *insider trading*, que o novo texto único procedeu a reformular de maneira

máis restrinxida en comparación coa lei anteriormente vixente. Sobre a base do artigo 180, sanciónase coa pena de prisión de ata dous anos e multa de vinte a seiscentos millóns de liras, por unha parte, a quen, estando en posesión dunha información privilexiada obtida gracias á súa participación no capital dunha sociedade ou ó exercicio dunha función, profesión ou oficio, se vale dela en operacións bolsistas ou ben, sen motivo xustificado, llela comunica a outros ou aconsella a outros baseándose no dito coñecemento privilexiado; por outro lado, a quen realiza operacións bolsistas obtendo información privilexiada dos suxeitos anteriormente citados.

Dende a perspectiva española, o profesor Terradillos Basoco afrontou inicialmente o tema da "protección penal do mercado financeiro" dende un punto de vista eminentemente terminolóxico. Así, o termo "mercado financeiro" posúe un maior ou menor alcance segundo a tipoloxía que se manexe. De acordo co concepto seguido pola Real Academia da Lingua, o "mercado financeiro" é o mercado das actividades relacionadas coa Facenda Pública, as sociedades mercantís e, en xeral, o bolsista.

A protección bolsista é tratada polo Código penal de 1995 no seu artigo 285, e indirectamente nos seus artigos 284<sup>31</sup> e 442<sup>32</sup>.

Segundo o profesor Terradillos, para a interpretación do artigo 285 cómpre ter en conta a súa cuádruple orixe, de política económico-criminal, que implicou a súa inclusión no Código penal español. A súa introducción foi esixida por unha doutrina non pacífica: o Código penal de 1995 foi obxecto de debate doutrinal e político dende o ano setenta e nove. Durante este longo período de discusión estimouse, por un lado, que só consideracións morais poderían servir de pretexto para a inclusión do precepto, posto que tales consideracións son as únicas que criminalizan comportamentos onde non existen vítimas.

Por outro lado, a postura dos escépticos ía encamiñada a regular-lo que se quixera. Para eles o mercado financeiro é o ámbito natural da CNMV, así o dito mercado é a rede arterial a través da que flúe a actividade mercantil e financeira.

Finalmente se impuxo a doutrina maioritaria partidaria da inclusión do precepto no novo Código penal, e tómase como fundamento o feito de que permiti-lo uso de información privilexiada suporá a ruptura da rede arterial da economía, e posto que se debe ter sempre presente a defensa dos intereses do investidor prexudicado.

Un segundo empurrón á introducción do precepto veu dado pola incorporación de España á Comunidade Ecomómica Eu-

<sup>31</sup> Artigo 284 CP: "Imporase a pena de prisión de seis meses a dous anos, ou multa de seis a dezaioito meses, ós que, difundindo noticias falsas, empregando violencia, ameaza ou engano, ou utilizando información privilexiada, intentaren altera-los prezos que haberían de resultar da libre concorrencia de productos, mercadorías, títulos valores, servicios ou calquera outras cousas mobles ou inmobles que sexan obxecto de contratación, sen prexuízo da pena que puidera corresponderlles por outros delitos cometidos."

<sup>32</sup> Artigo 442 CP: "A autoridade ou funcionario público que faga uso dun segredo do que teña coñecemento por razón do seu oficio ou cargo, ou dunha información privilexiada, con ánimo de obter un beneficio económico para si ou para un terceiro, incurrirá nas penas de multa do tanto ó triplo do beneficio perseguido, obtido ou facilitado e inhabilitación especial para emprego ou cargo público por tempo de dous a catro anos. Se obtivere o beneficio perseguido imponse as penas na súa metade superior."

Se resultara grave dano para a causa pública ou para terceiro, a pena será de prisión dun a seis anos, e inhabilitación especial para emprego ou cargo público por tempo de sete a dez anos. Para os efectos deste artigo, enténdese por información privilexiada toda información de carácter concreto que se teña exclusivamente por razón do oficio ou do cargo público e que non fose notificada, publicada ou divulgada."

ropea (CEE). Así, a Directiva 582/89 estableceu a necesidade de homoxeneiza-las condicións en tódolos mercados dos países comunitarios e estipulou a obrigación de sanción ante tales conductas.

Outro impulso proporcionouno o dereito comparado, que opta pola vía sancionadora penal. En Alemaña tendeu a potencia-las vías de control establecendo limitacións.

Como último antecedente, a Lei do Mercado de Valores de 1988 (LMV) pretendeu asegura-la transparencia e a lealdade por actuar sobre a negociabilidade do mercado. As decisións tómanse non polas relacións persoais (confianza nos suxeitos intervenientes), senón polas características globais do mercado. É de obrigatoria mención, de acordo co relator, os seus artigos 82 (deberes de información de emisores), 81.1 e 83 (garantía, sixilo), e 81.2 (prohibicións de información en materias reservadas)<sup>33</sup>.

