III

2024 N.º 144

cuadernos de política criminal

segunda época



Dykinson, S.L.

FUNDADOR
Manuel Cobo del Rosal
Catedrático de Derecho penal

CONSEJO EDITORIAL

DIRECTOR
Lorenzo Morillas Cueva
Catedrático de Derecho Penal.
Profesor Emérito de la Universidad de Granada

SUBDIRECTOR
Ignacio Benítez Ortúzar
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén

SUBDIRECTOR
David-Lorenzo Morillas Fernández
Catedrático de Derecho PenaL
Universidad de Murcia

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Jaume I

Manuel Jaén Vallejo
Profesor Titular de Derecho Penal
Magistrado

Javier Valls Prieto
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

María Isabel González Tapia
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Córdoba

Fátima Pérez Ferrer
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Almería

Eva Domínguez Izquierdo
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Jaén

Josefa Muñoz Ruiz
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Murcia

Aixa Galvez Jiménez
Profesora Permanente Laboral
Universidad de Granada

SECRETARIA

Elvira Acero Gómez

COMITÉ DE HONOR

Enrique Bacigalupo
Catedrático de Derecho Penal
Ex Magistrado de la Sala de lo Penal
del Tribunal Supremo de España

Jaime Náquira Riveros
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Católica de Chile

Antonio García-Pablos Molina
Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Günther Jakobs
Catedrático de Derecho penal
Profesor Emérito de la
Universidad de Bonn (Alemania)

Jorge de Figueiredo Dias
Catedrático de Derecho Penal
Profesor Emérito de la Universidad de
Coimbra (Portugal)

Diego Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal
Profesor Emérito de la Universidad
de Alcalá de Henares (Madrid)

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal
Catedrático *Ad Honorem* de la
Universidad Rovira i Virgili.

Gonzalo Rodríguez Mourullo
Catedrático de Derecho Penal
Profesor Emérito de la
Universidad Autónoma de Madrid.

Claus Roxin
Catedrático de Derecho Penal.
Profesor Emérito de la
Universidad de München (Alemania)

Eugenio Raúl Zaffaroni
Catedrático de Derecho Penal.
Profesor Emérito de la Universidad
de Buenos Aires (Argentina)

Joaquín Cuello Contreras
Catedrático de Derecho Penal.

III

2024 N.º 144

cuadernos de política criminal

segunda época

Edita

Dykinson, S.L.

AVISO IMPORTANTE A NUESTROS SUSCRIPTORES

Si desea suscribirse a **Cuadernos de Política Criminal**, llame por teléfono o envíe un e-mail a info@dykinson.com, indicando la forma de pago y el número o números a los que quiere suscribirse, e inmediatamente recibirá su pedido.

CPC se adhiere a las Core Practices del Committee on Publication Ethics (COPE) disponibles en: *https://publicationethics.org/core-practices*; y especialmente a los *Principios de Buenas Prácticas y Transparencia en las Publicaciones Académicas* desarrollados por el Committee on Publication Ethics (COPE), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), Directory of Open Access Journals (DOAJ) y World Association of Medical Editors (WAME) disponibles en: *https://publicationethics.org/ resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing*. La Declaración de ética y malas prácticas completa de CPC puede ser consultada en sus versiones en español e inglés: *https://www.dykinson.com/revistas/cuadernos-de-politica-criminal/*

La Revista no se responsabiliza de las opiniones contenidas en los artículos

Edita: Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 — 28015 Madrid
Tels. 91 544 28 46 / 91 544 28 69
Fax 91 544 60 40
info@dykinson.com / www.dykinson.com

Imprime: Safekat, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - 28021 Madrid
www.safekat.com

ISSN: 0210-4059
Depósito Legal: M. 7533-1977
DOI: https://doi.org/10.14679/3796

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).119.

CONTENIDO

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL: LA UTILIDAD DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS. *Por Elena Marín de Espinosa* 5

LA LIMITADA PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS SOCIETARIOS. *Por Miguel Bustos Rubio* 35

LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO EN EL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO PENAL: HACIA LA SUPERACIÓN DE LOS MODELOS PENITENCIARIOS. *Por Angelo Giraldi*..... 83

SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

EL CONSEJO SOCIAL PENITENCIARIO. *Por Borja Mapelli Caffarena*..... 117

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. *Por Manuel Jaén Vallejo* 137

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A LA OBRA «DERECHO PENAL *TRENDING TOPIC*. UNA SEMANA DE COMUNICACIÓN SOBRE LA LEY Y LA JUSTICIA PENAL EN LA RED SOCIAL X (ANTES LLAMADA TWITTER)», FERNANDO MIRÓ LLINARES/ JESÚS C. AGUERRI (EDS.) MARCIAL PONS, MADRID, 2024, 227 PÁGINAS. *Por Roberto Cruz Palmera*..... 151

RECENSIÓN AL LIBRO «APROXIMACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO», ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ, TECNOS, MADRID, 2024, 268 PÁGINAS. *Por Javier Parrilla Vergara* 157

RECENSIÓN A LA OBRA "PROFILI PENALI DELLA SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO, "RISCHI" DI RISPONSABILITÀ OGGETIVA E RIMPROVERO PERSONALE" DE ANGELO GIRALDI, ARACNE, 2024, 332 PÁGINAS. *Por Rosa García Campuzano* 165

RECENSIÓN A LA OBRA "LAS CIBERESTAFAS: TENDENCIAS, INFRACTORES, VÍCTIMAS Y PREVENCIÓN", KEMP, S, ATELIER, BARCELONA, 2024, 189 PÁGINAS. *Por Patricia Saldaña Taboada* 175

NOTA NECROLÓGICA

IN MEMORIA FERRANDO MANTOVANI. *Por Ignacio F. Benítez Ortúzar* 189

IN MEMORIAM CARLOS ROMEO CASANOVA. Por *Lorenzo Morillas Cueva* 195

NOTICIARIO 201

POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC 231

*LA LIMITADA PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS SOCIETARIOS**

The rule of prosecution in corporate crimes

MIGUEL BUSTOS RUBIO**

Fecha de aceptación:01/11/2024
Fecha de aprobación:09/12/2024

DOI: https://doi.org/10.14679/3798

RESUMEN: **En este trabajo se somete a examen crítico la condición de perseguibilidad prevista para los delitos societarios en el art. 296 del Código Penal. Se parte de unas ideas previas sobre la incorporación de estos tipos penales en el Código Penal español del año 1995, para descender después a la exégesis sobre el concreto fundamento y la naturaleza jurídica del precepto. Se analiza igualmente el contenido de la cláusula, desde un estudio de la regla general y las excepciones que en ella se prevén. Finalmente se llega al objeto central de la investigación, consistente en someter a un filtro crítico la existencia de una limitación en cuanto a la perseguibilidad de estos delitos económicos, ofreciéndose diversos argumentos que avalan la necesidad de supresión de la norma, con su consecuente propuesta de *lege ferenda*.**

PALABRAS CLAVE: **Delitos societarios, perseguibilidad, procedibilidad, delitos semipúblicos, persecución penal.**

ABSTRACT: ***This paper studies the condition of prosecution in corporate crimes (art. 296 of the Spanish Penal Code). The chapter begins with***

* Este trabajo se enmarca en dos proyectos de investigación: (1) "Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global" (PID2022-138796NA-I00), y (2) "Derecho penal de clase: propuestas de lege lata y de lege ferenda" (PID2022-142211NB-C22), financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro de la Convocatoria de ayudas a «Proyectos de generación de conocimiento».

** Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad Internacional de La Rioja).

an exposition of some preliminary ideas on the incorporation of these types of crimes into the Spanish Penal Code, and then proceeds to an explanation of their legal basis and nature. The content of the clause is also analysed through a study of the general rule and the exceptions provided for. Finally, we arrive at the central objective of the investigation, which consists of subjecting the existence of a limitation regarding the prosecution of these economic crimes to a critical filter, offering several arguments that support the need to suppress the norm, with its consequent proposal for reform.

KEYWORDS: ***Corporate crimes, prosecution, criminal admissibility, semi-public crimes, criminal prosecution.***

SUMARIO: I. A MODO INTRODUCTORIO: ALGO DE HISTORIA. II. LA NATURALEZA JURÍDICA Y EL FUNDAMENTO DEL ART. 296 CP. III. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA. *1. La regla general: denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y denuncia del Ministerio Fiscal. 2. La excepción: afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas*. IV. ARGUMENTOS QUE PERMITEN REFUTAR LA ACTUAL CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD. *1. La tutela de intereses supraindividuales en los delitos societarios. 2. La excepcionalidad al principio general de perseguibilidad de oficio y el riesgo de instrumentalización del sistema penal. 3. La eficacia práctica del perdón del ofendido en los delitos societarios: una nueva oportunidad para la negociación privada. 4. Optimización de costes: ¿un argumento válido?* V–CONCLUSIONES.

I. A MODO INTRODUCTORIO: ALGO DE HISTORIA

Los delitos societarios forman parte de nuestro actual Código Penal desde la entrada en vigor de este en el año 1995, cuando el legislador decidió incorporarlos *ex novo* a dicho cuerpo normativo, enmarcándolos en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II. Hasta esa fecha, carecíamos de antecedentes legislativo-penales en la materia. En su inicial previsión, se contemplaron un total de seis tipos penales, a saber: el delito de falsedad documental societaria (art. 290 CP), el delito de imposición de acuerdo abusivos (art. 291 CP), el delito de aprovechamiento de acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia (art. 292 CP), el delito de negativa o impedimento de los derechos sociales (art. 293 CP), el delito de impedimento de la actuación inspectora o supervisora (art. 294 CP) y el delito de administración desleal societaria (art. 295 CP), si bien este último precepto quedó derogado tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 (por tanto, en la actualidad son cinco tipos penales), creándose un nuevo

tipo genérico de *administración desleal* en el art. 252 CP, que ahora resultará aplicable en general a cualquier acto de administración desleal de los que en él se describen, con independencia de que se lleve a cabo en el ámbito propio de una sociedad o fuera de esta; por ello, tras la reforma del año 2015 puede decirse que existe un delito de administración desleal que resulta en su aplicación mucho menos acotado (en definitiva: más amplio) que el que en el año 1995 se previó en el marco de los delitos societarios, que quedaba restringido en su ejecución a un ámbito muy concreto y específico: el de las sociedades[1]. Y por tal razón huelga decir que el actual precepto del art. 252 CP resulta también aplicable a los administradores de sociedades, a pesar de que por su magnitud no pueda seguir considerándose un delito societario sino estrictamente patrimonial.

Algunos sectores de la doctrina ya venían reclamando previamente la necesidad de incorporar tipos penales societarios en el cuerpo del Código Penal, pasando de una respuesta jurídica completamente extrapenal a una propiamente penal en supuestos de comportamientos lo suficientemente gravosos para los intereses en juego[2]. Tras su configuración, la mayoría de la doctrina aplaudió la decisión del legislador, si bien, como es lógico, comenzaron a suscitarse los primeros juicios críticos sobre la concreta redacción típica de cada uno de los preceptos señalados[3].

---

[1] Para ilustrarlo en términos comparativos, allá donde el hoy derogado art. 295 CP castigaba a "Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren […]", el actual art. 252 CP señala lo siguiente: "1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses".

[2] Máxima exponente: Faraldo Cabana, P.: *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

[3] Con todo, no la totalidad de la doctrina científica se mostró conforme siquiera con el salto dado al terreno penal por el legislador de entonces, dada la existencia de eficaces mecanismos que ya en el ámbito mercantil se dedicaban a perseguir y sancionar algunas de estas conductas. Así, verbigracia, como puede leerse a Lascuraín Sánchez, J. A., "Delitos societarios", en De la Mata Barranco, N. J.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuraín Sánchez, J. A.; Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 469, "desde su origen en el año 1995 el capítulo dedicado a los delitos societarios fue polémico, si no en su entera existencia, sí en su extensión, máxime a la vis-

Ilustrativamente ha sostenido Martínez-Buján Pérez que "con la creación de esta nueva familia delictiva el legislador penal español pretendió cubrir una de las lagunas más llamativas existentes hasta la fecha en nuestro Derecho penal, tal y como se ha venido señalando reiteradamente por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, con independencia de la valoración dogmática o político-criminal que merezca cada una de las concretas figuras de delito a la vista de la técnica de tipificación empleada, lo cierto es que con carácter general puede afirmarse, en sintonía con la opinión dominante, que estamos ante un grupo de delitos cuya creación se halla plenamente justificada. Dicha justificación genérica, avalada por la presencia de genuinos 'delitos societarios' en las legislaciones extranjeras de nuestro entorno, había sido reconocida además en todos los textos prelegislativos preparados desde el año 1980, en los cuales se incluía un amplio catálogo de figuras delictivas societarias"[4]. Ello, no obstante, y como se acaba de indicar, no prejuzgó la valoración particular de la doctrina sobre cuáles debían ser las conductas societarias a criminalizar, o cuál debía ser la técnica de tipificación a emplear.

Junto a este elenco delictivo, el legislador del año 1995 introdujo, además, dos preceptos de gran relevancia: por un lado, en el art. 297 CP se definió el concepto *penal* de sociedad (que, como fácilmente se colige, es mucho más amplio que el propio del ámbito civil, mercantil o en general extrapenal); y por otro lado, en el art. 296 CP se estableció una *condición de perseguibilidad* (o de *procedibilidad*) que, como veremos, según ha manifestado la práctica totalidad de la doctrina convierte a estos injustos en delitos *semipúblicos* o bien *semiprivados*, al condicionarse la persecución penal de los mismos a la existencia de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, exceptuándose en ciertos supuestos (así en casos de minoría de edad o de personas discapacitadas necesitadas de especial protección, supuestos en los que podrá denunciar igualmente el Ministerio Fiscal; asimismo, decae el requisito de la denuncia cuando la comisión del delito afecte a *intereses generales* o bien a una *pluralidad de*

ta de los afinados recursos mercantiles para la anulación de actos o para la exigencia de responsabilidad civil de los administradores".

[4] Martínez Buján-Pérez, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edic., Valencia, 2023, p. 546. E incluso, como añade el mismo autor (p. 547), "por lo demás, la familia de los delitos societarios ha sido usualmente mencionada como ejemplo de categoría delictiva cuya ubicación legislativa (Código penal o legislación penal especial) ha sido vivamente discutida, discusión que aparece propiciada por las muy diferentes opciones que pueden contemplarse en los Ordenamientos penales extranjeros".

personas)[5]. Como fácilmente se colige, nos encontramos ante una excepción al principio general de perseguibilidad de oficio de las infracciones penales.

En el presente trabajo sometemos a examen crítico el contenido de este último artículo, el 296 CP, analizando su naturaleza y su contenido de *lege lata*, pero, sobre todo, considerando su conveniencia, utilidad y posibles riesgos dimanantes en el marco regulatorio actual de los delitos societarios, desde la consideración de estos como delitos propiamente económicos. No entraremos en otro tipo de discusiones, que ya han sido ampliamente tratadas por la doctrina más especializada, y llevaremos a cabo la exégesis desde la asunción de la existencia de estos delitos, y no desde otras críticas que, desde el terreno político-criminal, pudieran realizarse en contra de los mismos (así, por ejemplo, la cuestión sobre su propia previsión; o en palabras de Lascuraín Sánchez, "a la vista de la lesividad de estas conductas y a la vista de los mecanismos civiles para combatir las irregularidades societarias, ¿deben existir estos delitos?"[6]).

