

Derecho Penal Económico
Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su Parte General*

Por *Fabián I. Balcarce***

Resumen: El Derecho penal económico ha adquirido independencia académica respecto al denominado en la actualidad Derecho penal nuclear. Resulta por demás útil contextualizar su origen y consolidación, describir sus caracteres y relaciones, presentar las críticas que la doctrina le ha dirigido, y analizar la teoría de la ley penal, del delito y de las consecuencias jurídico-penales en relación a los matices que adquieren dentro de este novedoso sector del Derecho penal periférico.

Palabras claves: Concepto – Origen – Consolidación – Caracteres – Críticas – Teoría de la ley penal económica – Teoría del delito económico – Teoría de las consecuencias jurídico-penales económicas.

I. INTRODUCCIÓN

El diagrama de la presente exposición será el siguiente: daremos los diferentes conceptos sobre Derecho penal económico (en adelante, DPE), luego buscaremos las causas que le dieron origen y aquellas que lo solidificaron. Con posterioridad, hablaremos de sus caracteres particulares, las críticas que se le han realizado y su relación con el Derecho penal nuclear. A continuación haremos una breve incursión por sus matices distintivos dentro de la ley teoría de la ley, del delito y de la pena.

II. CONCEPTO

A pesar de los numerosos y prolongados esfuerzos científicos dedicados a la ciencia del Derecho, a la Criminología y al Derecho penal –expresa TIEDEMANN¹–, los conceptos de *Derecho penal económico* y *delito* no son claros ni unívocos, especialmente en el ámbito de las investigaciones comparadas. Por ejemplo, cuando los españoles hablan de *delitos económicos*, los ingleses de *business crimes*, los franceses de *delits d'affaires*, los suecos de *ökonomisk brotliget* y los alemanes de *Wirtschaftsdelikte*, no se alude al mismo asunto.

* El texto se compadece con la exposición realizada el 20 de junio de 2007, en la sede de Policía Judicial de la Ciudad de Córdoba, en el marco del “Seminario sobre delitos económicos y recuperación de activos de origen delictivo” organizado por el I.N.E.C.I.P. – Córdoba.

** Dr. en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.). Especialista en Derecho Penal Económico (Universidad Castilla – La Mancha, España). Especialista en Derecho Penal (U.N.C.). Profesor Titular Derecho Penal II (U.N.C.). Profesor Titular Derecho Procesal Penal (U. Blas Pascal). Ex J.T.P. Derecho Penal. Parte General (U.N.C.). Ex Profesor Adjunto Derecho Procesal Penal (U.N.C.). Director de la Sala de Derecho Procesal Penal del Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Penal Económico (U. Blas Pascal).

¹ TIEDEMANN, KLAUS, *Poder económico y delito*, trad. AMELIA MANTILLA VILLEGAS, Ariel, Barcelona, 1985, p. 9.

Al DPE se lo ha conceptualizado en forma *genérica*, en sentido *estricto* y de manera *amplia*.

En *sentido genérico* –se dice– el DPE es el sector de Derecho penal destinado a la protección del orden económico.

En un *sentido amplio*, se trataría del conjunto de reglas jurídicas dotada de consecuencias jurídico-penales cuya finalidad es la protección del proceso de producción, distribución y consumo de bienes².

También, en *sentido amplio*, se ha entendido por *delito económico*, toda acción punible y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella³.

En *sentido estricto* –entendido como legislación penal económica– sería el conjunto de reglas jurídicas dotadas de sanción penal cuyo objetivo es la protección de la actividad interventora del Estado en la economía a través del control y la regulación. Esta noción se confundía antaño con el denominado Derecho penal administrativo económico.

III. CAUSAS DE NACIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

El proceso de construcción y solidificación del denominado Derecho penal económico abarca un período temporal que comienza en el último cuarto del siglo XIX y se asienta en la década del cuarenta del siglo XX. Las tres décadas posteriores traerán nuevas causas que fortificarán la posición de este específico sector de la material jurídico-criminal dentro de los ordenamientos legales del Derecho comparado.

A. CAUSAS QUE LO ORIGINARON

Si bien existen múltiples antecedentes⁴, la historia del siglo XIX nos demuestra que un Derecho penal económico, en sentido propio, sólo comienza a existir cuando aparece la necesidad política de una economía dirigida y centralizada.

a. Política: *Transformación del Estado agrario y crisis del Estado liberal.*

Durante la existencia política del nudo Estado liberal no se advirtió la necesidad de un Derecho penal periférico encargado de prevenir conductas que afectaran en sentido amplio el normal y regular tráfico comercial en los distintos países del orbe.