Para asegura-los fins da LMV creouse a CNMV, as facultades máis importantes da cal son as de control, inspección e sanción. Da actividade desta comisión deriva a determinación do que constitúen as conductas tipificadas no artigo 285 CP.

Seguidamente, o profesor Terradillos Basoco procedeu á análise metódica do artigo 285 CP.

Nos delitos socioeconómicos os bens xurídicos protexidos son de difícil determinación (mercado, lealdades...). De conformidade coa doutrina, o artigo 285 defende un concepto social e democrático da propiedade social ou, incluso, o bo funcionamento do Mercado de Valores.

Por outra parte, o artigo 285 esixe a provocación dun determinado efecto económico con beneficiarios ou prexudicados individualizables. Así require de dous elementos: intereses patrimoniais individualizables de titularidade concreta e efectos económicos tanxibles (para patrimonios de titularidade individual). Atopámonos, en opinión do relator, ante un delito contra o patrimonio que vulnera normas do Mercado de Valores: a lealdade e a igualdade nese mercado.

Respecto do suxeito activo do delito, este é o que ten acceso a información secreta. O artigo 81.1 LMV completa a definición: o que na estrutura societaria desempeña funcións que o poñen en contacto directo con esta información e que ademais dispón de capacidade de decisión, é dicir, o que de forma directa ou por persoa interposta ten acceso á información secreta con ocasión do exercicio da súa profesión. Esta información debe ser "relevante", isto é, se pode incidir na cotización.

<sup>33</sup> A regulación do artigo 285 CP é a consecución natural do artigo 81.2 LMV.

O artigo 285 CP contempla un delito de resultado, así é necesario introducir unha condición obxectiva de punibilidade, porque a pena do delito (multa) se adecúa ó beneficio ou ó prexuízo; desta forma, o tipo consúmase no momento da obtención do beneficio ou do prexuízo.

Pola súa parte, o artigo 286 CP castiga tipos agravados cando o beneficio obtido sexa de notoria importancia, é dicir, cando se producise un resultado que implique unha gratificación de antixuridicidade<sup>34</sup>. Tamén cabería apreciar este tipo agravado por conductas reiteradas do artigo 83 LMV.

Polo que se refire ó artigo 286 en concurso co artigo 442 CP, na opinión do relator sería defendible o concurso de delitos. O artigo 442 confórmasse coa actividade abusiva sobre a información, non require beneficio ou prexuízo, e contempla a agravante se afecta á Administración de modo grave, isto é, cando se produce un notorio prexuízo. Por iso, na opinión do profesor Terradillos Basoco, a apreciación dun concurso de delitos non só non se dirixe contra o principio *non bis in idem*, senón que se encontra totalmente fundamentada.

O encontro internacional dende aquí comentado pechouse coa participación inestimable de Lorenzo Picotti, ordinario de dereito penal da Universidade de Trento, vicepresidente do Centro de Dereito Penal Tributario e avogado, e de Adán Nieto Martín, profesor asociado da Universidade de Castela-A Mancha, que, dende a súa particular visión do dereito penal económico italiano e español, disertaron sobre un tema de tanto interese e actualidade como é o da "fraude fiscal e de subvencións á Comunidade Europea".

A exposición de Lorenzo Picotti versou fundamentalmente sobre a explicación empírica do fenómeno comunitario e o control dos delitos comunitarios, para confronta-la situación do delito penal italiano nese ámbito.

A tutela penal do patrimonio comunitario é, ó seu entender, independente e autónoma á tutela penal dun Estado individual.

Para o ordinario existe unha complicidade do réxime xurídico de subvencións, de producións, de limitacións á importación en toda a CEE, que crea a posibilidade de abusar do procedemento de tránsito dos produtos europeos. Así, o propio funcionamento da CEE propicia a posibilidade de que os estados membros non aboan ou deixen de aboar determinados impostos relativos ó tránsito de mercadorías, en función do interese financeiro da comunidade.

Isto trae consigo a aparición dunha serie de delitos fiscais,

<sup>34</sup> Artigo 286 CP: "Aplicarase a pena de prisión de catro a seis anos e multa de doce a vinte catro meses, cando nas conductas descritas no artigo anterior concorra algunha das seguintes circunstancias:

1<sup>a</sup> Que os suxeitos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.

2<sup>a</sup> Que o beneficio obtido sexa de notoria importancia.

3<sup>a</sup> Que se cause grave dano ós intereses xerais.



como a falsificación da certificación de orixe dos produtos por países extracomunitarios, o que provoca graves prexuízos económicos para a CEE, así como o perigo de non poder controlalo produto, co risco sanitario que supón.