La justificación de esta investigación reposa, además, en un potente indicador que en este instante tan solo planteamos como hipótesis, y que pretendemos demostrar en las páginas siguientes: la circunstancia de que, si bien es altamente probable que la técnica de tipificación empleada en la configuración de estos delitos, y su propia redacción típica, resulte deficiente[7], y ello explique en gran parte el porqué de la escasa aplicación

---

[5] La literalidad del precepto del art. 296 CP es la que sigue: "1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas".

[6] Lascuraín Sánchez, en De la Mata Barranco, Dopico Gómez-Aller, Lascuraín Sánchez, et. al., *Delitos societarios*, *op. cit.*, p. 469. También Díaz-Maroto y Villarejo, J.: "Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el artículo 296 del Código Penal", en *Diario La Ley (La Ley Digital)*, Tomo 7, nº 21071, 2001, p. 2, afirma que no es posible sostener la condición de perseguibilidad esgrimiendo el hecho de que ya existan mecanismos civiles o en general extrapenales que resulten *insuficientes*, "porque tal argumento podría servir para justificar la existencia del delito en sí, pero nunca la cuestión de su perseguibilidad, pues el Derecho penal actúa sobre aquellas conductas que se consideran más graves, y no como mera cláusula de cierre que pretenda eliminar lagunas de otros sectores del Ordenamiento. Además, esta postura nos podría llevar a la figura de la prisión por deudas, pues cuando el Ordenamiento societario no es capaz de solucionar el perjuicio infligido hay que acudir al penal cuya consecuencia es, en gran medida, la privación de libertad".

[7] Cfr.: Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, *op. cit.*, p. 546.

de estos delitos (quizá con la salvedad del art. 290 CP, y antaño también con la del art. 295 CP, hoy derogado), no deja de presentar importancia el hecho de que se haya previsto una cláusula como la del art. 296 CP, que en la práctica se eleva a modo de muro (no infranqueable, eso es cierto) que cuanto menos tiene el efecto de obstaculizar el enjuiciamiento penal de tales comportamientos una vez ya se han consumado. Ello coadyuvaría a explicar el porqué de esa escasa trascendencia práctica de los delitos societarios, y a discutir, como señalábamos, sobre su necesidad, utilidad y efectos (positivos y negativos) y, en definitiva, sobre la propia oportunidad de su mantenimiento en el actual Código Penal.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA Y EL FUNDAMENTO DEL ART. 296 CP

La totalidad de la doctrina que ha estudiado la configuración de los delitos societarios considera que en el art. 296 CP estamos ante una *condición de perseguibilidad* (o de *procedibilidad*), encontrándonos en este sector ante delitos *semipúblicos* o *semiprivados*[8]. Ello hace que, como dijimos, los delitos societarios no resulten perseguibles de oficio, ni tampoco por medio de la denuncia de terceros no agraviados, o mediante querella pública, requiriéndose siempre para su persecución penal la interposición de denuncia (de la persona agraviada o bien de su representante legal), o en caso de que sean menores o discapacitados necesitados de especial protección, se interponga denuncia por parte del Ministerio Fiscal (y a salvo de otras excepciones que estudiaremos más adelante, y cuya concurrencia volvería a convertir estos delitos en públicos o perseguibles de oficio, lo que precisamente permite tildarlos de *semipúblicos* o *semiprivados*).

Coincidiendo con el apunte que atisba Faraldo Cabana, hay que señalar que si bien en general puede hablarse de delitos no perseguibles de oficio, distinguiéndose tradicionalmente "delitos públicos" frente a "delitos privados", en la actualidad se ha asentado la tercera categoría denominada "delitos semipúblicos", o bien "semiprivados", que "aunque guardan cierto parentesco con los delitos privados y algunas de las espe-

[8] Entre otros muchos: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 1; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, pp. 77 y ss.; Lascuraín Sánchez, en De la Mata Barranco, Dopico Gómez-Aller, Lascuraín Sánchez, et. al., *Delitos societarios*, *op. cit.*, p. 490; Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, *op. cit.*, p. 574; Líbano Beristain, A.: *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 170 y ss.

cialidades que presentan coinciden o se asemejan a las de éstos, son más asimilables a los delitos públicos"[9]. En efecto, en los delitos privados se otorga al particular un poder absoluto de activación del proceso penal, que determina la propia vida del proceso (esta fue, por cierto, la opción del prelegislador del año 1992, que se inclinó por una configuración totalmente privada de los delitos societarios, como tendremos inmediata ocasión de contrastar). En cambio, en los delitos semipúblicos una vez se produce el requisito de la denuncia, el Ministerio Fiscal ejercita la acción pública. A ello hay que sumar, como señala la autora últimamente citada, que "la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal cuando aprecie afectación de los intereses generales o de una pluralidad de personas, o en el caso de menores, incapaces o personas desvalidas, abona la tesis de que los delitos societarios son delitos semipúblicos muy próximos a los públicos, sin tener que acudir para fundamentarla a analizar el desarrollo del proceso según que el acto de iniciación haya sido una denuncia o una querella"[10]. Con todo, esta afirmación no debe conducirnos a entender que en la práctica resulte común la persecución de oficio de los delitos societarios, pues como la propia autora apunta, y como tendremos ocasión de comprobar más adelante en el examen de los requisitos de la cláusula, "la jurisprudencia no está interpretando con generosidad los casos en que se debe perseguir de oficio"[11].

Sea como fuere, no existe duda de que el art. 296 CP constituye una *condición de perseguibilidad* o de *procedibilidad*, que en la práctica convierte a los delitos societarios en delitos *semipúblicos* (o si se prefiere, en delitos *semiprivados*). Esta es, a nuestro juicio (y parece que inopinadamente en la doctrina) la naturaleza jurídica del precepto. Resultando claro cuál es la naturaleza de la cláusula, mayores problemas plantea su concreto fundamento y, ligado a tal discusión, su pertenencia al ámbito material o procesal del sistema penal.

En ocasiones las condiciones de perseguibilidad, como la que constituye el art. 296 CP, han sido automáticamente enmarcadas en el seno de la *punibilidad* en la estructura del delito (al menos para quienes conciben ese estadio como uno más en la configuración del delito, sumativo al tipo de injusto y a la atribución de la responsabilidad penal), reconociéndose a las mismas un fundamento de carácter político-criminal, pero *materialmente* penal, que permite someter todavía la aplicación del delito a la concurrencia de otros elementos más allá de la tipicidad, la antijuricidad

[9] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 80.
[10] Ídem, pp. 80-81.
[11] Ídem, p. 91.

y la culpabilidad. Se tiende así, por estos sectores, a englobar las condiciones de *perseguibilidad* junto con las condiciones de *punibilidad* (que son a su vez, junto a las tradicionalmente denominadas *excusas absolutorias*, elementos de ese juicio de punibilidad al que nos referíamos[12]). Así, a título de ejemplo, López Barja de Quiroga entiende que, junto a las condiciones de punibilidad y las excusas absolutorias, en el escalón de la punibilidad pueden incluirse también otras circunstancias de tipo procesal, como causas personales de exclusión de la jurisdicción penal y condiciones de perseguibilidad[13]. En paralela dirección, Asúa Batarrita ha defendido que en la punibilidad pueden tenerse en cuenta también otras circunstancias de exclusión de pena por razones jurídico-constitucionales de carácter *procesal*, acogiendo la teoría de Wolter[14]. Un tercer ejemplo lo encontramos en Cuello Contreras, a quien puede leerse que "desde el punto de vista del Derecho penal […] los presupuestos procesales no se distinguen en nada de las condiciones objetivas de punibilidad y de las excusas absolutorias"[15].

Conviene ahondar un poco más en la distinción entre instituciones que se incardinan en el seno del Derecho penal material y aquellas otras que son parte del Derecho procesal[16]. La cuestión sobre si la cláusula del

[12] Que la categoría de la punibilidad en Derecho penal viene conformada, a grandes rasgos, por dos grupos de elementos (las a nuestro juicio mal denominadas 'excusas absolutorias' y las condiciones objetivas de punibilidad) es algo que sostiene hoy la práctica totalidad de la doctrina. Sobre la discusión, cfr. ampliamente nuestro trabajo: Bustos Rubio, M.: "Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 35, 2015, pp. 189 y ss. En profundidad, explica esta dualidad: Higuera Guimerá, J. P.: "Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias", en Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R. F.; Beristain Ipiña, A.; Romeo Casabona, C. M.; (edits.), VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 387-389; y también en: Higuera Guimerá, J. P.: *Las excusas absolutorias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 27.

[13] López Barja de Quiroga, J.: *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Aranzadi, Thomsom Reuters, Navarra, 2010, pp. 740-741.

[14] Asúa Batarrita, A.: "Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional", en Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R.F.; Beristain Ipiña, A.; Romeo Casabona, C. M.; (edits.), VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 223.

[15] Cuello Contreras, J.: *El Derecho Penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Ed. Dykinson, 3ª edición, Madrid, 2002, p. 1163.

[16] Tiene razón Pedreira González, F.: "Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 61, 2008, p. 201, cuando afirma que "la problemática de la delimitación entre el Derecho penal y procesal, a pesar de ser uno de los primeros aspectos que debiera ser

art. 296 CP como condición de perseguibilidad se incardina o no dentro de la *punibilidad* y consecuentemente se trata de una institución propiamente penal no revestida de una fundamentación procesal, no es en modo alguno baladí, pues la clasificación de esta cláusula (y de otras similares) en el marco de un determinado sector, penal o procesal, repercute en el propio tratamiento que se da a los hechos en el seno del proceso penal. De este modo, si falta un presupuesto de carácter jurídico-material (condición de punibilidad) procederá la absolución; sin embargo, si lo que falta es un presupuesto procesal (condiciones de perseguibilidad) entonces surge directamente el sobreseimiento o archivo de la causa. Y, como apuntamos, una cosa y la otra son bien distintas por las diferentes consecuencias que de ellas pueden derivarse en la práctica.

Nadie puede negar hoy que el Derecho penal solo resulta realizable por medio del *proceso penal*, por lo que se necesitan mutuamente; pero, como bien ha argumentado Pedreira González "ello no niega, en absoluto, ni la autonomía de ambas disciplinas, ni la posibilidad de separarlas con precisión"[17]. En efecto, a nuestro modo de ver, dado que el objeto de ambas disciplinas es distinto, debemos inclinarnos por sostener la existencia de diferentes fundamentaciones y, por ello, apartarnos de aquellas otras tesis unitarias que, con una clara influencia de la dogmática alemana, abogan por concebirlas como un todo indivisible[18]. El Derecho penal

---

abordado al aproximarse a estas disciplinas (concepto y delimitación con respecto a otras ramas jurídicas), no ha sido tratado con la debida profundidad en nuestro país, en el que, con alguna excepción significativa, los autores se han limitado a hacer afirmaciones genéricas, sin ofrecer ni siquiera un criterio elemental para distinguir, aunque sea por aproximación, las cuestiones penales y las procesales, cuando no se han importado, de un modo más o menos acrítico, teorías que posiblemente no hayan tenido como finalidad primordial aclarar la cuestión". En similar sentido puede leerse a: Ferré Olivé, J. C.: "Punibilidad y proceso penal", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008, pp. 1 y ss.

[17] Pedreira González, *Derecho penal material, Derecho procesal penal… op. cit.*, p. 207.

[18] A modo de ejemplo, sostiene esta idea: Ragués i Vallès, R.: "El sistema integral del Derecho penal: variaciones en torno a una ideal", en *Revista Electrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Vol. 5, nº1, 2017, p. 11, a quien puede leerse: "podría tal vez pensarse que, en realidad, la punibilidad y la perseguibilidad no son, por así decirlo, territorios limítrofes entre el Derecho sustantivo y el procesal, sino que la perseguibilidad, y las normas procesales en su conjunto, cuyo cumplimiento es necesario para el efectivo castigo de un delito, debe considerarse un presupuesto de la punibilidad". Desde idéntica perspectiva: Pastor, D. R.: *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 601, quien sostiene "la certeza de que presupuestos procesales y las demás condiciones que fundamentan o excluyen la punibilidad por fuera del injusto culpable no pueden ser distinguidos satisfactoriamente. Esto representa, de modo inexorable, que, en realidad, derecho penal y derecho procesal penal no pueden ser

material se ocupa de regular el poder punitivo, en tanto que el Derecho procesal penal regula el instrumento para hacerlo efectivo, de acuerdo con una serie de límites y garantías. Y pese a que vayan de la mano, como ya hemos señalado la opción por incardinar una determinada institución en una u otra disciplina puede tener en la práctica múltiples efectos. Así, por ejemplo, y nuevamente recurriendo a las palabras de Pedreira González "la aseveración de que el Derecho material y el Derecho procesal se hallan sujetos a 'principios materiales comunes', a nuestro juicio, puede estar justificada si se acepta un criterio de delimitación esencialmente formal, como el criterio de la conexión con el acontecer del hecho, que ubica las instituciones en uno u otro sector al margen de su contenido, por virtud de un criterio de conexión temporal. Sin embargo, si no se admite un criterio de separación de este tipo, en principio, no hay necesidad de remitir al Derecho procesal penal cuestiones que se fundan en 'principios materiales', como la necesidad de pena o su ausencia. Es decir, si no se admite un criterio de separación desconectado del contenido, no hay ninguna razón para ceder al Derecho procesal cuestiones que concurren al margen del proceso"[19].

Precisamente por tal motivo, si ubicamos las conocidas como *condiciones de perseguibilidad* en el terreno propio del Derecho procesal penal, y no del Derecho penal material, aquellas podrán verse revestidas de un fundamento que no se encuentre inextricablemente unido a una falta de necesidad de pena cuando concurran sus elementos positivos, o a consideraciones político-criminales de otra índole. Ergo, desde esta perspectiva, la cláusula del art. 296 CP no queda explicada en razones de limitada necesidad de sanción penal, lo cual es de todo punto lógico si se tiene en cuenta que la exigencia de denuncia para la persecución y consecuente sanción penal del delito societario previamente cometido en nada afecta al mayor o menor nivel de necesidad de imposición de una pena (como tampoco a su pleno merecimiento, toda vez ya se ha consumado por entero el tipo de injusto). Siendo esto así, no parece que resulten automáticamente intercambiables las *condiciones de perseguibilidad* con las tradicionalmente conocidas como *condiciones de punibilidad*, en las que la concurrencia positiva de unos determinados requisitos debe producirse (de manera objetiva) para poder aplicarse la pena que corresponda, quedando ello fundamentado en razones de una mayor necesidad

separados y no sólo en este terreno de frontera, sino en todo el ámbito de actuación de ambas ramas del orden jurídico penal".