² Sobre las definiciones, BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL – BACIGALUPO, SILVINA, *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001, pp. 11 a 17; BACIGALUPO, ENRIQUE, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 62; DE LA RÚA, JORGE, “Los delitos económicos” en *Doctrina Penal*, año 3, n^{os} 9 a 12, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 12; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico. Parte General*, tirant lo blanch, Valencia, 1998, pp. 32 a 36; GARCÍA CAVERO, PERCY, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Ara, Lima, 2003, pp. 17 a 67; REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL, “Nociones de Derecho Penal Económico argentino” en *Breviarios de Derecho Penal y Criminología*, Lerner, Córdoba, 2005, pp. 13 a 15.

³ SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, trad. BEATRIZ SPÍNOLA TÁRTALO – MARGARITA VALLE MARISCAL DE GARDE, FD, Buenos Aires, 2004, p. 17.

⁴ Para los antecedentes remotos *vid.* UGARTE VEGA CENTENO, MÁXIMO ALFREDO, “El Derecho penal económico como alternativa en la solución de los llamados delitos económicos empresariales” en *Gestión en el tercer milenio, Revista de investigación de la Facultad de Administración*, UNMSM, año 6, n^o 12, Lima, diciembre de 2003, p. 1.

El Derecho penal de carácter liberal debe su nacimiento político a la transformación de los Estados agrarios en industriales y comerciales. En la nueva estructura social la economía se debía organizar según las leyes naturales que –dejadas en libertad– necesariamente producirían el bienestar general. El liberalismo predicó que el bien común debía ser alcanzado a través de la ley de la oferta y demanda.

En este contexto el Derecho penal, como la forma más enérgica de protección de bienes jurídicos, estaba regido por un principio de *subsidiariedad*, reservándose para la tutela de los intereses más relevantes, como los denominados “derechos naturales” del hombre y las instituciones fundacionales del Estado liberal. Se trata de un Estado gendarme cuya misión no es precisamente la intervención en la economía⁵, menos aún mediante del Derecho penal.

A mediados del siglo XIX aparece en escena la filosofía de KARL MARX. La dialéctica materialista se transforma, en el plano político, en la lucha del proletariado por su ascensión al poder, en el devenir natural hacia la sociedad sin clases. El comienzo del siglo XX será testigo de la revolución bolchevique en la antigua Rusia y su rápida expansión a los países del Este. En dicho sistema, el control de la economía se transforma en absoluto, siendo la represión del individuo consecuencia inmediata de un ataque a los presupuestos del Estado comunista: la clase proletaria, los instrumentos de trabajo y producción y las relaciones productivas. El Derecho penal tiene una base esencialmente económica.

Por último, las primeras décadas del siglo pasado estarán signadas por el nacimiento de ideas consustanciadas con la superioridad de razas o culturas humanas, terminando en el endiosamiento del Estado (nacionalsocialismo alemán) o del concepto Nación (fascismo italiano). El efecto será el nacimiento de los países de tinte totalitario y un Derecho penal más preocupado en la represión de hechos vinculados a la seguridad del Estado, la raza u otros ingredientes del absolutismo.

La necesidad de intervención del Estado se vio confundida en medio de ideas totalitarias y absolutas.

Las alternativas existentes eran la instauración de un Estado intervencionista que, en la mayoría de los casos, terminó en un Estado autoritario (nacionalsocialismo o fascismo) o por el otro lado, las ideas marxistas que llevaban a la estatalización de los instrumentos de producción, distribución de los bienes jurídicos como al control del consumo de los mismos. De todos modos, es aquí en donde comienza a avizorarse la necesidad de un Estado interventor en la Economía y el control de la producción, distribución y consumo de bienes.

Con la exigencia de una posición activa se produce el primer paso hacia la actividad interventora del Estado en la Economía.

b. Religiosa: Actualización del pensamiento de la Iglesia

El 15 de mayo de 1891 la iglesia católica, durante el papado de León XIII, da a conocer la encíclica *Rerum Novarum* en donde se reconoce –aunque asentada en la teoría del Derecho natural– la existencia de derechos sociales del proletariado: derecho a una retribución justa, al descanso, a la agremiación, a la previsión social. Aparecen embrionariamente los derechos de grupos determinados de personas, el bien jurídico supraindividual. Asimismo se propone la moderación en las cargas públicas y la equitativa distribución de los ingresos estatales, atendiendo a las necesidades de las clases proletarias.

⁵ Preciso, RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal Económico Comparado*, Edersa, Madrid, 1991, p. 6.

Aquí aparecen los primeros grupos titulares de derechos difusos: obreros, agremiados, jubilados, contribuyentes.