De acordo con Lorenzo Picotti, sería correcto afronta-lo fenómeno de modo unitario, porque, como se dixo, o sistema comunitario posúe unha regulamentación complexa que favorece a aparición destes delitos de corrupción e criminalidade organizada.

Respecto do control destes delitos, o relator aludiu á utilización de métodos preventivos e represivos a través de medidas de policía e sancións administrativas. Pese a iso, tales medidas poden non ser suficientes, polo que sería necesario ver sobre qué presupostos se deberían aplicar sancións penais, que deberían estar reservadas a un órgano supremo, como o Parlamento Europeo electo, e tutelarían dereitos fundamentais.

Esta potestade penal comunitaria estaría por riba do dereito penal dun Estado membro, que debería aplicar sancións penais baixo o criterio da comunidade. Neste sentido, o Tratado de Maastrich introduciu o principio de cooperación dos estados membros en materia xudicial e penal e promoveu a unificación do delito penal. Por outro lado, a aplicación da sanción penal do Estado membro, baixo o interese comunitario, debe supoñer un resultado certo e unha tutela efectiva.

Respecto do problema deste delito penal no ámbito do ordenamento italiano, o dereito penal italiano introduciu a partir do ano noventa o concepto de delito penal con relación ó ámbito comunitario (artigo 340 CP italiano), e non se limitou só ó aspecto estritamente patrimonial senón que protexeu un ben xurídico diverso. No ano 1992 o lexislador italiano incidiu en maior medida sobre a regulación deste tipo de delitos que afectan directamente ó interese da CEE (un exemplo clarificante constitúe o delito de malversación).

A continuación, o profesor Nieto Martín afrontou inicialmente o tema da súa intervención baixo a cuestión de quen leva as rendas do proceso de unificación do dereito europeo. Segundo o seu criterio, a discusión tradúcese en dous piares: se son os estados os que levan as rendas, decantaranse polo piar intergubernamental: a participación das institucións comunitarias é mínima; se os que levan as rendas son as institucións comunitarias, preferirán o dereito clásico.

Entre ámbolos dous piares, o gubernamental é o máis eficaz, porque pola vía do convenio hai que esperar a que tódolos estados o ratifiquen para que entre en vigor.

Por outra parte, o relator puxo de manifesto que o artigo 209.a) do Tratado de Ámsterdan, no seu parágrafo cuarto, parece querer excluír do ámbito comunitario a loita contra a fraude. Dende o ano 1989 a comisión estivo interesada en que a Comunidade Europea utilizara sancións administrativas contra a fraude, ó incluílas ás furtadelas a través de sancións *sui generis* e sen que se soubese exactamente se se trataba de sancións civís ou administrativas (en palabras do relator, "sancións de zona gris"). Non obstante, estas sancións fóronse introducindo, ata que Alemaña formula a cuestión de se a comisión ten realmente competencias para promulgarlas. Xorde así a STCE do 27 de outubro de 1992, na que o tribunal se pronuncia positivamente sobre tal competencia e decide a partir de entón estende-lo cadro das súas sancións administrativas. Pero o Tribunal das Comunidades Europeas dáse conta de que non vai ser posible lograla homoxeneización posto que cada Estado aplica estas sancións de acordo co seu ordenamento, polo que no ano noventa e cinco se crea o Regulamento 88.

Na opinión do profesor Nieto Martín, este polémico parágrafo cuarto do artigo 209.a) intenta clarificar a competencia da Comunidade Europea para introducir sancións administrativas. Tralo Tratado de Ámsterdan todo o que é dereito penal encóntrase regulado no título VI e en materia de fraude a comunidade pode adoptar medidas de protección e sancións administrativas.

Respecto da fraude fiscal, toda a anterior normativa non se comprende se non se teñen en conta tres aspectos da fraude que veñen explica-la política lexislativa:

En primeiro lugar, nun informe da Comunidade Europea do ano noventa e seis sobre a loita contra a fraude, esta ascendía a mil trescentos millóns de euros, e detectáranse catro mil catrocentas irregularidades. Detrás disto encontrábase a criminalidade organizada e a grande preocupación da comunidade na súa loita contra ela.

En segundo lugar, as deficiencias no control da fraude: a Comunidade Europea ten delegados os poderes de inspección nas autoridades nacionais e os funcionarios nacionais son pouco celosos no control dos fondos comunitarios. Este factor explica un conxunto de regulamentos comunitarios que lles indican ós estados membros cómo teñen que inspeccionar. Todo isto leva á comunidade a decidir que sexan os seus propios axentes os que vaian ás empresas inspeccionar. Así, de regula-los controis *in situ* encárgase un Regulamento Comunitario do ano noventa e seis baseado en equipara-lo status do axente comunitario ó

do nacional, o que pode chegar a formular problemas en relación co proceso penal que se poida promover.