[19] Pedreira González, *Derecho penal material, Derecho procesal penal… op. cit.*, p. 212.

de pena, en su caso combinadas con cualesquiera otras razones de índole político-criminal.

Algunos autores, en Alemania y en España, han querido explicar los criterios de distinción entre el Derecho penal material y procesal con apoyo en la idea de la conexión de la cláusula con el hecho delictivo. De esta manera, como ya explicase hace algún tiempo Stratenwerth, una vez afirmado el merecimiento de pena con la ejecución del injusto culpable las condiciones de punibilidad añadirían elementos necesarios para afirmar la necesidad de imposición de la sanción penal, por lo que tales cláusulas "tienen que pertenecer al grupo de causas de nacimiento de la pretensión punitiva". En cambio, restaría a las llamadas condiciones de perseguibilidad "solamente aquellas circunstancias de las cuales no se puede hacer depender el nacimiento de la pretensión penal, sino únicamente la ejecución de la misma"[20]. Teoría que ha sido posteriormente asumida en España por, entre otros, Martínez-Buján Pérez, a quien puede leerse (aun añadiendo con posterioridad algunos matices) que "en las condiciones de perseguibilidad, en efecto, a diferencia de las condiciones de punibilidad, no se produce la aludida inmediata vinculación con el hecho injusto y, si bien se fundamentan también en consideraciones políticocriminales de variada procedencia, su verificación tampoco conlleva la comentada dosis de contrariedad al orden jurídico, puesto que su ratio se basa en determinadas razones utilitarias, que hacen conveniente la persecución procesal de una conducta delictiva que, de por sí, ya se estima oportuna […] desde la perspectiva de los fines y funciones que tiene asignados el Derecho penal"[21]. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la apertura o no de un procedimiento concursal, o la exigencia de superarse una determinada cuantía podría quedar fundamentada en criterios de necesidad de pena, y por tanto ser tildadas de condiciones de punibilidad, mientras que otras instituciones como la exigencia de denuncia o querella, o el indulto, en nada afectan a la necesidad de imposición de la sanción penal, quedando explicadas con apoyo en otro tipo de conside-

[20] Stratenwerth, G.: "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959", en *ZStW*, T. 71, 1959, p. 572.

[21] Martínez Buján-Pérez, C.: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Ed. EDERSA, Madrid, 1989, p. 102. Del mismo sentir en: Martínez-Buján Pérez, C.: "Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad", en Echeburúa Odriozola, E.; De la Cuesta Arzamendi, J. L.; Dendaluce Segurola, I., VV. AA.: *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 565 y ss.

raciones de carácter político-criminal (en sentido amplio) propiamente procesales[22].

Esto último es precisamente lo que, a nuestro modo de ver, acontece en la cláusula del art. 296 CP prevista para los delitos societarios, que en consecuencia ostenta un claro fundamento procesal, más no material, al supeditarse la existencia del propio proceso, sin afectar en nada al merecimiento y a la necesidad de sancionar penalmente tales conductas societarias una vez se encuentran consumadas, y por tanto debiendo encontrar explicación en otro tipo de razones, de índole político-procesal (si así se quiere denominar). Esas razones no derivan de la propia imposición de la pena (que ni siquiera está supeditada directamente) ni de cuestiones relativas a su necesidad (por supuesto, tampoco a su merecimiento), siendo un elemento que condiciona la propia existencia del *proceso* penal, que queda limitado a la interposición de una denuncia, decisión que a su vez corresponde solamente al agraviado o a su representante legal (o, en caso de menores o de personas discapacitadas necesitadas de especial protección, también al Ministerio Fiscal).

Con todo, debe reconocerse que, aunque en este trabajo nos posicionemos al lado de la opinión de autores como Stratenwerth o como Martínez-Buján Pérez, en el sentido de partir de la idea de *conexión con el hecho* como principal criterio de diferenciación, la tradicional distinción entre elementos que pertenecen al Derecho penal material y aquellos otros que se corresponden con el Derecho procesal penal data de antiguo y sus resultados han sido tradicionalmente desalentadores. En este trabajo, abordar con el detenimiento que sin duda merece cada uno de los argumentos dados por la doctrina excedería con mucho del objetivo que nos hemos propuesto. Baste remitir al lector en este punto a los

[22] En contra de este criterio como definitivo: Pedreira González, *Derecho penal material, Derecho procesal penal… op. cit.*, pp. 221 y ss. Este autor, siguiendo la tesis previamente patrocinada por H. Kaufmann, afirma que "la duda de si estamos frente a un elemento perteneciente al Derecho penal o al Derecho procesal penal debe resolverse en el primer sentido si la circunstancia que condiciona la respectiva consecuencia jurídica se sitúa en el ámbito de la idea de la procedencia de la pena, y en el segundo sentido si la circunstancia condicionante de la consecuencia jurídica está configurada de tal modo que no se ajusta a la idea de la procedencia de la pena, sino que guarda relación con el 'sí' y el 'cómo' de la actividad procesal" (p. 236). Con todo, aun siguiendo este criterio material de distinción (que, a pesar de los esfuerzos, sigue resultando algo abstracto) consideramos que la conclusión a la que se llega en el caso de la cláusula del art. 296 CP es la misma: estamos ante una condición de perseguibilidad o procesabilidad, propia del Derecho procesal más no del Derecho penal material.

elaborados trabajos que pueden encontrarse en la doctrina[23]. Es opinión generalizada que resulta complicado establecer un único y definitivo criterio de diferenciación entre las condiciones de punibilidad y las de procedibilidad, a pesar de la enorme importancia que presenta tal disyuntiva (por sus propias consecuencias prácticas, por ejemplo, a la hora de considerar si existe cosa juzgada material). A ello hay que añadir, además, como ha advertido García Pérez, que "existen bastantes razones que inducen a pensar que no es posible separar nítidamente el Derecho penal del Derecho procesal en la medida en que hay instituciones en ambos sectores del Ordenamiento que responden a los mismos criterios"[24]. Y pese reconocer estas limitaciones, y pese a que no podamos aquí asegurar un criterio común y único de distinción entre ambas instituciones, que resulte por igual aplicable a todo el conjunto de normas penales y procesales que existen en nuestro Ordenamiento, pensamos que sí es posible establecer una distinción entre elementos de carácter procesal y material en el concreto caso de los delitos societarios al albur de lo expresamente dispuesto en el art. 296 CP (objeto de examen en esta investigación), por las razones que estamos considerando.

Con toda seguridad la principal razón político-criminal para la creación de este obstáculo procesal en el concreto caso que nos interesa, el de los *delitos societarios*, derive de la existencia previa de este tipo de conductas, y de su sanción, ya en el terreno extrapenal (por ejemplo, en el ámbito del Derecho civil, del Derecho mercantil o, más en particular, del Derecho societario). No en vano en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 23 de septiembre de 1992 podía leerse, en relación con los delitos societarios: "otra razón justificante de estas especiales tipificaciones, y que se extrae de la experiencia práctica: la existencia de un sector del sistema jurídico privado dedicado a los incidentes que puedan plantearse en la vida o actividad de las sociedades, ha dado lugar a una inaceptable práctica, según la cual los problemas de esa clase no tienen que ser tratados penalmente, porque ya tienen su específico régimen de solución jurídica". Esta conexión de conductas con ámbitos extrapenales no puede resultar superflua cuando

[23] Con toda seguridad, uno de los trabajos más completos al respecto en español es el de García Pérez, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1997. El autor (en las páginas 59 ss.) desgrana los distintos argumentos al respecto, principalmente de mano de los pronunciamientos en Alemania.

[24] García Pérez, *La punibilidad en el Derecho penal*, *cit*., pp. 66-67. Misma opinión en: García Pérez, O.: "Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 39, 2019, pp. 754 y ss.

se trata de comprender el establecimiento de barreras procesales como la del art. 296 CP. Como ha señalado Líbano Beristain, "sin lugar a duda, el capítulo dedicado a los delitos societarios […] nos lleva a un campo en el que las referencias al Derecho mercantil resultan inexcusables, aun cuando la regulación penal haya pretendido destacar su autonomía respecto de dicho sector jurídico, así el artículo 297 del Código Penal define el concepto de sociedad, a fin de distinguir la infracción penal de otras modalidades de ilícito existentes"[25].

Como dijimos supra, los delitos societarios son relativamente recientes en el Código Penal español, pues se incorporan *ex novo* a este en el año 1995. Proyectos previos ya preveían su incorporación, e incluso algunos, como el precitado texto de 1992, los proyectaban como delitos totalmente privados[26]. Este empeño por limitar la perseguibilidad penal de estos delitos no es baladí, y responde, pensamos, a esa existencia previa de una normativa regulatoria mucho más especializada y tradicional que la penal, que incluso ya contemplaba sanciones. Existiendo ese elenco normativo especializado en materia el Derecho de sociedades, que puede todavía, tras la aprobación del Código Penal de 1995, seguir siendo suficiente en algunos casos concretos para dar cobertura a los agraviados ante tales circunstancias, con toda seguridad el legislador penal del momento consideró adecuado, en términos político-criminales de estricta eficiencia, oportunidad o utilidad procesal, establecer el mecanismo de la condición de perseguibilidad para limitar la procedibilidad penal de tales hechos en la práctica, dejando en manos del agraviado la decisión final de sustanciar el conflicto en el terreno privado, o bien accionar el proceso penal[27].

La cláusula en examen, pues, pudiera responder al hecho de que, como decimos, ya existe una previa y amplia regulación (incluso sancio-

[25] Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit*., p. 170.

[26] En concreto, el art. 304 del Proyecto de Ley disponía lo siguiente: "los hechos descritos en los artículos precedentes del presente Capítulo sólo serán perseguibles a querella de los perjudicados o del Ministerio Fiscal, que la interpondrá solamente cuando se aprecie peligro para intereses de terceros o generales".

[27] Como señala Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, pp. 5-6, "algunos de los nuevos tipos referidos a los delitos societarios (por ejemplo, el contenido en el art. 291) son supuestos de ilícitos civiles criminalizados en el Código Penal de 1995, y, en consecuencia, cabría su reparación a través de los correspondientes procesos (civiles, declarativos o especiales)", lo que en la práctica ocasiona "problemas de prejudicialidad de no fácil solución". En el mismo sentido: Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, *op. cit*., p. 575.

natoria) de estas conductas en el terreno civil o mercantil, lo cual no puede dejar de tenerse en cuenta. Como ha argumentado Líbano Beristain, la confluencia de sanciones penales y extrapenales sobre la materia, la posibilidad de activar mecanismos civiles más adecuados en la práctica (como, por ejemplo, la impugnación del acuerdo social lesivo), los diferentes plazos de prescripción en un sector y en otro, o la necesidad de acudir a asesores contables y de enfrentar investigaciones harto complicadas en la práctica, habrían empujado al legislador a establecer este tipo de condiciones de perseguibilidad. Y, a su vez, tales razones podrían explicar la existencia del propio art. 296 CP[28].

Esta, que probablemente es la *ratio* (al menos aparente) del precepto, constituye a su vez un argumento en favor de su mantenimiento por parte de algunos sectores doctrinales, aduciéndose que con el actual art. 296 CP se puede llegar a producir una optimización de costes en cuanto a los recursos de la Administración de Justicia, o alcanzarse incluso una mejor solución práctica del problema. Sobre esta línea argumental en favor del actual art. 296 CP nos pronunciaremos más abajo en esta misma investigación.

Debemos añadir además que, si bien este pueda ser el *pretendido fundamento* del art. 296 CP, ello no implica que estemos conformes con el mismo, o con que tal razonamiento sea suficiente para sostener hoy la necesidad del precepto, o que este, en fin, resulte acertado en términos generales. Desde este instante adelantamos que este fundamento puede resultar cuanto menos endeble, y poner con ello en duda la existencia misma del precepto, ya desde la consideración de cuál sea el bien jurídico tutelado en estos delitos. No obstante, como decimos, postergamos a líneas posteriores el análisis conjunto de los argumentos favorables y contrarios al contenido de la cláusula, que nos permitirán arribar a una conclusión definitiva.

Resta todavía abordar una cuestión de especial importancia. En efecto, no debe olvidarse que tal requisito de carácter procesal decae cuando la comisión del delito afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas (art. 296,2 CP). Esta importante excepción convertía, como dijimos, a estos delitos en *semipúblicos*, Si concurre alguna de esas circunstancias entonces el delito vuelve a resultar perseguible de oficio. Las preguntas que hay que hacerse entonces son: ¿seguimos encontrándonos ante una condición de perseguibilidad? ¿Modifica este segundo apartado de la norma el fundamento eminentemente *procesal* del conjunto de la cláusula?

[28] Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p.172.

En respuesta a la primera cuestión, a nuestro juicio el conjunto de la cláusula permite seguir sosteniendo que nos encontramos ante una condición de perseguibilidad, pues la segunda parte de este art. 296 CP complementa aquella primera regla general (apartado primero) que exige la interposición de denuncia para la persecución de los hechos, estableciendo una excepción en los términos siguientes: "*no será precisa la denuncia exigida* en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas". Esto es: el precepto determina (y por eso estamos ante delitos *semipúblicos*) que la interposición de denuncia no será requisito para la persecución penal de los hechos en determinados casos (que analizaremos más abajo). Esto, entendemos, permite seguir sosteniendo sin problema que estamos ante una condición de perseguibilidad, por lo que el apartado segundo del art. 296 CP en nada modifica la naturaleza jurídica del precepto. Existen, no obstante, algunos autores que han matizado la concepción de la cláusula como delito *semipúblico* o *semiprivado*, a la luz de la existencia de este segundo párrafo. Así Fernández Teruelo sostiene que el art. 296 CP permite considerar a los delitos societarios en una doble naturaleza, públicos o privados, en función de si concurre o no la afectación a intereses generales o a una pluralidad de personas. Si no concurre alguna de estas circunstancias, los delitos societarios serían privados. Si concurre alguna de ellas, devendrían en delitos públicos[29]. Por su parte, Serrano Gómez ha sostenido que "n el inciso primero del apartado 1 se contempla la perseguibilidad como delito privado, en su inciso segundo como delito semipúblico, y en el apartado 2 como delito público"[30]. En nuestra opinión, nos inclinamos por sostener que, en su conjunto, el precepto convierte a los delitos societarios en semipúblicos (o semiprivados), subsistiendo su naturaleza de condición de perseguibilidad o de procedibilidad.

En cuanto a la segunda de las preguntas, pueden aparecer mayores dudas. Y ello porque si consideramos que el hecho resulta más *grave* por afectar a intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que haría primar la persecución pública frente al establecimiento de un requisito de carácter propiamente procesal, entonces estaremos reconociendo que

[29] Fernández Teruelo, J.: *Los delitos societarios en el Código Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 144. Se muestran coincidentes con la opinión de este autor: Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 305; y Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 1.