El documento es una descripción de la situación social reinante por esos tiempos y la síntesis de un conjunto novedoso de prescripciones para los propios feligreses y de derechos, a reconocer, en el ciudadano común.

El contexto en el que el instrumento se redacta muestra a una Iglesia amenazada por el anarquismo y el marxismo, movimiento este último que definía a la religión como «...*el sollozo de la criatura oprimida, es el significado real de un mundo sin corazón, así como el espíritu de una época privada de espíritu*». Es el opio de los pueblos»⁶.

Vale la pena un análisis profundo de este documento:

-Situación social:

El cambio operado -se afirma en el instrumento- en las relaciones mutuas entre patronos y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría; la mayor confianza de los obreros en sí mismos y la más estrecha cohesión entre ellos, juntamente con la relajación de la moral, han determinado el planteamiento de la contienda.

Es difícil realmente determinar los derechos y deberes dentro de los cuales hayan de mantenerse los ricos y los proletarios, los que aportan el capital y los que ponen el trabajo.

El tiempo fue insensiblemente entregando a los obreros, aislados e indefensos, a la inhumanidad de los empresarios y a la desenfrenada codicia de los competidores. Hizo aumentar el mal, la voraz usura, que, reiteradamente condenada por la autoridad de la Iglesia, es practicada, no obstante, por hombres codiciosos y avaros bajo una apariencia distinta. Añádase a esto que no sólo la contratación del trabajo, sino también las relaciones comerciales de toda índole, se hallan sometidas al poder de unos pocos, hasta el punto de que un número sumamente reducido de opulentos y adinerados ha impuesto poco menos que el yugo de la esclavitud a una muchedumbre infinita de proletarios.

-Crítica a los socialistas:

Para solucionar este mal -expresa el instrumento-, los socialistas, atizando el odio de los indigentes contra los ricos, tratan de acabar con la propiedad privada de los bienes, estimando mejor que, en su lugar, todos los bienes sean comunes y administrados por las personas que rigen el municipio o gobiernan la nación. Creen que con este traslado de los bienes de los particulares a la comunidad, distribuyendo por igual las riquezas y el bienestar entre todos los ciudadanos, se podría curar el mal presente. Pero esta medida es tan inadecuada para resolver la contienda, que incluso llega a perjudicar a las propias clases obreras; y es, además, sumamente injusta, pues ejerce violencia contra los legítimos poseedores, altera la misión de la república y agita fundamentalmente a las naciones.

Los socialistas empeoran la situación de los obreros todos, en cuanto tratan de transferir los bienes de los particulares a la comunidad, puesto que, privándolos de la libertad de colocar sus beneficios, con ello mismo los despojan de la esperanza y de la facultad de aumentar los bienes familiares y de procurarse utilidades. Proponen un remedio en pugna abierta contra la justicia, en cuanto que el poseer algo en privado como propio es un derecho dado al hombre por la naturaleza.

Establézcase, por tanto, en primer lugar, que debe ser respetada la condición humana, que no se puede igualar en la sociedad civil lo alto con lo bajo. Los socialistas

⁶ MARX, CARLOS, "Para la crítica de la «Filosofía del Derecho de Hegel»" en HEGEL, GUILLERMO FEDERICO, *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, trad. ÁNGELICA MENDOZA DE MONTERO, Claridad, Buenos Aires, 1937, p. VI. La cursiva en el original.

lo pretenden, es verdad, pero todo es vana tentativa contra la naturaleza de las cosas. Y hay por naturaleza entre los hombres muchas y grandes diferencias; no son iguales los talentos de todos, no la habilidad, ni la salud, ni lo son las fuerzas; y de la inevitable diferencia de estas cosas brota espontáneamente la diferencia de fortuna.

-Tesis iusnaturalista de los derechos individuales:

El *iusnaturalismo* se deja ver en su concepción: «Y no hay por qué inmiscuir la providencia de la república, pues que el hombre es anterior a ella, y consiguientemente debió tener por naturaleza, antes de que se constituyera comunidad política alguna, el derecho de velar por su vida y por su cuerpo».

-Familia:

La familia -aduce la carta- es una verdadera sociedad, que se rige por una potestad propia, esto es, la paterna. Siendo la familia lógica y realmente anterior a la sociedad civil, se sigue que sus derechos y deberes son también anteriores y más naturales.

-Propiedad privada:

Se asegura en el mismo lugar que debe rechazarse de plano esa fantasía del socialismo de reducir a común la propiedad privada, pues que daña a esos mismos a quienes se pretende socorrer, repugna a los derechos naturales de los individuos y perturba las funciones del Estado y la tranquilidad común. Por lo tanto, cuando se plantea el problema de mejorar la condición de las clases inferiores, se ha de tener como fundamental el principio de que la propiedad privada ha de conservarse inviolable.