En terceiro lugar, a mala técnica legislativa das normas comunitarias que outorgan subvencións ou conceden beneficios fiscais. Esta deficiente técnica podería chegar a provocar fraude de lei, polo que para loitar contra esta se estipula o artigo 4 do Regulamento 2988/95. Tal solución resolveu as cousas só no ámbito administrativo.

Respecto da cuestión de cómo debería realizarse a harmonización do dereito penal, de acordo con Nieto Martín os convenios que de agora en adiante se ocupen de harmonizalo dereito penal deberán prestarlles especial atención ós elementos normativos do tipo. Ata agora a harmonización realizábase a través da parte especial e non era necesario tocar elementos da parte xeral. Pero, segundo o relator, isto non debería de ser así<sup>35</sup>, polo que sería conveniente converte-los problemas de parte xeral en problemas de parte especial: a través das técnicas de parte especial resolveríanse os problemas de parte xeral.

A modo de conclusión, e respecto de cómo debería realizarse a transposición ós respectivos ordenamentos, o profesor Nieto Martín propuxo a creación dunha lei penal especial a través da cal en cada país se regule todo o que teña que ver coa fraude fiscal á Comunidade Europea, a prol da seguridade xurídica.

Como colofón a este interesante congreso, o bolseiro da Área de Dereito Penal da Universidade da Coruña, José Ángel Brandariz García, agradeceulles ás institucións colaboradoras, entre elas a Escola Galega de Administración Pública, a súa contribución á organización e ó desenvolvemento deste, e felicitou os ilustres participantes polas súas brillantes achegas, felicitación que fixo extensible a toda a Área de Dereito Penal da Universidade da Coruña, organizadora e artífice do encontro.

Por outro lado, gustaríame resalta-lo interese que espertaron as mesas redondas e os coloquios abertos ó final de cada unha das sesións e que contaron igualmente coa inestimable achega de prestixiosos avogados, profesores e especialistas na materia, que coas súas disertacións e comentarios viñeron enriquece-lo contido xa por si relevante do evento.

Como inciso final, quixera significar, aínda co risco de ser reiterativo, a relevancia e a transcendencia deste "I Congreso hispano-italiano de dereito penal económico", que serviu como marco de estudio e de confrontación das experiencias que nesta materia tiveron lugar en España e en Italia nos últimos anos, tendo en conta que estes países deben afrontar unha elección se-

<sup>35</sup> Como exemplo o concepto de dolo non é o mesmo en tódolos países. Consecuentemente, os convenios deberían establecer-los prazos de prescrición, o tema da regularización fiscal, etc.

mellante dado o espectro global da Comunidade Europea no que se atopan inmersos e os seus comúns intereses na persecución dos delitos económicos. Estas experiencias, que se puxeron de manifesto dende os coñecementos particulares que sobre o tema posúen os eminentes conferenciantes, servirán de base e como punto de referencia para a realización de futuros encontros internacionais que sobre a materia teñan lugar.

Por último, e a modo de breve apuntamento recompilatorio, desexaría destaca-las que, ó meu modo de ver, constitúen as novidades máis importantes que o Código penal español de 1995 introduciu con relación á corrupción e ós delitos contra o patrimonio e a orde socioeconómica, regulados no título XIII (artigos 234 a 304), e que foron obxecto de estudio e de desenvolvemento no congreso aquí comentado:

- Modificáronse os delitos de información privilexiada e de tráfico de influencias de funcionarios públicos para poder castigar tales condutas cando perseguen o beneficio económico, anque non cheguen a alcanzalo.

- Tipificouse correctamente a defraudación de acredores na quebra ou suspensión de pagos.

- Aparece regulado o delito de quebra fraudulenta nas subastas xudiciais, que peculiariza unha conduta delictiva dos chamados "poxadores".

- Animouse a posibilidade de prevaricación xudicial non só en sentencias e autos, senón tamén en calquera outra resolución.

- Así mesmo, a partir da entrada en vigor do referido texto lexislativo constitúe delito a mera falsidade de contas, sen necesidade de probar que a intención sexa causarlle un prexuízo económico á sociedade.

Coa regulación destes delitos socioeconómicos encontrámonos ante o recoñecemento da vinculación entre a protección do patrimonio e a doutros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesións patrimoniais. Así, especificamente coa regulación dos delitos societarios (capítulo XIII) sanciónanse condutas irregulares dos administradores de sociedades, sexan de feito ou de dereito, e estea a sociedade constituída ou en formación, co que se pretende evita-la impunidad de supostos nos que non se regularizase a sociedade ou non se designasen formalmente os administradores. 