[30] Serrano Gómez, A., "Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad", en *Revista de Derecho UNED*, nº. 2, 2007, p. 397.

realmente existe un mayor *merecimiento* de pena en tales casos (por existir un mayor desvalor de injusto), o si se quiere incluso una mayor *necesidad* de pena que prime sobre aquél otro interés de limitación procesal. Empero, no creemos que esto sea así en el art. 296 CP: el precepto, también en este segundo apartado, no limita la aplicación de la *pena* (como correspondería a las tradicionales condiciones de punibilidad) ni modifica aquella, ni la aumenta en atención a la concurrencia de tales requisitos. Realmente no se somete aquí a condición la aplicación o no de la pena, sino la exigencia o no de denuncia previa para poderse proceder judicialmente tras la comisión de algún delito societario. Los requisitos que pueden hacer decaer la exigencia de denuncia no parecen afectar al nivel de merecimiento ni de necesidad de la sanción penal (porque, además, esta seguirá siendo exactamente la misma ante tales casos, como decimos). No existe, pues, vinculación alguna con razones de *aplicación* de la pena. Su ratio sigue basándose, pues, en ciertas razones político-criminales de tipo procesal, o razones utilitarias por las que el legislador decide señalar que existe, en general, un obstáculo procesal para la persecución de estos hechos que decae ante esos dos grupos de circunstancias, ante las que se estima oportuno que la persecución penal de los delitos societarios ya consumados vuelva a ser de oficio. Y ello probablemente ante una cuestión utilitaria, como decimos, identificada en la propia acción pública de la justicia penal, que vuelve a prevalecer ante supuestos de especial magnitud o dimensión de los *efectos* delictivos, cuando se constata que los delitos cometidos generan una afectación a intereses *generales* o bien a una *pluralidad de personas*. Pero como decimos: no porque ello sea *más grave*, en términos de desvalor de injusto, ni porque aquí la pena resulte más necesaria (pues es la misma para el delito cometido, independientemente de que se den estas condiciones de magnitud), sino porque el legislador ha decidido, en términos políticocriminales de oportunidad y de utilidad procesal, que la regla de limitación de la persecución consistente en la exigencia de denuncia previa por parte del agraviado, su representante legal o el Ministerio Fiscal en ciertos casos, decaiga cuando existan tales condiciones de especial dimensión práctica. Con todo, volveremos sobre esta idea al analizar el contenido de la cláusula.

Por todo lo que se ha expuesto, podemos concluir señalando que el actual art. 296 CP constituye, en cuanto a su concreta naturaleza jurídica, una condición de perseguibilidad o procedibilidad que tiene el efecto de convertir a los delitos societarios en semipúblicos o semiprivados, y cuyo fundamento lo es de carácter procesal, no material, identificado con una decisión político-criminal del legislador en ese terreno, apoyada

en consideraciones de utilidad procesal en atención a la procedencia y proximidad de estas conductas con el Derecho privado, civil, mercantil o propiamente societario, y las ideas de restricción o magnitud de los efectos prácticos de la comisión de estos hechos.

III. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA

1. La regla general: denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y denuncia del Ministerio Fiscal

El primer párrafo del art. 296 CP expresa lo siguiente: "los hechos descritos en el presente capítulo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".

Se comienza así por establecer una *regla general* que es la que precisamente permite tildar a la cláusula de condición de perseguibilidad, al supeditar la existencia del propio proceso penal a la interposición de denuncia. Tal potestad queda en manos de la persona agraviada o bien de sus representantes legales[31].

Sobre quien sea la *persona agraviada*, dependerá del caso. En términos generales, cualquier persona nacional o extranjera puede ejercer la acción penal como acusación particular, tal y como se desprende de la ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim). También están capacitadas para ejercer la acción penal las personas jurídicas. Así pues, tanto la persona física (por ejemplo, un socio) como la persona jurídica (por ejemplo, la propia sociedad) que se consideren *agraviados* por el delito societario en cuestión, estarán legitimados para denunciar y abrir con ello el proceso penal. En el caso concreto de que sea la propia entidad societaria la agraviada, habrá de indagarse en la legislación mercantil y en los estatutos de la sociedad quién está habilitado para la interposición de la denuncia[32], pues como ha puesto de manifiesto Faraldo Cabana, la

[31] Para Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 81, esta regla general se convierte en la práctica en una excepción, pues a su juicio estas conductas societarias "no es infrecuente que afecten a una pluralidad de personas, supuestos que ofrecen un amplio margen de intervención al Ministerio Fiscal", destacando esencialmente y como ejemplo el caso de las figuras contenidas en los arts. 290 y 294 CP. No obstante, no parece ser esta una práctica demasiado habitual en nuestra jurisprudencia, que ha tendido tradicionalmente a restringir mucho la posibilidad de persecución pública de estos injustos. Sobre ello volveremos más adelante.

[32] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 81.

práctica jurisprudencial ha tumbado en numerosas ocasiones el requisito de perseguibilidad por no haberse denunciado correctamente, por ejemplo por carecer de poder suficiente para denunciar en nombre de la sociedad (así, verbigracia, no estaría legitimado el presidente o consejero delegado de la entidad que actúa sin previo acuerdo de la junta o del órgano de administración)[33].

El *sujeto agraviado* puede ser entendido, a la luz del capítulo relativo a los delitos societarios, en al menos dos sentidos.

Por un lado, considerando que solo es tal el titular del bien jurídico protegido por el delito, siendo cualquier otra persona que se vea afectada un *perjudicado*, más no "agraviado" (si bien habitualmente pueden coincidir en la práctica)[34]. De este modo, si se concibe que el bien jurídico inmediatamente protegido en los delitos societarios lo es de tipo patrimonial, y por tanto individual, entonces el agraviado será la persona física o jurídica cuyo patrimonio se ha lesionado o puesto en peligro con la ejecución de la conducta típica. De otro lado, si se concibe que en estos delitos existe un bien jurídico directamente tutelado de tipo supraindividual o colectivo, entonces el "agraviado" en sentido general lo sería la colectividad, sin que pueda reconducirse a un sujeto individual tal condición. Sobre la cuestión relativa al bien jurídico protegido volveremos más adelante en el capítulo de críticas y debate sobre la propia existencia y necesidad del precepto, pero ya conviene adelantar nuestra opinión en el sentido de interpretar que realmente en los delitos societarios se vienen a proteger inmediatamente intereses supraindividuales, relacionados con el correcto funcionamiento interno de las sociedades dada la particular trascendencia de estas en múltiples sectores del sistema socioeconómico y en distintos mercados cuyas reglas de competencia han de verse preservadas[35].

---

[33] Ídem, p. 83.

[34] En este sentido, y entre otros: Fernández Teruelo, *Los delitos societarios en el Código Penal*, *op. cit.*, p. 148; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 81; Serrano Gómez, *Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad*, *cit.*, p. 398.

[35] Como se comprobará, ha resultado hartamente discutida en el seno de la doctrina la cuestión relativa al bien jurídico tutelado en los delitos societarios. Sintetizando mucho la cuestión, y aunque más adelante la retomaremos, Pavón Herradón, D.: *El delito de falsedad documental societaria*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 99 expone que "a tener de lo puesto de manifiesto por la doctrina penalista, puede afirmarse que no estamos en presencia de un único y común bien jurídico protegido, sino que del estudio de cada artículo puede comprobarse la existencia de un abanico de posibles bienes jurídicos, algunos de carácter puramente patrimonial, y otros netamente económicos o socioeconómicos".

De otro lado, otros sectores interpretan que el "agraviado" en el art. 296 CP no tiene por qué coincidir necesariamente con el sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico, sino que podrá serlo cualquier persona que se haya visto afectada por la comisión del delito, tanto en condición de resultado como de peligro (por ejemplo, para sus intereses patrimoniales), en una noción más próxima a la que atribuyen al *perjudicado* aquellos primeros sectores de la doctrina[36]. En esta dirección Díaz-Maroto y Villarejo entiende, a nuestro modo de ver muy atinadamente, que "todo aquel sujeto que sufre las consecuencias del comportamiento típico de manera que aquéllas son imputables objetivamente a éste, es decir, no sólo la persona directamente ofendida por el delito, sino también el perjudicado civil. En cuanto a la naturaleza de la consecuencia o del interés que afecta al sujeto, ésta puede ser cualquiera siempre que representen un menoscabo identificable para aquél, lo que parece desbordar el ámbito de los sujetos pasivos y perjudicados en sentido clásico, entre otras cosas porque no todos los delitos societarios exigen como elemento típico la causación de un perjuicio económico"[37]. Opinión que, por cierto, parece sostener también la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en la SAP de Madrid 323/2001, de 3 de septiembre, se entiende por *persona agraviada* a todo aquél que haya sufrido un menoscabo económico directo o indirecto, o también a los titulares del bien jurídico.

Dado que, como ya hemos adelantado, a nuestro modo de ver los delitos societarios tutelan intereses de carácter supraindividual y de contenido esencialmente económico (lo que argumentaremos más profundamente en líneas posteriores), y por ello el titular del bien jurídico (*agraviado*, en sentido estricto) lo será siempre la colectividad sin que se pueda reconducir a uno o varios sujetos particulares, al compartir este último entendimiento del precepto resultará que habrán de considerarse *agraviados* también a otros sujetos, esta vez sí particulares, que aún sin ser titulares del bien jurídico se hayan visto de algún modo afectados por el delito.

Cuestión de especial interés resulta también dilucidar si los socios pueden ser considerados "agraviados" cuando el delito en cuestión solo ponga en peligro o lesione el patrimonio de la entidad societaria[38]. Para Faraldo Cabana "se ha de partir de que el patrimonio social y el patrimo-

[36] Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 3. A favor de este entendimiento amplio, tb.: Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 319.

[37] Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 3.

[38] Rechaza su condición de "agraviados" en este supuesto: Fernández Teruelo, *Los delitos societarios en el Código Penal*, *op. cit.*, p. 148.

nio de los socios son completamente independientes en virtud del principio de separación, por lo que la afirmación conforme a la cual los socios son los 'verdaderos' propietarios del patrimonio social solo es parcialmente exacta […] Desde un punto de vista jurídico es la persona jurídica societaria el titular del patrimonio social, y ello aunque se reconozca como un lugar común en la doctrina que la sociedad mercantil sirve a los intereses de sus socios. De esta forma, las actuaciones lesivas o peligrosas para el patrimonio social tienen una repercusión indirecta en los patrimonios de los socios al alterarse el valor de sus participaciones, lo que permite considerarlos 'agraviados'"[39]. A nuestro juicio, y reconociendo lo discutible de la cuestión, puede no obstante considerarse, desde una perspectiva diferente sobre el bien jurídico protegido en estos delitos (de carácter eminentemente supraindividual) que el sujeto agraviado no lo es solo la persona jurídica (que sin duda lo será al verse visto afectados sus intereses patrimoniales) sino también cualquier socio de la misma, pues en sentido técnico-jurídico ninguna de las dos será titular del bien jurídico protegido (al ser este colectivo), más sí pueden ser considerados sujetos *agraviados* según el caso.

En la práctica pueden darse otros muchos problemas de determinación de legitimidad para denunciar al albur del art. 296 CP. Así, por ejemplo, qué debe ocurrir con quien adquiere participaciones sociales contra lo previsto en los Estatutos pero con aquiescencia o aprobación del resto de socios, o a aquellos que adquieren la condición de socio sin comunicarlo a los administradores, o qué deba ocurrir con terceros afectados que no ostenten la condición de socios, etc[40]. En todo caso, hay que destacar la posibilidad que ofrece nuestro Ordenamiento de convalidar la denuncia que hubiese presentado una persona no legitimada, mediante ratificación *apud acta* por parte de quien sí lo estuviese.

En caso de que la persona agraviada no tenga capacidad de obrar, estará legitimado para denunciar su representante legal. Realmente la expresa previsión de esta posibilidad resulta a todas luces superflua, teniendo en cuenta que responde a los mecanismos habituales de representación legal y de asistencia previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico[41].

Por último, la previsión que hace la norma señalando que cuando la persona agraviada "sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal", también nos resulta superflua, pues la

[39] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, pp. 83-84.
[40] Ampliamente, vid.: Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 84.
[41] Ídem, p. 85.

Ley ya establece su intervención cuando se dan tales requisitos. Como ilustrativamente afirma Faraldo Cabana "no es que el Ministerio Fiscal 'pueda' pedir la iniciación del proceso penal, sino que debe hacerlo siempre que concurran los presupuestos que la ley establece"[42]. En todo caso, resultará muy poco común esta situación en el ámbito práctico de los delitos societarios[43].

Tal como adelantábamos supra, al encontrarnos ante delitos semipúblicos una vez se haya interpuesto la denuncia por la persona agraviada o su representante legal (o por parte del Ministerio Fiscal cuando así proceda), el Ministerio Fiscal procederá a intervenir igual que si se tratase de un delito público o perseguible de oficio (al menos, como regla de principio y a salvo de las consideraciones que más abajo se realizarán sobre la posible eficacia del desistimiento de la acción o la virtualidad que pueda tener el perdón del ofendido)[44].

2. La excepción: afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas

Como se ha señalado, el segundo apartado del art. 296 CP contempla las excepciones al requisito previo de interposición de la denuncia, convirtiendo con ello a los delitos societarios en delitos semipúblicos, en los siguientes términos: "no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas"[45]. En este caso, pues, cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión del delito puede ejercer la acción popular que permite la LECrim.

Para algunos destacados sectores de la doctrina, este segundo párrafo resulta "oportuno" si se tiene en cuenta que tras los delitos societarios subyacen intereses supraindividuales, siquiera sea de forma mediata,

---

[42] Ídem, p. 86.

[43] Silva Sánchez, J. M., "Los delitos societarios en el derecho comparado, el derecho vigente y el nuevo Código Penal", en VV. AA.: *El Código Penal de 1995: Parte Especial*, Ed. Generalitat de Catalunya, 1996, p. 75.

[44] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 86.

[45] La cláusula se prevé en un sentido claramente alternativo o disyuntivo, por más que algún sector de la doctrina se haya esforzado en proclamar una interpretación distinta considerando que ambas exigencias ("intereses generales" + "pluralidad de personas") deberían producirse de forma acumulativa. En este sentido, vid.: Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 314.

aproximándose estos injustos a los delitos públicos cuando concurran tales condiciones[46].