En relación al Derecho de los obreros se afirma: «Por ello, las leyes deben favorecer este derecho y proveer, en la medida de lo posible, a que la mayor parte de la masa obrera tenga algo en propiedad. Con ello se obtendrían notables ventajas, y en primer lugar, sin duda alguna, una más equitativa distribución de las riquezas.

La violencia de las revoluciones civiles ha dividido a las naciones en dos clases de ciudadanos, abriendo un inmenso abismo entre una y otra. En un lado, la clase poderosa, por rica, que monopoliza la producción y el comercio, aprovechando en su propia comodidad y beneficio toda la potencia productiva de las riquezas, y goza de no poca influencia en la administración del Estado. En el otro, la multitud desamparada y débil, con el alma lacerada y dispuesta en todo momento al alboroto. Mas, si se llegara prudentemente a despertar el interés de las masas con la esperanza de adquirir algo vinculado con el suelo, poco a poco se iría aproximando una clase a la otra al ir cegándose el abismo entre las extremadas riquezas y la extremada indigencia.

-Visión de Estado:

Resulta altamente relevante la posición que se le otorga al Estado: «Entendemos aquí por Estado no el que de hecho tiene tal o cual pueblo, sino el que pide la recta razón de conformidad con la naturaleza, por un lado, y aprueban, por otro, las enseñanzas de la sabiduría divina, que Nos mismo hemos expuesto concretamente en la encíclica sobre la constitución cristiana de las naciones. Así, pues, los que gobiernan deber cooperar, primeramente y en términos generales, con toda la fuerza de las leyes e instituciones, esto es, haciendo que de la ordenación y administración misma del Estado brote espontáneamente la prosperidad tanto de la sociedad como de los individuos, ya que éste es el cometido de la política y el deber inexcusable de los gobernantes. Ahora bien: lo que más contribuye a la prosperidad de las naciones es la probidad de las costumbres, la recta y ordenada constitución de las familias, la observancia de la religión y de la justicia, *las moderadas cargas públicas y su equitativa distribución, los progresos de la industria y del comercio*, la floreciente agricultura y otros factores de esta índole, si quedan, los cuales, cuanto con mayor afán son impulsados, tanto mejor y más felizmente permitirán vivir a los ciudadanos. A través de estas cosas queda al alcance de los

gobernantes *beneficiar a los demás órdenes sociales y aliviar grandemente la situación de los proletarios*, y esto en virtud del mejor derecho y sin la más leve sospecha de injerencia, ya que el Estado debe velar por el bien común como propia misión suya. Y cuanto mayor fuere la abundancia de medios procedentes de esta general providencia, tanto menor será la necesidad de probar caminos nuevos para el bienestar de los obreros.

-Relación entre capital y trabajo:

De las expresiones contenidas en la Encíclica se desprende que, «...ni el capital puede subsistir sin el trabajo, ni el trabajo sin el capital. El acuerdo engendra la belleza y el orden de las cosas; por el contrario, de la persistencia de la lucha tiene que derivarse necesariamente la confusión juntamente con un bárbaro salvajismo».

-Salario:

Continúa el documento: «Cierto es que para establecer la medida del salario con justicia hay que considerar muchas razones; pero, generalmente, tengan presente los ricos y los patronos que oprimir para su lucro a los necesitados y a los desvalidos y buscar su ganancia en la pobreza ajena no lo permiten ni las leyes divinas ni las humanas. Y *defraudar a alguien en el salario debido es un gran crimen*, que llama a voces las iras vengadoras del cielo. «He aquí que el salario de los obreros... que fue defraudado por vosotros, clama; y el clamor de ellos ha llegado a los oídos del Dios de los ejércitos».

Por último, han de evitar cuidadosamente los ricos perjudicar en lo más mínimo los intereses de los proletarios ni con violencias, ni con engaños, ni con artilugios usurarios; tanto más cuanto que no están suficientemente preparados contra la injusticia y el atropello, y, por eso mismo, mientras más débil sea su economía, tanto más debe considerarse sagrada.

-Proletarios:

Por consiguiente, siendo absurdo en grado sumo atender a una parte de los ciudadanos y abandonar a la otra, se sigue que los desvelos públicos han de prestar los debidos cuidados a la salvación y al bienestar de la clase proletaria; y si tal no hace, violará la justicia, que manda dar a cada uno lo que es suyo.

De ahí que entre los deberes, ni pocos ni leves, de los gobernantes que velan por el bien del pueblo, se destaca entre los primeros el de defender por igual a todas las clases sociales, observando ínviolememente la justicia llamada distributiva.

Se habrán de fomentar todas aquellas cosas que de cualquier modo resulten favorables para los obreros. Cuidado que dista mucho de perjudicar a nadie, antes bien aprovechará a todos, ya que interesa mucho al Estado que no vivan en la miseria aquellos de quienes provienen unos bienes tan necesarios.

-Plusvalía:

Es verdad incuestionable –para la iglesia– que la riqueza nacional proviene no de otra cosa que del trabajo de los obreros.

-Administración pública:

La administración del Estado debe tender por naturaleza no a la utilidad de aquellos a quienes se ha confiado, sino de los que se la confían, como unánimemente afirman la filosofía y la fe cristiana.

-Derecho laboral:

Si alguna vez ocurre que algo amenaza entre el pueblo por tumultos de obreros o por huelgas; que se relajen entre los proletarios los lazos naturales de la familia; que se quebranta entre ellos la religión por no contar con la suficiente holgura para los deberes religiosos; si se plantea en los talleres el peligro para la pureza de las costumbres por la promiscuidad o por otros incentivos de pecado; si la clase patronal oprime a los obreros con cargas injustas o los veja imponiéndoles condiciones ofensivas para la persona y

dignidad humanas; si daña la salud con trabajo excesivo, impropio del sexo o de la edad, en todos estos casos deberá intervenir de lleno, dentro de ciertos límites, el vigor y la autoridad de las leyes. Límites determinados por la misma causa que reclama el auxilio de la ley, o sea, que las leyes no deberán abarcar ni ir más allá de lo que requieren el remedio de los males o la evitación del peligro.

Los derechos, sean de quien fueren, habrán de respetarse inviolablemente; y para que cada uno disfrute del suyo deberá proveer el poder civil, impidiendo o castigando las injurias. Sólo que en la protección de los derechos individuales se habrá de mirar principalmente por los débiles y los pobres. La gente rica, protegida por sus propios recursos, necesita menos de la tutela pública; la clase humilde, por el contrario, carente de todo recurso, se confía principalmente al patrocinio del Estado. Este deberá, por consiguiente, rodear de singulares cuidados y providencia a los asalariados, que se cuentan entre la muchedumbre desvalida.

-Descanso:

Por lo que respecta a la tutela de los bienes del cuerpo y externos, lo primero que se ha de hacer es librar a los pobres obreros de la crueldad de los ambiciosos, que abusan de las personas sin moderación, como si fueran cosas para su medro personal.

Se ha de mirar por ello que la jornada diaria no se prolongue más horas de las que permitan las fuerzas. Ahora bien: cuánto deba ser el intervalo dedicado al descanso, lo determinarán la clase de trabajo, las circunstancias de tiempo y lugar y la condición misma de los operarios. La dureza del trabajo de los que se ocupan en sacar piedras en las canteras o en minas de hierro, cobre y otras cosas de esta índole, ha de ser compensada con la brevedad de la duración, pues requiere mucho más esfuerzo que otros y es peligroso para la salud.

-Mujeres y niños:

Puesto que la actividad precoz agosta, como a las hierbas tiernas, las fuerzas que brotan de la infancia, la constitución de la niñez vendría a destruirse por completo. Igualmente, hay oficios menos aptos para la mujer, nacida para las labores domésticas; labores estas que no sólo protegen sobremanera el decoro femenino, sino que responden por naturaleza a la educación de los hijos y a la prosperidad de la familia.

-Marxismo y anarquía:

Se proclama también: «Intervenga, por tanto, la autoridad del Estado y, frenando a los agitadores, aleje la corrupción de las costumbres de los obreros y el peligro de las rapiñas de los legítimos dueños».

-Tributos:

El derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza, y, por tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común. Procedería, por consiguiente, de una manera injusta e inhumana si exigiera de los bienes privados más de lo que es justo bajo razón de tributos.

-Gremios:

La asociación de los obreros es vista con buenos ojos por la cúpula de la iglesia católica: «Es preciso que los gremios se adapten a las condiciones actuales de edad más culta, con costumbres nuevas y con más exigencias de vida cotidiana. Es grato encontrarse con que constantemente se están constituyendo asociaciones de este género, de obreros solamente o mixtas de las dos clases; es de desear que crezcan en número y eficiencia. Y, aunque hemos hablado más de una vez de ellas, Nos sentimos agrado en manifestar aquí que son muy convenientes y que las asiste pleno derecho, así como hablar sobre su reglamentación y cometido.