Para Faraldo Cabana, dado que los delitos societarios vendrían a tutelar directa o inmediatamente un bien jurídico individual identificado en el patrimonio (de la sociedad, de los socios o de terceros), allá donde el precepto alude a los *intereses generales* la autora considera que se trata de supuestos en los que se produce un menoscabo, además, de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, relacionados con el propio sistema socioeconómico, señalando también que los tipos penales de los artículos 290 y 294 siempre darán lugar a tal afectación supraindividual[47]. En similar sentido se pronuncia Del Rosal Blasco al considerar que la cláusula relativa a los *intereses generales* es indicativa de que en tales casos estas figuras delictivas también pueden lesionar intereses relacionados directamente con un orden económico supraindividual; en palabras de este autor "la afectación a los intereses generales se podría entender que concurre en aquellos casos en los que el delito lesiona o pone en peligro un bien jurídico de naturaleza colectiva […]"[48]. En similar dirección Fernández Teruelo ha sostenido que en este punto "se trata de un interés superior que excede de los intereses propios de las personas que entran en relación con la sociedad"[49]. Una interpretación como la sostenida por estos autores se basa, pues, en que la existencia de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual añadidos al ya protegido *patrimonio* (de carácter individual) descartaría, por su propia condición, que la perseguibilidad pudiera quedar condicionada a la voluntad de la víctima[50]. No es esta la interpretación que a nuestro juicio resulta más adecuada, por dos razones: primero, porque como tendremos ocasión de argumentar más adelante, realmente en los delitos societarios subyace la protección directa de intereses supraindividuales o colectivos; y segundo, porque de interpretarse la expresión en aquél sentido, entonces se estaría señalando que en la norma del art. 296 CP realmente no subyace una condición de perseguibilidad o de procedibilidad, como los propios autores sostienen, sino más bien una norma que afectaría al concreto nivel de merecimiento (más injusto, por aparecer una lesión añadida a otros intereses además

---

[46] Así: Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 88.

[47] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 89.

[48] Del Rosal Blasco, B.: *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 34-35.

[49] Fernández Teruelo, *Los delitos societarios en el Código Penal*, *op. cit.*, p. 149.

[50] Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 307.

del patrimonio), que resultaría a todas luces *extraña* al no entrañar en la práctica ningún incremento de pena. Condicionar en este punto el inicio de oficio del proceso penal a que el delito afecte a *intereses generales*, entendiendo por tales aquellos casos en los que además de un hipotético daño patrimonial acontece otra lesión para intereses supraindividuales, supone afirmar que en este último caso se produce un mayor merecimiento de pena (un mayor desvalor de injusto, en definitiva) que solo se traduciría en la conversión de estos delitos en *públicos*, sin afectar a la medida de la pena imponible, lo cual no nos parece sostenible, ya incluso desde la propia perspectiva de la proporcionalidad. Por lo demás, no se entiende que si en los concretos casos de los artículos 290 y 294 siempre se produce tal afectación a intereses colectivos el legislador los haya también limitado a esta condición de perseguibilidad. De hecho, esta situación conduce a Faraldo Cabana a sostener que en el resto de delitos societarios la afectación a los intereses generales dependerá "no tanto del bien jurídico protegido, que es en general el patrimonio individual, como de otras consideraciones extra-dogmáticas cuya apreciación queda al arbitrio del Ministerio Fiscal"[51]. En nuestra opinión, no tiene demasiado sentido que la cláusula del art. 296 CP, allá donde alude a una afectación a los intereses generales, deba interpretarse en un sentido desdoblado (o doble) en función del delito que se trate, siendo como es una condición aplicable a todos los delitos societarios por igual.

Por tal conjunto de razones, abogamos por interpretar que la expresión *intereses generales* hace referencia a que el daño causado con el delito en cuestión, además de afectar a un bien jurídico de carácter supraindividual, identificado por nosotros (como de inmediato argumentaremos) en el correcto funcionamiento interno (ad intra) de las sociedades (Derecho penal *en* la empresa, frente a Derecho penal *de* la empresa) dada la particular trascendencia de estas en múltiples sectores del sistema socioeconómico y en distintos mercados cuyas reglas de competencia han de verse preservadas, implicará valorar si en atención a las concretas particularidades del caso el delito cometido entraña también una afectación a los intereses propios de la socioeconomía del país, por su magnitud o por sus efectos. O, utilizando las palabras de Del Rosal Blasco, "el concepto de *interés general* se debe interpretar […] como una referencia a los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general"[52]. En similar dirección, aún con importantes matices,

[51] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 91.

[52] Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, p. 80.

puede leerse a García Arán, quien afirma que los intereses generales a los que alude el precepto "no son solo los propios de la sociedad mercantil en su conjunto o la suma de intereses individuales de los socios, sino que incluyen hechos de especial relevancia económica que, aún produciéndose sobre la sociedad, afectan inmediatamente a colectivos distintos del accionariado: desde los trabajadores, hasta el propio Erario Público si debe intervenir en la solución de una crisis bancaria ocasionada por una administración fraudulenta" (en relación al otrora art. 295 CP)[53]. Por ilustrar nuestra postura a través de un ejemplo: si el delito societario en cuestión se ha cometido en el seno de una gran sociedad financiera, o una entidad bancaria principal en el marco de la economía española, sus efectos prácticos pueden alcanzar no solo al concreto mercado en el que tal sociedad opera sino, en general, a los intereses socioeconómicos del país. En tal caso el hecho afectaría a los *intereses generales* y por tanto su perseguibilidad se tornaría pública. Pero no en atención a que aparezca un nuevo bien jurídico lesionado, sino a la magnitud práctica que tal delito puede generar, en el marco concreto en que aquél se produzca (sin un mayor contenido de injusto ni un mayor nivel de merecimiento de pena, por tanto; simplemente por razones de utilidad procesal, y en términos estrictos de política procesal, como se señaló). De esta opinión parece ser también Díaz-Maroto y Villarejo cuando entiende que, aunque a su juicio tales intereses generales han de ser *públicos*, ello no implica considerar que se trate de una nueva lesión a un bien jurídico distinto o adicional al que protegen estos delitos societarios[54].

Por lo demás, la interpretación que sostenemos ya aparece, si bien generalmente de soslayo, en numerosas resoluciones judiciales (así, verbigracia, SAP de Almería 96/2003, de 5 de mayo; o ATSJ de Castilla La Mancha de 15 de mayo de 2002, entre otras). Destaca por su interés la STS 867/2002, de 29 de julio, en el famoso caso Banesto, donde ya el Tribunal Supremo vincula la expresión *intereses generales* en los delitos societarios con una afectación a la "economía nacional"[55].

Por su parte, en relación con la interpretación que deba darse a la expresión *pluralidad de personas*, encontramos que la doctrina mayori-

---

[53] García Arán, M.: "Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal", en *Economist & Jurist*, nº 17, 1996, p. 106.

[54] Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 4.

[55] Vid. ampliamente al respecto: Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 309. Sostiene esta interpretación: Serrano Gómez, *Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad*, *cit.*, p. 400.

taria viene admitiendo el criterio jurisprudencial establecido hace ya algún tiempo por el Tribunal Supremo, en el sentido de entender por tal la afectación o daño a, al menos, tres personas[56], aunque en la doctrina encontramos alguna opinión tendente a considerar que tal requisito se cumple cuando el delito afecte a dos o más personas[57] (lo cual, entendemos, restaría todo tipo de operatividad a la cláusula al poder producirse con facilidad tal afectación en la práctica, vaciándose de contenido a la norma y por tanto despojando cualquier sentido lógico que pudiera tener su previsión[58]). Algún autor ha considerado también que esa pluralidad de personas pudiera integrarse por la afectación que se causa a una sola persona jurídica integrada por un gran número de personas físicas[59].

En la práctica jurisprudencial, no obstante, nuestros juzgados y tribunales no han interpretado con generosidad este extremo, exigiendo siempre una *multiplicidad* de personas para poder perseguir de oficio estos delitos, sin haberse sentado todavía el criterio concreto sobre a partir de cuántas personas existe esa "pluralidad"[60]. Por tal razón, y aunque la cláusula del art. 296 CP se aproxime mucho en su redacción a los delitos públicos, la práctica parece manifestar lo contrario[61].

No termina de convencernos la previsión del requisito de la *pluralidad* de personas como elemento que convierte los delitos societarios en perseguibles de oficio, o públicos. Tal criterio no aporta ni resta nada a la necesidad de persecución del hecho (por supuesto en nada afecta al contenido de injusto de estos delitos, como ya argumentamos). Con esta redacción, resultará que si hay un único agraviado por el delito societario este, además de verse solo y consecuentemente poseer menor capacidad

---

[56] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 90.

[57] Vid.: Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, p. 80.

[58] De la misma opinión: Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 312.

[59] Muñoz Conde, F.: "Delitos societarios", en Gómez Colomer, J. L. y González Cussac, J. L. (coords.), VV. AA.: *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann),* Ed. Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, p. 141. Le sigue: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 4. Vid. tb. en este sentido: Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 311. Cfr. igualmente: Serrano Gómez, *Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad*, *cit.*, pp. 400 y ss.

[60] Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 3; Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 311; y Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, p. 80.

[61] Vid.: Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 91, y resoluciones allí citadas.

de acción, comprobará que el Estado no actúa de oficio. Como se plantea Díaz-Maroto y Villarejo "¿por qué si el mal de uno lo sufren varios entonces actúa el Ministerio Fiscal, si siendo varios pueden organizarse mejor en defensa de sus derechos?"[62].

Nos gustaría en todo caso exhortar a un cierre definitivo en la interpretación de este tipo de cláusulas que apuntan a la *pluralidad* de individuos. Y ello en pos de la seguridad jurídica, más que necesaria en Derecho penal. Así lo señala, entre otros, Díaz-Maroto y Villarejo, cuando entiende que "a pesar de la extrañeza que pueda causar por el hecho de su previsión misma, considerar que estamos hablando de un número más alto entraña graves riesgos de seguridad jurídica, pues a partir de ahí no existen baremos objetivos que nos puedan indicar con la certeza necesaria cuándo existe tal pluralidad"[63]. O, como ilustrativamente se pregunta Alonso Rimo, "¿sería suficiente la concurrencia de 10 ó 20 agraviados, o habría que exigir, en cambio, un diámetro de incidencia todavía mayor? ¿De 50 personas? ¿De más de 100?…"[64]. Sería conveniente, pues, que la cuestión quedase objetivamente solventada ya desde la letra de la propia norma[65].

IV. ARGUMENTOS QUE PERMITEN REFUTAR LA ACTUAL CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD

1. La tutela de intereses supraindividuales en los delitos societarios

Una vez estudiada la naturaleza, el fundamento y el contenido de la cláusula del art. 296 CP, en este epígrafe se expondrán los principales escollos que presenta la norma, desde diferentes perspectivas y mediante

[62] Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 4.

[63] Ídem.

[64] Alonso Rimo, A.: *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 195.

[65] En todo caso, como advierten Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J.: *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 137 "el número parece que tiene que ser objetivo, esto es, será siempre el mismo independientemente de las circunstancias del caso concreto, y de la cuantía que puedan representar con respecto a un total, pues no parece que haya razón para sostener lo contrario. Si X personas forman una colectividad en un caso concreto no vemos por qué X mismas personas no representan también un colectivo en otro supuesto distinto. En cualquier caso tal colectividad debe tener en común ser agraviados por la conducta prohibida, lo que tampoco significa que todos sufran un mismo agravio, pudiendo este variar tanto cuantitativa como cualitativamente". Misma opinión previamente en: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 4.

diversos argumentos, que nos permiten sostener una postura crítica con ella.

Un posible argumento que permitiría salvar la actual previsión de la condición de perseguibilidad del art. 296 CP se desprende de la consideración de estos tipos penales como delitos que protegen un bien jurídico individual identificado con el *patrimonio*, opinión claramente dominante en nuestra doctrina[66]. Así por ejemplo, Martínez-Buján Pérez es de la opinión de que nos encontramos ante delitos socioeconómicos que denomina *en sentido amplio*, en los que el bien jurídico directamente protegido lo es el patrimonio de los sujetos pasivos que cada tipo penal enumera (por ejemplo, el patrimonio de los socios, de la sociedad, o de terceros), si bien posteriormente matiza que "ello no resulta aplicable a todos los delitos, puesto que en algún caso podremos afirmar que se ve afectado un bien jurídico diferente e incluso podremos asegurar que existe un delito genuinamente económico con objeto jurídico supraindividual"[67]. Sería el caso del delito de negativa o impedimento de la supervisión administrativa de la sociedad previsto en el art. 294 CP, delito que Martínez-Buján Pérez considera parte de lo que él llama Derecho penal económico en *sentido estricto*, al estarse tutelando intereses directamente relacionados con el orden socioeconómico[68]. Para este autor, pues, parece que a salvo de ese particular precepto (que constituiría una *rara avis* en el marco de los delitos societarios) el resto de tipos penales vendría a tutelar indubitadamente un bien jurídico de carácter individual identificado con el patrimonio[69].

Ahondando en la opinión de este autor, resultaría que el criterio sistemático seguido por el legislador, aglutinando estos preceptos bajo la rúbrica de "delitos societarios" no sería indicativo de la protección de un mismo bien jurídico predicable para todos los tipos penales por igual, sino que solo demostraría que estamos ante conductas que comparten una serie de datos característicos (y, en concreto: el de ejecutarse en el marco de *sociedades*, o el hecho de que los autores deban ser sujetos que desempeñen tareas de administración o posean una cierta relación

[66] Además de los autores que se citarán en las líneas siguientes vid., por todos: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 2.

[67] Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 548.

[68] Vid.: Martínez Buján-Pérez, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edic., Valencia, 2022, p. 175.

[69] Del mismo parecer: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 2.

de preeminencia dentro de la sociedad)[70]. En definitiva, y más allá de la concreta ordenación sistemática seguida por el legislador de turno, para este destacado sector de la doctrina el bien jurídico directamente protegido en los delitos societarios se identifica con el patrimonio particular de algunos sujetos que puedan verse afectados, sin desecharse la idea de que pueda existir una tutela mediata de otros intereses de tipo supraindividual[71].

El criterio del bien jurídico es importante a la hora de apuntalar o desechar la posibilidad de prever una condición de perseguibilidad en estos tipos penales. En efecto, si se identifica el bien jurídico con uno de carácter individual o particular, como pueda ser el patrimonio de los socios, de la sociedad o de terceros, entonces no hay óbice ni tensión con la previsión de una condición de este tipo que supedite (salvo excepciones) la persecución penal de los hechos cometidos a la interposición de denuncia o querella por parte de aquellos o de sus representantes legales, pues nos encontraríamos ante supuestos de tutela de un bien jurídico de titularidad particular y por ello perfectamente disponible por parte de los sujetos pasivos del delito. Por el contrario, si se identifica el bien jurídico directamente protegido con un interés de carácter supraindividual o colectivo (por ejemplo, con alguna parcela o sector concreto del orden socioeconómico), no existirá sujeto pasivo individual y por ello debiera resultarnos contraria la previsión de una condición de perseguibilidad como la del actual art. 296 CP, que permita dejar en manos de particulares la disposición sobre la persecución penal de un delito que tutela intereses supraindividuales, y que por tanto no le corresponden privativamente a ningún sujeto. En este último caso no existe posibilidad de disposición sobre algo de lo que no se es titular, por lo que tampoco parece acertado condicionar la perseguibilidad de estos delitos a lo que finalmente decidan uno o varios sujetos particulares.

Esta situación ya fue atisbada hace algún tiempo por Del Rosal Blasco, a quien puede leerse lo siguiente: "por un lado, en el núm. 1 del art. 296 se introduce una condición de perseguibilidad más propia de

[70] Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 547. En similar sentido, vid.: Pavón Herradón, *El delito de falsedad documental societaria*, *cit.*, p. 99.