Existe, no obstante, la opinión, confirmada por múltiples observaciones, de que en la mayor parte de los casos están dirigidas por jefes ocultos, los cuales imponen una disciplina no conforme con el nombre cristiano ni con la salud pública; acaparada la totalidad de las fuentes de producción, proceden de tal modo, que yacen pagar con la miseria a cuantos rehúsan asociarse con ellos. En este estado de cosas, los obreros cristianos se ven ante la alternativa o de inscribirse en asociaciones de las que cabe temer peligros para la religión, o constituir entre sí sus propias sociedades, aunando de este modo sus energías para liberarse valientemente de esa injusta e insoportable opresión. ¿Qué duda cabe de que cuantos no quieran exponer a un peligro cierto el supremo bien del hombre habrán de optar sin vacilaciones por esta segunda postura?

-Sistema de previsión social:

Es incipiente la propuesta de una política de previsión social: «También se ha de proveer diligentemente que en ningún momento falte al obrero abundancia de trabajo y que se establezca una aportación con que poder subvenir a las necesidades de cada uno, tanto en los casos de accidentes fortuitos de la industria cuanto en la enfermedad, en la vejez y en cualquier infortunio».

-Conclusiones

De la encíclica *Rerum Novarum* se desprende un conjunto de materias que van a pasar a formar contenidos del hoy denominado Derecho penal económico.

En efecto: en el documento se encuentran, tanto la ideología dirigista y contralreadora del Estado -con margen para la libre contratación-, como así también, y en ciernes, materias tales como el Derecho penal laboral, el Derecho penal tributario y los primeros apuntes hacia los bienes jurídicos supraindividuales (v.gr., derechos de los trabajadores, de la clase pasiva).

c. Jurídica: *Elaboración de la primera Constitución con relevancia económica: Constitución de Weimar*

La expresión “Constitución económica” es relativamente reciente, porque las Constituciones liberales del siglo XIX (entre las que se cuenta la nacional de 1853-1860 y las primeras Constituciones provinciales) no contenían más que escasas referencias al derecho de propiedad, dejando el resto de la vida económica al juego natural de las fuerzas del mercado. Es la Constitución de Weimar de 1919 la que introduce en el ámbito constitucional una serie de disposiciones relativas al orden económico, fruto del concierto político entre liberales y socialistas. Con el estudio por parte de la doctrina alemana de los aspectos económicos de la Constitución de Weimar, nace el llamado Derecho constitucional económico, expresión ya consagrada y de común uso en Europa. Le seguirán las Constituciones italiana de 1947, la alemana de 1949, la portuguesa de 1976 y la española de 1978. En Córdoba, fue receptado por la Constitución de 1987.

Por *Derecho económico constitucional* se entiende el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico⁷.

d. Científico: *La teoría criminológica del delito de cuello blanco de Sutherland.*

⁷ BAJO – BACIGALUPO, S., DPE cit., p. 19.

A diferencia de la relación clásica entre Derecho penal y Criminología, en donde el Derecho penal brindaba la materia deóntica para el estudio empírico de la Criminología, el estudio de SUTHERLAND⁸ va a identificar empíricamente como delictivas un conjunto de conductas penumbrosas en cuanto a su calificación técnica, brindando así materia al Derecho penal. Se pregunta si los hechos transgresores de las empresas son o no delitos y, en caso de serlo, por qué no se los considera así y por qué la criminología no los ha tomado en cuenta. 1. El autor descubre que las leyes analizadas (antitrust, falsa publicidad, relaciones laborales y patentes) son penales en un sentido más fundamental que las leyes penales clásicas, en tanto contienen como delitos medio el hurto, el fraude, coerción y su afectación sobrepasa el aspecto individual. Asimismo advierte que las mismas están dotadas de sanción penal, sin perjuicio de que las mismas sean novedosas en relación a las clásicas, atento el carácter de lo que se pretende proteger.

Aquí nacen los criterios de identificación del delito con el delincuente de cuello blanco y la corrupción administrativa. Su carácter penal se oculta en procedimientos especiales diferenciales de aplicación de la ley a las corporaciones que minimiza el estigma del delito. En la sociedad primitiva el “delincuente” se identificaba con el “extraño”, mientras que en la sociedad moderna el estereotipo está limitado, en gran parte, a la clase socioeconómica más baja. 2. Encuentra tres motivos de la aplicación diferencial de la ley penal para las grandes empresas: el status del hombre de negocios –el cual produce miedo y admiración y se encuentra unido homogénea y culturalmente con los legisladores, jueces y funcionarios (en la sociedad medieval se obtuvo inmunidad por el beneficio del clero; nuestro grupo más poderoso, la obtiene por el beneficio del negocio; sólo cuando utilizan métodos del delito similares a los de la clase socioeconómica más baja, los ejecutivos son condenados)-; la inclinación hacia el no castigo, la tendencia a no usar métodos penales y el resentimiento relativamente desorganizado del público hacia los delitos de cuello blanco (muchos de los delitos de cuello blanco sólo pueden ser apreciados por personas expertas en las ocupaciones en que ocurren, los medios de comunicación no expresan los sentimientos morales organizados de la comunidad y, por otro lado, pertenecen a los comerciantes o son controlados por ellos).

A pesar de los esfuerzos por demostrar la criminalidad de “cuello blanco”, no existe un cambio en la ideología judicial. En los últimos años la teoría de la estigmatización ha demostrado que el crimen es un comportamiento mayoritario, pero las chances de llegar a ser etiquetados se distribuyen de forma muy discriminatoria y selectiva. La negación de la igualdad se halla en la propia esencia de la metodología del *labelling approach*⁹.

Por último se ha caído en cuenta que el “autor socialmente adaptado” subyace – justamente a través de su adaptación profesional- en mecanismos que podrían ser resistentes contra esfuerzos preventivo-generales. La investigación de los *delitos de cuello azul* ha acreditado que en todos los casos en que las personas viven en subculturas criminales y mal

⁸ SUTHERLAND, EDWIN, “¿Es un delito el delito de «cuello blanco?»” en *El delito de cuello blanco*, trad. ROSA DE OLMO, Universidad Central de Venezuela, 1969, pp. 29 a 46.

⁹ GARCIA-PABLOS, ANTONIO, “Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, mayo-agosto, 1983, tomo XXXVI, fasc. II, p. 253.

socializadas realizan una asimilación normativa que debe ser tomada en consideración si se quiere hacer una afirmación sobre la motivación mediante normas o amenazas de pena¹⁰.

B. CAUSAS QUE ESTABILIZARON SU VIGENCIA

El DPE se ha acentuado y recibido nuevos impulsos a partir de fenómenos sociales consolidados a mediados del siglo XX.

a. Política: *Nacimiento del Estado social*

La resultante del choque de ideas liberales, marxistas y totalitarias será una conflagración ecuménica. La segunda guerra mundial pondrá de relieve las deficiencias de las tres ideologías: El Estado liberal, con su total falta de compromiso hacia el individuo carente de propiedad; el Estado socialista, despreocupado de la autorrealización del proletario; el Estado totalitario, causante de la anulación total del acceso del súbdito a la vida pública.

A través de la Ley Fundamental alemana del 23 de mayo de 1949 nacerá un nuevo modelo de organización política: el Estado social y democrático de Derecho¹¹.

La nueva construcción tiene por objetivo rescatar, en forma dialéctica, lo mejor de la evolución orgánico-estatal: del Estado liberal asume los derechos de autonomía individual (de derecho); absorbe del Estado socialista los denominados derechos de prestación (social); mientras que, por su carácter de realización humana, garantiza los derechos del ciudadano a la participación en la vida social y política (democrático). Sin lugar a dudas, son estos últimos derechos los que permiten hablar enfáticamente de Estado democrático¹².

b. Social: *La transformación del protagonista económico: del empresario a la empresa societaria y la transnacionalización de la delincuencia económica.*

A mediados de siglo XX se produce la definitiva sustitución del empresario individual por la persona jurídica en carácter de unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Tal circunstancia trae, por vía de enlace, la licuación del componente físico soporte de la retribución penal y la división dentro de la empresa entre quienes aportan el capital y quienes dirigen la empresa. Los criterios de imputación quedan desfasados, lo cual torna indispensable la construcción de nuevos sistemas de imputación para los delitos comunes cometidos por los subordinados, la necesidad de enrostrar responsabilidad a los representantes del ente ideal y la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La nueva realidad exige de una genuina responsabilidad de la persona jurídica.

La realidad criminológica actual en materia de delincuencia económica revela una utilización masiva de la persona jurídica para llevar a cabo las infracciones delictivas o para

¹⁰ HASSEMER, WINFRIED, "Prevención general y aplicación de la pena" en *Principales problemas de la prevención general*, trad. GUSTAVO ABOSO – TEA LÖW, B. de f., Buenos Aires – Montevideo, 2004, p. 71.

¹¹ Sobre el tema, MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.