[71] Para Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*, *op. cit.*, p. 178, también pueden seguir considerándose como *delitos socioeconómicos* "los delitos que, si bien se orientan a la tutela inmediata de algún elemento del patrimonio individual, afectan de forma mediata además al orden económico […]. A este esquema se ajustarían ante todo los delitos societarios (salvo la figura del art. 294)".

un delito que atente contra estrictos intereses individuales (delito patrimonial) que de uno que atente contra intereses colectivos (delitos con el orden socio-económico), pero, por otro, en el núm. 2 del propio art. 296, se establece la posibilidad de una persecución de oficio 'cuando la comisión del delito *afecte a los intereses generales* o a una pluralidad de personas', lo que implica reconocer que estas figuras también pueden lesionar, ocasionalmente, intereses relacionados directamente contra un orden económico supra-individual"[72]. Con todo, ya apuntamos *supra* que esta concepción nos resulta errónea: si allá donde la cláusula habla de una *afectación a intereses generales* se considerase que aparece un nuevo bien jurídico, de carácter supraindividual, sumativo al del patrimonio, entonces realmente la cláusula no condicionaría la *perseguibilidad* de tales delitos sino directamente su *contenido de injusto*, siendo por ello indicativa de un mayor merecimiento de pena, lo cual, ya adujimos, nos parecía del todo rechazable.

En líneas previas ya hemos dejado atisbar nuestra consideración de los delitos societarios como tipos penales que afectan directamente a intereses supraindividuales o colectivos, constituyendo auténticos delitos socieconómicos al afectar sus conductas típicas al *correcto funcionamiento interno* de las sociedades dada la particular trascendencia de estas en múltiples sectores del sistema económico, y en distintos mercados cuyas reglas de competencia han de verse preservadas. Y ello sin obstar a que después, en cada tipo penal, pueda concretarse qué faceta de ese correcto funcionamiento puede verse alterada (lesionada o puesta en peligro) con la ejecución del comportamiento antijurídico previsto.

La cuestión sobre el bien jurídico ha sido, empero, muy discutida por parte de la doctrina. Como sintetiza Del Rosal Blasco "en función de como se haya definido estos, los delitos societarios podrán considerarse como infracciones que tutelan bienes jurídicos de naturaleza individual, básicamente concretados (mediata o inmediatamente) en el patrimonio de la sociedad, en el de los socios o en el de terceros, o de naturaleza colectiva, designados a través del concepto de orden económico o socio-económico, aceptándose, incluso, por algunos autores su naturaleza mixta (patrimonial y socioeconómica o falsaria y patrimonial")[73]. Es evidente que la respuesta a esta cuestión se encuentra imbricada con la propia concepción que se tenga del *delito socioeconómico*, pues entendido este en un sentido amplio queda claro que los delitos societarios formarían parte de aquél, al acontecer siquiera

[72] Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, pp. 34-35.
[73] Idem., p. 25.

sea de forma mediata una tutela de algún sector o parcela del mismo. Personalmente, nos inclinamos por un concepto estricto de lo que deba entenderse por *Derecho penal económico*, por lo que para catalogar al conjunto de los delitos societarios como delitos económicos necesariamente estos deben afectar, de forma directa, a un sector del orden socioeconómico. Lamentablemente, adentrarnos en el fondo de esta cuestión nos distraería del objeto directo de este trabajo, por lo que tan solo la dejamos expuesta.

Dado que nuestro legislador penal de 1995 decidió agrupar los delitos patrimoniales y los delitos contra el orden socioeconómico bajo un mismo título XIII, sin ofrecer mayor criterio sistemático o lógico que permita distinguir con facilidad a los tipos penales que bajo esta rúbrica se agrupan, basta en este momento con señalar las tres grandes posturas que se han sostenido en relación con el interés jurídico tutelado por los delitos societarios, y argumentar nuestra particular posición, conectándola después con un argumento contrario a la previsión de la actual cláusula de perseguibilidad del art. 296 CP. Siguiendo la clasificación ofrecida por Del Rosal Blasco, podemos entender que existen tres grandes posturas al respecto:

En primer lugar, un sector claramente destacado de la doctrina ha sostenido que los delitos societarios protegerían, directamente, un bien jurídico de carácter individual o particular, identificado con el *patrimonio* (de la sociedad, de los socios o de terceros), sin desconocer la posibilidad de que de forma mediata se estuviera también protegiendo algún sector concreto del orden socioeconómico, dependiendo del delito en cuestión[74]. Con todo, consideran que el bien jurídico protegido en sentido técnico lo es el patrimonio. Dentro de este primer sector, como vimos al comienzo de este epígrafe, las opiniones suelen variar, pues numerosos autores terminan por considerar excepciones dentro del propio catálogo de delitos societarios, entendiendo que en algunos de ellos puede tutelarse además otro bien jurídico de carácter supraindividual (así, por ejemplo, para Faraldo Cabana el delito del art. 290 CP tutelaría el patrimonio pero también la funcionalidad del documento[75]), o directamente sosteniendo que en algunos casos el delito en cuestión no tutela directamente el patrimonio sino otro interés distinto de carácter colectivo (así, por

[74] Así, v. gr.: Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 548; Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, p. 36; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, pp. 22 y ss.; Fernández Teruelo, *Los delitos societarios en el Código Penal*, *op. cit.*, p. 215.

[75] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 22.

ejemplo, Del Rosal Blasco entiende que el delito del art. 294 CP no posee naturaleza patrimonial[76]).

En segundo lugar, otro sector doctrinal ha interpretado que en relación con los delitos societarios estaríamos ante tipos penales *pluriofensivos*, en los que se tutelarían, al mismo nivel, tanto el patrimonio como un sector particular de ese orden socioeconómico, desde una concepción mixta de los mismos[77].

Ya en tercer y último lugar, un último sector de la doctrina considera que en los delitos societarios realmente se produce una tutela directa de un interés *supraindividual o colectivo*, que se identifica con el correcto funcionamiento de las sociedades en una economía de mercado como la nuestra, encontrándonos así ante genuinos delitos socioeconómicos[78].

Sin desconocer las afectaciones que a tipo individual puedan producirse tras la comisión de un delito societario, debemos mostrarnos favorables a la consideración *predominante* de que el bien jurídico tutelado lo es de naturaleza eminentemente supraindividual, y por ello estrechamente relacionada con el orden socioeconómico. Como ya hemos venido sosteniendo desde líneas atrás, el papel de las sociedades en los sistemas socioeconómicos de los países se ha tornado esencial en el último siglo. Esto hace necesario que las normas de los Ordenamientos, también las penales, se dirijan a dar suficiente protección frente a conductas lesivas o peligrosas para su adecuado funcionamiento, lo que sin duda repercute en la intangibilidad de otros derechos individuales, por ejemplo de socios o terceros, generándose mediante dicha tutela la suficiente y adecuada confianza ya no sólo de aquéllos, sino también de los ciudadanos en general, que no dejan de ser potenciales socios o inversores de las mismas. Esta situación pone de relieve, sin duda, la existencia de razones de orden público que exigen de los Estados una adecuada tutela del correcto funcionamiento de las sociedades, en un sistema de economía de mercado y libertad empresarial como el nuestro. Por tal motivo resulta lógico que el Ordenamiento haya dado el salto desde la tutela de tales intereses en la esfera privada al Código Penal, convirtiendo en delitos ciertas conductas

[76] Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, pp. 37-38.

[77] Cfr.: Gómez Rivero, M. C. (coord.), Cortés Bechiarelli, E., Nieto Martín, A., Núñez Castaño, E. y Pérez Cepeda, A.: *Nociones fundamentales de Derecho penal*. *Parte especial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 503-504.

[78] Cfr.: Pavón Herradón, *El delito de falsedad documental societaria*, *cit.*, p. 39; y El Mismo: "Los delitos societarios", en Gómez Pavón, P., Bustos Rubio, M., y Pavón Herradón, D., *Delitos económicos*. *Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 258.

que lesionan o ponen en peligro ese adecuado y normal funcionamiento de las sociedades, lo que trasciende a todas luces de la mera esfera individual (y por ello supera la simple tutela de intereses particulares como el patrimonio, para cuya protección, por cierto, ya se prevén en el Código Penal otras figuras delictivas eficientes)[79].

Esta situación ha sido identificada incluso por autores partidarios de considerar que el bien jurídico tutelado en sentido técnico lo es el patrimonio. Es el caso, verbigracia, de Del Rosal Blasco, quien afirma que "no cabe ninguna duda de que las sociedades mercantiles desempeñan hoy una fundamental misión en el complejo entramado de la actividad económica, productiva y no productiva, de un país, y por ello mismo, no cabe tampoco ninguna duda de que algunas de las conductas que ahora se incriminan en el repertorio de los nuevos delitos societarios pueden llegar a ser lesivas de los intereses económicos de importantes sectores del país o, incluso, de los intereses económicos de *todo el país*"[80].

A nuestro juicio, los delitos societarios constituyen auténticos delitos socieconómicos al afectar sus conductas típicas al *correcto funcionamiento interno* de las sociedades dada la particular trascendencia de estas en múltiples sectores del sistema económico actual, y en distintos mercados cuyas reglas de la correcta y adecuada competencia han de verse preservadas. Por ello, como ha señalado Pavón Herradón, "el aspecto social contenido en los delitos cometidos en el ámbito empresarial, esto es, su posible afectación a grupos sociales y al correcto funcionamiento de la economía y el mercado y, en definitiva, a la confianza que se espera del funcionamiento de las empresas y del sistema económico, hace que no puedan subsumirse sin más como modalidades de los delitos clásicos patrimoniales, sino que precisan de su propio ámbito y tratamiento", deviniendo así en injustos que procuran una tutela directa de ese *correcto funcionamiento de las sociedades* dentro del sistema socioeconómico[81].

---

[79] Pavón Herradón, en Gómez Pavón / Bustos Rubio / Pavón Herradón, *Los delitos societarios*, *cit.*, p. 258.

[80] Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, p. 37. Ocurre, no obstante, que para el autor ese orden económico "constituye, simplemente, el *motivo* o el *objetivo político-criminal* que justifica la incriminación pero no el objeto jurídico específico de las distintas figuras delictivas", estableciéndose el actual marco regulatorio de los delitos societarios en consideración al *medio* en el que tienen lugar tales delitos (las sociedades).

[81] Pavón Herradón, *El delito de falsedad documental societaria*, *cit.*, p. 24; y El Mismo, en Gómez Pavón / Bustos Rubio / Pavón Herradón, *Los delitos societarios*, *cit.*, p. 258.

Identificado el bien jurídico tutelado en ese interés supraindividual, resultará que no existe sujeto pasivo particular, pues el titular de dicho bien jurídico lo será la colectividad. De este modo, y recuperando la línea argumental del comienzo de este apartado, el criterio del bien jurídico deviene como el primero de los motivos que nos conduce a valorar negativamente la previsión de la actual condición de persegubilidad del art. 296 CP: dado que estos tipos penales no tutelan de manera directa intereses individuales no resulta acertado desde ningún punto de vista dejar en manos de particulares la disposición sobre la concreta persecución penal de unos injustos que están previstos para lograr la intangibilidad de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, que por tanto no se circunscriben privativamente a ningún sujeto concreto. O, como ha considerado Gimeno Sendra, no puede entenderse la configuración de estos delitos como semipúblicos si se tiene en cuenta que "su bien jurídico no encierra derecho personal o personalísimo alguno"[82]. Dado que desde nuestra consideración de estos injustos no existe posibilidad de disposición privativa sobre algo de lo que no se es titular, no nos resulta adecuado condicionar la perseguibilidad de estos delitos a lo que finalmente decidan uno o varios sujetos particulares, tal como hace de *lege data* la actual cláusula del art. 296 CP. Consecuentemente, y a la espera de valorar otros posibles argumentos, cabe ya exhortar a la supresión del art. 296 CP.

2. La excepcionalidad al principio general de perseguibilidad de oficio y el riesgo de instrumentalización del sistema penal

Como bien ha hecho notar Faraldo Cabana, el art. 296 CP supone una clara excepción al principio general de perseguibilidad de oficio de las infracciones penales, que impera en nuestro modelo penal actual, y que constituye parte esencial del Derecho Público dentro del conjunto del Ordenamiento Jurídico[83]. En sus propias palabras "la introducción de nuevas y más restringidas reglas de perseguibilidad o procedibilidad implica de por sí una limitación al acceso a los tribunales en un tipo de delincuencia, como es la societaria, que puede lesionar o poner en peligro intereses generales de notable entidad, además de los individuales, por lo que el juicio acerca de ellas es, en principio, negativo"[84].

[82] Gimeno Sendra, V.: "La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico", en *La Ley*, nº 4180, 4 de diciembre de 1996.

[83] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 77.

[84] Ídem.

En efecto, temprano se adivina una nueva fuente de debate, y a nuestros efectos un nuevo argumento crítico, en el marco de la condición de perseguibilidad o procedibilidad establecida para los delitos societarios: si el Derecho Penal es parte del Derecho Público y como tal su fundamento reposa en la lesión o puesta en peligro de intereses que alcanzan al conjunto social, estableciéndose una máxima de persecución de oficio, el mero hecho de prever aquí una condición para el enjuiciamiento de estas conductas en sede penal, dejando la iniciativa procesal en manos privadas, provoca ciertas fricciones. Máxime si se entiende, como hacemos nosotros (y así lo acabamos de argumentar en las líneas previas), que los delitos societarios están orientados a (y fundamentados en) la tutela directa de un bien jurídico supraindividual, como parcela o sector propio perteneciente al conjunto del orden socioeconómico. Pero incluso si se siguiese concibiendo al patrimonio como bien jurídico individual tutelado por la norma, tampoco resultaría asimilable la existencia de esta cláusula si se compara con la falta de previsión de norma similar en otros delitos que tutelan dicho interés, como pueda ser el caso del injusto de la estafa o del delito de apropiación indebida, por ejemplo[85].

Ahondando en esta línea argumental, debe destacarse que el hecho de supeditar la propia existencia del proceso penal a la denuncia del agraviado (o de su representante legal) en los delitos societarios conduce a una clara subordinación del interés público (propio del sistema penal, como decimos) al privado, al dejar en manos de sujetos particulares la posibilidad de persecución penal de las conductas. Ello, a su vez, desliza la posibilidad de que se produzcan comportamientos no deseables (o directamente no deseados) consistentes en una instrumentalización de la norma penal en pro de intereses individuales. Como apunta Lascuráin Sánchez la cláusula del art. 296 CP "puede dar lugar a una utilización espuria de esta llave del proceso, como instrumento de negociación en el marco de un conflicto societario"[86]. También ha alertado sobre este peligro Díaz-Maroto y Villarejo, para quien la denuncia que abre aquí el proceso penal devendría en un estupendo *instrumento del profesional del*

[85] En este sentido, entre otros: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, pp. 1-2; Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit.*, p. 79; Terradillos Basoco, J.: "Delitos societarios. Cuestiones generales", en VV. AA., *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado. Actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal*, Ed. Fundación El Monte, Sevilla, 1998, pp. 191 y ss; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 77; y Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, *op. cit.*, p. 575.

[86] Lascuraín Sánchez, en De la Mata Barranco, Dopico Gómez-Aller, Lascuraín Sánchez, et. al., *Delitos societarios*, *op. cit.*, p. 490.

chantaje, "vendiendo la retirada del ejercicio de la acción penal por un precio, utilizando la denuncia como instrumento de obtención de lucro ilícito"[87].

En efecto, la mera posibilidad de que con la interposición de denuncia el sujeto pueda abrir el "problema penal" al autor del delito puede invitar a aquél primero utilizar la norma del art. 296 CP como instrumento de chantaje o extorsión para alcanzar soluciones alternativas a la persecución penal de un delito ya consumado, por ejemplo alcanzándose con ello acuerdos económicamente satisfactorios para el potencial denunciante a cambio de permanecer incólume y no activar el proceso penal (que solo a él compete abrir), de idéntico modo, por cierto, a lo que acontece en ocasiones en el terreno mercantil por medio de la interposición de la acción de responsabilidad contra los administradores[88] Incluso autores de la órbita patrimonialista, como Faraldo Cabana, han destacado que "si bien no es posible discutir la naturaleza disponible del patrimonio, los intereses subyacentes a la regulación de los delitos societarios son supraindividuales, de forma que su protección no debe quedar a merced de que el perjudicado logre o no resarcirse económicamente por medios extrajudiciales"[89].

En la doctrina ha sido tradicional este argumento para enarbolar la principal razón crítica en favor de la supresión de la actual cláusula de procedibilidad. Así, por ejemplo, Bajo Fernández[90] o Rodríguez Ramos[91] ya explicaban hace tiempo que la exigencia de denuncia por delitos societarios podría ser utilizada por los socios para chantajear a los administradores sociales condicionando la retirada de la acción penal a cambio de algún monto económico. Por supuesto, no es válido el contrargumento de que el legislador intentó evitar este tipo de instrumentalización espuria de la norma penal pasando a considerar los delitos societarios de pri-

[87] Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 3. Añade el autor lo siguiente: "la amplitud e indefinición con que están configurados los delitos societarios van a permitir que se utilicen por parte de socios minoritarios discrepantes como arma de presión, sometiendo a los posibles autores de las conductas delictivas a las peticiones de los presuntamente agraviados, dando lugar a la denominada 'querella catalana'".

[88] Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit.*, p. 77.

[89] Ídem, p. 79.

[90] Bajo Fernández, M.: "Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995", en VV. AA., *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado. Actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal*, Ed. Fundación El Monte, Sevilla, 1998, p. 196.

[91] Rodríguez Ramos, L.: "¿Hacia un Derecho penal privado y secundario? (las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº. 251, 1996, p. 2.

vados a semipúblicos[92], pues como fácilmente se observa tal caracterización no va a evitar que se pueda producir la extorsión o el chantaje, salvo que exista una clara afectación a intereses generales o a una pluralidad de personas.

Téngase en cuenta que, incluso, al albur del art. 296 CP todavía le resta algo más de poder al agraviado también tras llegarse al término del proceso, pues en materia de suspensión de la ejecución de la pena el art. 80,6 CP dispone que "en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena".

Estas amplias posibilidades que para el ofendido o agraviado se dimanan a consecuencia de la consideración de estos delitos como semipúblicos o semiprivados entrañan, en definitiva, un riesgo claro de instrumentalización de las normas penales para perseguir o lograr fines privativos que exceden de la función que corresponde asumir al sistema penal. Y aunque pueda resultar cierto que existen otros muchos ejemplos a lo largo y ancho del Ordenamiento que pueden prestarse en la práctica a esa instrumentalización, la realidad en el caso de la cláusula que se está examinando es que este riesgo de manipulación de un sistema normativo *público* combinado con otras poderosas razones como las que se están ilustrando en estas páginas conduce a sostener una evidente necesidad de supresión del actual art. 296 CP.

3. La eficacia práctica del perdón del ofendido en los delitos societarios: una nueva oportunidad para la negociación privada

Continuando y enlazando con el motivo anterior, basado en el riesgo de instrumentalización del Derecho penal para lograr alcanzar fines ajenos a este, en la doctrina se ha suscitado una nueva cuestión en el marco del art. 296 CP, que puede volver a poner de manifiesto otro posible argumento a tener en cuenta a la hora de rechazar el contenido del precepto.

Nos estamos refiriendo a la posibilidad, admitida por algunos autores, de que a la luz de la configuración de los delitos societarios como semipúblicos (o semiprivados) pueda tener operatividad la figura del

[92] Cuestión distinta es que con la previsión del art. 296 CP el legislador quisiera evitar una hipercriminalización de las relaciones mercantiles, por otra parte ya sancionadas en sede extrapenal. Al respecto, cfr.: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 3.

perdón del ofendido, que sin duda volvería a contribuir al riesgo de instrumentalización apuntado. Por supuesto, la virtualidad de dicho perdón solo tendrá sentido en los supuestos en los que se haga necesaria la interposición de denuncia apartado primero del art. 296 CP, pues ya se ha visto que si la comisión del delito societario afectase a los intereses generales o a una pluralidad de personas la perseguibilidad se tornaría pública.

En principio, pudiera pensarse que el perdón del ofendido no presenta ninguna operatividad en el marco de los delitos societarios, pues no se ha hecho ninguna previsión expresa al respecto, y el art. 130,1,5ª CP dispone que tal perdón solo tendrá espacio "cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea". Dado que no existe en los arts. 290 a 297 CP ninguna expresa previsión, la conclusión primaria es entender que no es posible ejercitar el perdón del ofendido en el caso de los delitos societarios[93].

Amén de lo anterior, como ha explicado Díaz-Maroto y Villarejo, el hecho de que en el art. 296 CP se exija la interposición de *denuncia* y no de *querella* reforzaría la exigencia de que se lleve a cabo un impulso de oficio por parte del Ministerio Fiscal en aquellos casos en los que la persona agraviada haya interpuesto denuncia, pero después desista o *perdone* al presunto responsable del delito societario. De este modo la eficacia de dicho perdón seguiría siendo *nula*, pero ahora por otro motivo distinto al de su no previsión expresa para el caso de estos delitos. En palabras del autor, "si el agraviado, una vez formulada la denuncia, decide no personarse, el proceso no puede darse por decaído, pues entonces se debería exigir la interposición de una querella desde el principio. El tipo sólo requiere denuncia del agraviado para perseguir el delito, pero no que se persone en las actuaciones y actúe procesalmente en consecuencia. Lo que supone que, si no se persona el agraviado, tendrá que ser el Ministerio Fiscal quien procesalmente intervenga, si lo considera perti-

[93] Así, entre otros: Del Rosal Blasco, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, *cit*., p. 79; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, 2ª edic., *op. cit*., p. 92; Salom Escrivá, J. S.: "La investigación de los delitos societarios", en Solaz Solaz, E. (dir.), VV. AA.: *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 134 y ss.; Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*, *op. cit*., pp. 278-279; Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit*., p. 325. Para esta última autora "quizá la configuración como delitos privados se debía a que todavía se hallaban bajo la influencia del artículo 25 del Código Penal anterior que instauraba justamente un régimen contrario al actual, dando por hecho que en estos casos el perdón extinguía la acción penal sin necesidad de previsión expresa".

nente […] una vez denunciado el delito semipúblico por parte de quien legalmente se encuentra habilitado para ello (con las necesarias capacidad y legitimación), el proceso penal podrá iniciarse y ser desarrollado hasta su completa finalización con independencia de la voluntad del denunciante ofendido por el delito; la interposición de la denuncia no implica más que la intención de trasladar la *notitia criminis* a la autoridad pública, mas no la voluntad de querer intervenir como parte acusadora. En definitiva, ni el desistimiento ni el perdón del agraviado paralizan la acción penal iniciada con la previa denuncia"[94].

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto algún otro autor, pudiera alcanzarse conclusión bien distinta si se acude al contenido de lo dispuesto en el art. 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), precepto en que puede leerse que "la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan".

Martínez-Buján Pérez considera que existe en el Código Penal un supuesto en el que expresamente se ha querido excluir la posibilidad de dar cabida al perdón del ofendido. En efecto, en el marco de los delitos sexuales el art. 191,2 CP señala que "en estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase". Por tanto, a juicio del autor, sumado este expreso rechazo de tal institución en el marco de algunos delitos del Código Penal al hecho de que el art. 106 LECrim. sí prevé la extinción de la acción penal por el perdón de la persona ofendida cuando estemos ante delitos perseguibles a instancia de parte (como ocurriría con los societarios, a salvo de las excepciones ya analizadas del art. 296,2 CP), se puede alcanzar una conclusión diferente a la inicialmente expuesta: "cabría pensar que en la regulación del nuevo CP pueden diferenciarse los casos de 'simple extinción de la acción penal' de los casos de 'extinción de la responsabilidad criminal' o 'extinción de la pena ya impuesta'. De esta manera las divergencias entre las disposiciones legales implicadas adquirirían una explicación coherente, y, en concreto, la norma del art. 130,5º no privaría de sentido a la disposición del art. 191,2 ni a la del art. 106 de la LECrim. En efecto, en los supuestos en los que, como sucede en el art. 296,1, el perdón del ofendido no aparece

[94] Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 2.

específicamente reconocido, la concurrencia de este en la práctica no podrá servir para extinguir la responsabilidad criminal o la pena ya impuesta, con lo que se respeta el mandato del art. 130,5º. Sin embargo, el perdón sí podrá surtir efectos en cuanto a la extinción de la acción penal, con lo que se cumple lo preceptuado en el art. 106 LECrim, y cobra sentido la declaración negativa del art. 191,2 CP, referente a la imposibilidad de extinguir la acción penal, en la medida en que esta representa una excepción al régimen general previsto en la norma de la ley procesal"[95].

No resulta, desde ningún punto de vista, rechazable esta propuesta de entendimiento de conjunto, máxime si tenemos en cuenta que ya la jurisprudencia ha reconocido en ocasiones el espacio que el perdón del agraviado puede tener en el marco de los delitos societarios[96]. Así, por ejemplo, en la SAP de Madrid 323/2001, de 3 de septiembre, puede leerse lo siguiente: "los delitos societarios, que no afecten a intereses generales o a una pluralidad de personas, son delitos privados cuya persecución se reserva a los perjudicados […]. En consecuencia, si estas mismas personas estiman que una vez iniciado el procedimiento se dan circunstancias que aconsejan la no persecución, bien porque se llegue a un acuerdo con los posibles responsables de los delitos societarios, o bien porque consideren los querellantes más conveniente la paralización del procedimiento, pueden otorgar una especie de perdón que no sería tal en términos conceptuales, tratándose más bien de una especie de desistimiento que puede producir los mismos efectos por la vía de apartarse o desistir de la querella". O en la SAP de Almería 96/2003, de 5 de mayo, en la que se puede leer: "los delitos societarios que no afectan a intereses generales o a una pluralidad de personas son delitos privados […] si estas mismas personas, únicas legitimadas para perseguir el delito, estiman que una vez iniciado el procedimiento se dan circunstancias que aconsejan la no persecución bien porque se llegue a un acuerdo con los posibles responsables de los delitos societarios, o bien

[95] Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial, op. cit.*, p. 579. Firmemente en contra puede leerse a: Díaz-Maroto y Villarejo, *Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios…cit.*, p. 2.

[96] Bien es cierto que en la jurisprudencia tal interpretación se vincula siempre con el *principio de intervención mínima* en Derecho penal, argumentándose que la ausencia de interés en continuar el proceso por quien resultó perjudicado por el delito societario priva a partir de ese momento al Ministerio Fiscal de legitimación para continuar con la persecución de los hechos, y permite a aquél primero el desistimiento de la acción. Vid. a este respecto: Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 324.

porque como es el caso considera que las supuestas irregularidades cometidas por los administradores de la sociedad en esclarecimiento de las cuales la querella que dio origen a la presente causa han quedado definitivamente aclaradas de forma satisfactoria para el mismo […] pueden apartarse o desistir de la querella, lo que tiene como consecuencia el archivo de las diligencias al carecer el Ministerio Fiscal de legitimación para perseguir el delito enjuiciado". O, ya por último, en la SAP de Vizcaya 451/2006, se reconoce espacio en estos delitos societarios para "una especie de desistimiento respecto de la denuncia inicial, que si bien […] no está previsto legalmente […] razones prácticas y de coherencia lógica del precepto penal nos llevan a la conclusión de que desde el momento en que el único perjudicado se retira del procedimiento no puede continuar con el mismo el Ministerio Fiscal".

Como explica Líbano Beristain, esta tesis interpretativa buscaría apartarse de ciertas situaciones "incómodas" como las que pudieran derivarse de los acuerdos conseguidos en vía extrapenal, o en sede extrajudicial: "se entiende que en tales casos ha desaparecido el interés que en algún momento pudo existir en la persecución penal de los hechos, lo que se ha considerado por algunos juzgadores como un reconocimiento implícito de la eficacia del perdón"[97].

Si se sigue esta concreta y particular línea interpretativa, entonces contamos con un argumento adicional al ya expuesto en el epígrafe anterior, conectado con la supeditación del instrumento penal (Derecho público) a intereses privados, pues de admitirse la operatividad del perdón del ofendido, siquiera ya como causa que extingue la *acción penal* (no la *responsabilidad criminal*, como bien argumenta Martínez-Buján Pérez), se estaría sirviendo en bandeja una nueva oportunidad de negociación a los interesados, que ya no solo la habrían utilizado para activar el proceso penal en su inicio (mediante la interposición de la denuncia) sino que además todavía poseerían este nuevo intento de negociación práctica, al tener en su poder la subsistencia o caída de la acción penal ya iniciada mediante el recurso al instrumento del perdón. En palabras de Lascurain Sánchez "aunque aquí no se prevea el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1.5º), puede dar lugar a una utilización espuria de esta llave del proceso, como instrumento de negociación en el marco de un conflicto societario"[98].

---

[97] Líbano Beristain, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, *cit.*, p. 324.

[98] Lascuraín Sánchez, en De la Mata Barranco, Dopico Gómez-Aller, Lascuraín Sánchez, et. al., *Delitos societarios*, *op. cit.*, p. 490.

Esta situación, como es obvio, no nos resulta aceptable por un mero argumento *a fortiori:* si por las razones ya esgrimidas supra nos resultaba rechazable la cláusula de perseguibilidad al implicar un evidente riesgo de instrumentalización y perversión del sistema penal en favor de intereses particulares o privativos, con mayor razón debe seguir rechazándose la norma del art. 296 CP si, siguiéndose la interpretación señalada, resulta que se añade una nueva oportunidad para tal privatización.

4. Optimización de costes: ¿un argumento válido?

Se ha defendido la incorporación de una condición de procedibilidad por parte de algunos autores que entienden necesario exigir algún requisito más allá de la propia tipicidad del delito para poder enjuiciar penalmente los hechos, con el objetivo de evitar posibles presiones o denuncias infundadas contra los administradores sociales, realizadas por socios o terceros "hostiles", exigiéndose con el modelo del art. 296 CP que sean ellos quienes deban aportar indicios bastantes de criminalidad, y quedando fuera de la Administración de Justicia todo aquello que no revista tales racionales indicios. Esto conduciría, según defiende este sector, a una mejor optimización de costes (en términos de ahorro) para juzgados y tribunales, en unos tipos penales en los que, además, los llamados a denunciar y a abrir con ello la vía penal serán quienes se encontrarían en mejor disposición para aportar elementos probatorios[99].

A nuestro juicio, en modo alguno puede preconizarse tal argumento como definitivo para sostener la necesidad de la actual condición de perseguibilidad. Pero es que ni siquiera como argumento meramente adicional o secundario se sostiene.

Primero, porque si es el propio legislador el que ha tenido en mente tal razonamiento al tipificar estos delitos y someterlos a una condición de procedibilidad, pretendiendo con esta "barrera" ahorrar costes, energías y esfuerzos a la Administración de Justicia penal, entonces directamente debería sostener la exclusión de estas figuras delictivas del Código Penal. El principio de coherencia que se le presupone así lo demanda. Máxime si tenemos en cuenta que estas conductas ya se trataban y en su caso obtenían sanción en el orden mercantil y civil.

[99] En estos términos, v. gr.: Quintero Olivares, G.: "Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (cuestiones generales)", en Asúa Batarrita, A. (edit.), VV. AA., *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, p. 171; y Serrano Butragueño, I.: "Los delitos societarios en el Anteproyecto del nuevo Código penal", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº. 48, 1992, p. 2.

Y segundo, porque más allá de lo que tuviese o no en mente el legislador (que solo afectaría a la finalidad de la norma, más no a su fundamento), desde otra óptica habría que objetar el riesgo de indefensión que se dimana de la cláusula del art. 296 CP, sin duda argumento mucho más poderoso (en términos propiamente jurisdiccionales) que el pretendido ahorro de costes. En efecto, también resultaría (y resulta) criticable la cláusula del art. 296 CP si se tiene en cuenta que, como ha advertido entre nosotros Terradillos Basoco, la exigencia de denuncia previa puede conducir en algunos casos a indefensión del particular, que observará cómo no se persigue penalmente alguno de estos comportamientos fruto de su inactividad por desconocimiento, ignorancia, falta de medios procesales o desinterés si es que finalmente no ha existido un efectivo menoscabo patrimonial[100] (y ello aunque estos delitos protejan, en nuestra opinión, intereses supraindividuales que van más allá del patrimonio de los sujetos implicados).

No negamos que el hecho de que esta cláusula posea naturaleza de condición de procedibilidad o perseguibilidad, suponiendo una clara norma de carácter procesal, permita indagar su propia razón de ser (quizá solo en parte) en consideraciones político-criminales de optimización de costes y de utilidad, y que ello esté presente en la mente del legislador en su actividad legiferante. En efecto, mediante este tipo de instituciones se alcanza un resultado derivado de un juicio de ponderación legislativa, en términos de optimización de costes, utilidad y eficacia, por el que se ha entendido que en determinados casos el delito ha de ser público, y en otros no. En el ámbito del Derecho penal, el principio de oportunidad (reglada), apoyado por algunos sectores de la doctrina, permitiría acoger este tipo de cláusulas, apareciendo como un nuevo paradigma que transformaría el Derecho penal tradicional y lo convertiría en un Derecho diferente, menos rígido, pretensor de una mayor efectividad; lo cual no significa que constituya una "mejor alternativa" al Derecho penal clásico.

Sin embargo, nos resulta rechazable este pretendido argumento *avalador* de la necesidad de limitación de la perseguibilidad en los delitos societarios por varias razones: primero, porque, como se ha dicho, por sí solo este motivo no permite justificar o fundamentar la norma del art. 296 CP (si así fuera, podría preverse para muchos otros casos de delitos). En segundo lugar, porque si lo que se busca con el precepto es evitar posibles presiones o denuncias infundadas contra los administradores socia-

[100] Terradillos Basoco, J.: "Los delitos societarios", en Del Rosal Blasco, B. (edit.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 270.

les, realizadas por socios o terceros "hostiles", lo mismo podría decirse para el caso de cualesquiera otros delitos previstos en nuestro Código Penal (máxime aquellos de índole socioeconómica), amén de que para evitar las denuncias *falsas* ya existe el oportuno tipo penal. Y tercero, porque si bien la optimización de costes y el argumento económico-utilitario puede estar en la mente del legislador de turno al diseñar la norma, existen poderosos cotos a la hora de poder trasladar esa idea al interior del Derecho penal, que, recordemos, tiene su propia razón de ser, sus propios principios axiológicos que lo explican y fundamentan, y sus propias finalidades. Superar todo ello desde una única explicación apoyada en motivos utilitaristas o pragmáticos no solo nos resulta peligroso sino sobre todo impracticable en el marco del actual modelo penal.

V. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo argumentado en las páginas previas podemos concluir esta investigación con tres grandes grupos de ideas:

En primer lugar, el art. 296 CP constituye, en cuanto a su concreta naturaleza jurídica, una condición de *perseguibilidad* (o bien de *procedibilidad)*, que convierte a los delitos societarios en delitos semipúblicos (o semiprivados) al contemplarse una *regla general* limitadora de su persecución penal (son delitos que no resultan perseguibles de oficio, ni tampoco por medio de la denuncia de terceros no agraviados, o mediante querella pública), requiriéndose para su persecución penal la interposición de denuncia (de la persona agraviada o bien de su representante legal), o en caso de que los sujetos sean menores o discapacitados necesitados de especial protección, interposición de denuncia por parte del Ministerio Fiscal, y unas *excepciones* que los convierten nuevamente en públicos (afectación a intereses generales o a una pluralidad de personas). Estas excepciones, a nuestro juicio, no mutan en nada la naturaleza jurídica de la cláusula, pues ante una cuestión utilitaria se ha decidido que la acción pública de la justicia penal vuelva a prevalecer ante supuestos de especial magnitud o dimensión de los *efectos* delictivos. Pero ello no porque tales situaciones hagan que el delito societario cometido sea *más grave*, en términos de desvalor de injusto, ni porque la pena resulte más necesaria (pues será la misma independientemente de que se den estas condiciones de magnitud), sino porque el legislador ha decidido, en términos político-criminales de oportunidad y de utilidad procesal, que la regla de limitación de la persecución consistente en la exigencia de denuncia previa por parte del agraviado, su representante legal o el Ministerio Fiscal en

ciertos casos, decaiga cuando existan tales condiciones de especial dimensión práctica. En lo que se refiere al fundamento del precepto, y tras abordar la discusión sobre su proximidad al terreno penal-material (punibilidad) o al procesal (perseguibilidad), nos descantamos por entender que la *ratio* de la cláusula lo es de tipo procesal. Y ello porque, como se argumentó, la norma no apoya su exégesis en razones de limitada necesidad de sanción penal, lo cual es de todo punto lógico si se tiene en cuenta que la exigencia de denuncia para la persecución y consecuente sanción penal del delito societario previamente cometido en nada afecta al mayor o menor nivel de necesidad de imposición de una pena (como tampoco a su pleno merecimiento, toda vez ya se ha consumado por entero el tipo de injusto). El art. 296 CP ostenta un claro fundamento procesal, no material, al supeditarse la existencia del propio *proceso*, sin afectar en nada al merecimiento y a la necesidad de sancionar penalmente tales conductas societarias una vez se encuentran consumadas, y por tanto debiendo encontrar explicación en razones de índole político-procesal. Esas razones no derivan de la propia imposición de la pena (que ni siquiera está supeditada directamente) ni de cuestiones relativas a su necesidad (por supuesto, tampoco a su merecimiento), siendo un elemento que condiciona la propia existencia del *proceso* penal. Entendemos, en fin, que la principal razón político-criminal para la creación de este obstáculo procesal deriva de la existencia previa de este tipo de conductas societarias, y de su sanción, ya en el terreno extrapenal (en el terreno del Derecho privado).

En segundo lugar, una vez examinado el contenido del precepto (regla general y excepciones) interesa destacar una conclusión primordial: cuando el art. 296 CP se refiere a la afectación a *intereses generales* (lo que convierte a los delitos societarios nuevamente en perseguibles de oficio), abogamos por interpretar que tal referencia es indicativa de que el daño causado con el delito en cuestión, además de afectar a un bien jurídico de carácter supraindividual entraña también una afectación a los intereses propios de la socioeconomía del país, por su *magnitud* o por sus *efectos*. Contrariamente a lo que ha sostenido un destacado sector de la doctrina, entendemos que con tal afectación a los *intereses generales* no aparece un nuevo bien jurídico lesionado añadido al que se lesiona con el propio injusto societario, respondiendo su conversión a *delito público* a la magnitud práctica que tal acción puede conllevar en tales situaciones, pero sin que de tal afectación se dimane un mayor contenido de injusto ni un mayor nivel de merecimiento de pena. Lo contrario supondría mutar la naturaleza jurídica de la cláusula, al sostenerse la existencia de un ma-

yor nivel de injusto cuando tenga lugar tal afectación, lo que resultaría incoherente con la clasificación sostenida.

Y en tercer y último lugar, son varios los argumentos que en este trabajo hemos sostenido en contra del actual art. 296 CP, y que consecuentemente nos conducen a solicitar su supresión de *lege ferenda*: (1) entendemos que en los delitos societarios se protege un bien jurídico de carácter supraindividual o colectivo, y por tanto nos distanciamos de aquellas otras posturas, mayoritarias en la doctrina, que conciben que lo directamente protegido es el patrimonio; a nuestro juicio, los delitos societarios constituyen auténticos delitos socieconómicos al afectar sus conductas típicas al *correcto funcionamiento interno de las sociedades* dada la particular trascendencia de estas en múltiples sectores del sistema económico actual, y en distintos mercados cuyas reglas de la correcta y adecuada competencia han de verse preservadas. En consecuencia, no resulta acertado desde ningún punto de vista sostener la existencia de preceptos como el del art. 296 CP, que dejan en manos de particulares la disposición sobre la concreta persecución penal de unos injustos, cuando tales tipos penales se han previsto para lograr la intangibilidad de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, que por tanto no se circunscriben privativamente a ningún sujeto concreto. (2) Supeditar la existencia del proceso penal a la denuncia del agraviado en los delitos societarios conduce a una clara subordinación del interés público al privado, al dejar en manos de sujetos particulares la posibilidad de persecución penal de las conductas. Ello desliza la posibilidad de que se produzcan comportamientos no deseables, consistentes en una instrumentalización de la norma penal en pro de intereses individuales (permitiéndose el recurso a negociaciones alternativas, chantajes, etc.). El art. 296 CP trae consigo, por ello, un importante riesgo de utilización fraudulenta y de perversión del instrumento penal, que ha de seguir siendo *público*. (3) Aunque resulta sumamente discutible, algunos sectores de la doctrina, y lo que es más relevante, de la jurisprudencia, reconocen espacio al *perdón del ofendido* y al desistimiento en estos delitos, al albur de lo dispuesto en el art. 296 CP (aunque no se disponga expresamente, y por las razones ya señaladas supra). De admitirse la operatividad del perdón del ofendido se estaría generando una nueva oportunidad de negociación a los interesados, que ya no solo estarían en posesión de la llave para activar el proceso penal, sino que además todavía les restará este nuevo intento de negociación práctica, al tener en su poder la subsistencia o caída de la acción penal ya iniciada mediante el recurso al instrumento del perdón, con el consiguiente nuevo riesgo de perversión de la norma penal. (4) Y por último, rechazamos la posibilidad de que un argumento utilitarista en meros

términos de *oportunidad* y de ahorro de costes pueda por sí solo servir para fundamentar la necesidad de la cláusula. Si bien el argumento económico-utilitario puede aparecer en la mente del legislador al diseñar la norma, existen poderosos límites para poder aterrizar esa idea (por sí sola) al interior del Derecho penal, que posee sus propios principios axiológicos que lo explican y fundamentan. Por tal motivo, el argumento de optimización de costes deviene absolutamente insuficiente a la hora de avalar la subsistencia del precepto del art. 296 CP.

CONSEJO CIENTÍFICO ASESOR

I. MIEMBROS ASESORES ESPAÑOLES

María Acale Sánchez
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

Mercedes Alonso Álamo
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

Silvina Bacigalupo Saggese
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Juan C. Carbonell Mateu
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Nuria Castelló Nicás.
Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Granada.

Ana Isabel Cerezo Domínguez
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Mirentxu Corcoy Bidasolo
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Mª José Cruz Blanca
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Jaén

Joaquín Cuello Contreras
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura

J. L. de la Cuesta Arzamendi
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco

Miriam Cugat Mauri
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

Rosario de Vicente Martínez
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla- La Mancha

Javier de Vicente Remesal
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Vigo

Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León

Pilar Fernández Pantoja
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Jaén

José Luis Gónzalez Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Mª José Jiménez Díaz.
Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Granada

Juan Antonio Lascuraín Sánchez
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos
Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Granada

Mercedes Llorente Sánchez-Arjona.
Catadrática de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla.

Borja Mapelli Caffarena
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

Mª Luisa Maqueda Abreu
Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Granada

Antonia Monge Fernández
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Miguel Olmedo Cardenete
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada

José Manuel Paredes Castañón
Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Oviedo

Enrique Peñaranda Ramos
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Jaime Peris Riera
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia

Esteban Pérez Alonso
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Granada

Esther Pomares Cintas
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Jaén

Guillermo Portilla Contreras
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén

Joan Josep Queralt Jiménez
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Rafael Rebollo Vargas
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

Bernardo del Rosal Blasco
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante

Pedro Ángel Rubio Lara
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia

Ángel Sanz Moran
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

Jesús María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra

II. MIEMBROS ASESORES EXTRANJEROS

Elías Carranza
Presidente del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito (ILANUD) Costa Rica

Luis Greco
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Berlín (Alemania)

Mayda Goite Pierre
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de La Habana (Cuba)

Dora Guzmán Zanetti
Catedrática de la Universidad de San José (Costa Rica)

José Hurtado Pozo
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Mayor de San Marcos (Perú)

Vittorio Manes
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Bolonia (Italia)

Antonieta Lucía Maroja Arcoverde Nóbrega
Jueza.
Directora Adjunta de la Escuela Superior de Magistradura (ESMA) Paraiba (Brasil)

Anabela Miranda Rodrigues
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Coímbra (Portugal)

Josefina Noya
Juez de la República (El Salvador)

Víctor Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Marcos de Lima (Perú).
Ex Presidente de la Corte Suprema del Perú

Mariana Rodrigues Canotilho
Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional português

Rosaria Sicurella
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Catania (Italia)

Eberhard Struensee
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Münster (Alemania)

John A. E.Vervaele
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Utrecht (Países Bajos)

Suscripción anual (tres números): 155 € (iva incluido)
Número suelto: 60 € (iva incluido)

Dykinson, S.L.

C/ Melendez Valdes, 61 – 28015 Madrid
Telfs. 91 544 28 69 / 91 544 28 46 – Fax 91 544 60 40
info@dykinson.com – www.dykinson.com – www.dykinson-on-line.com