¹² HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, trad. MANUEL JIMÉNEZ REDONDO, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000, p. 143.

facilitar su ejecución, con la particularidad añadida de la creciente internacionalización de esta clase de criminalidad¹³.

c. Sociológico: *La descripción de la sociedad del riesgo*

Ha sido ULRICH BECK¹⁴ quien ha introducido el término *sociedad del riesgo* de la manera en que hoy lo conocemos, en un libro que, al decir del propio autor, «...contiene un fragmento de teoría social proyectiva y empírica, sin seguridades metódicas de ningún tipo»¹⁵. La sociedad postmoderna asume una carga de riesgo –*risikogesellschaft*– en su propia identidad que encierra una grave contradicción: el peligro de supervivencia de la especie. El proyecto de Estado del bienestar ha perdido su energía utópica al generalizarse en todo el norte. El desarrollo técnico-económico se ve superado por los riesgos que el mismo –conciente e inconcientemente– construye, tales como el colapso ecológico, las catástrofes nucleares, el envenenamiento químico o el desempleo masivo. El nivel más avanzado de las fuerzas productivas ha generado riesgos “invisibles”, como por ejemplo el no control de la radiactividad, generadora de daños irreversibles y masivos, potencial genocida de la humanidad. En síntesis: la tecnología se constituye en la mayor fuente de riesgos. La *sociedad del riesgo* no es una sociedad revolucionaria; es una sociedad catastrófica¹⁶. Mientras que las sociedades del pasado vivían bajo la permanente amenaza del peligro natural, gran parte de los riesgos a los que están expuestas las sociedades actuales tienen su origen en la propia actividad humana¹⁷. Se cree hoy que existen buenas razones para decir que la historia de las ciencias, desde sus inicios, no es tanto una historia de adquisición de conocimiento cuanto una historia de errores y corrección de faltas prácticas. La ciencia ha dejado de ser una actividad que está al servicio de la verdad para ser una actividad sin verdad y que, en cambio, se ha de propagar socialmente con el beneficio de la verdad. Cuando la ciencia investiga de acuerdo con los tabúes, en esas condiciones de “neutralidad” equívoca, contribuye a que continúe imperando en el desarrollo civilizatorio la ley de las consecuencias secundarias imprevistas. El proletariado de la sociedad mundial del riesgo vive bajo las chimeneas, junto a las refinerías y las fábricas químicas en los centros industriales del Tercer Mundo¹⁸. La sociedad de riesgo, también es una sociedad global: La globalización, se afirma en un manifiesto del movimiento antiglobalización, “es el último nombre en la historia del crimen para referirse a la acumulación de privilegios y riquezas y la democratización de la miseria y la desesperanza”. En contra de esto debemos movilizar la “internacional de la esperanza”. En este sentido, la propia globalización engendra, ciertamente, su propia oposición, variopinta e increíblemente contradictoria: anarquistas, sindicalistas, neonacionalistas, ecologistas, parados, incendiarios de centros de refugiados, pequeños empresarios, profesores, sacerdotes, obispos católicos, el Papa, comunistas, fascistas,

¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN, DPE PG cit., p. 228.

¹⁴ Véase “La Sociedad del Riesgo” ¿Que es?” en <http://www.hommodolars.cl/e107content.php?review.211> (accedido 1 de octubre de 2006).

¹⁵ BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. varios, Paidós, Barcelona, 1998, p. 16. Cursiva en el original.

¹⁶ BECK, *La sociedad del riesgo* cit., p. 30.

¹⁷ GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2005, p. 55.

¹⁸ BECK, *La sociedad del riesgo* cit., p. 47.

feministas, ultraortodoxos y fundamentalistas islámicos¹⁹. Retrocede el principio causante referido al individuo y los requisitos para comprobar la responsabilidad en los daños se colocan allí donde se pueden calcular (¡y pagar!) las alternativas (responsabilidad por el producto)²⁰. «El síndrome riesgo-peligro absorbe cada vez más atención y cada vez más comunicación. *Todas* las decisiones resultan riesgosas cuando se presenta una sensibilidad en la atribución correspondientemente desarrollada. *Sin embargo, el riesgo de unos es el peligro para los otros*»²¹. Ya en el Derecho, «[s]i uno va un paso más allá, se impone la sospecha de la preferencia para evitar el riesgo toma el lugar que hasta ahora tenía ocupado la preferencia por la decisión racional. Con el binario *riesgo-seguridad* tenemos como resultado un esquema de observación que hace posible, en principio, calcular *todas* las decisiones bajo el punto de vista de su riesgo. El conocimiento universal, según la opinión física, sólo puede obtenerse mediante la observación de los observadores. La mayor investigación no puede producir mayor seguridad, sino únicamente más inseguridad. Se debe argumentar acerca de los riesgos en el medio de lo únicamente probable o improbable de manera que nadie puede estar seguro; cuando mucho puede estar seguro de que tampoco el otro lado de una controversia puede estar seguro.

La *sociedad del riesgo* contiene una tendencia expansiva de atribución de responsabilidad. En sus confines el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad²².

C. SITUACIÓN EN LATINOAMÉRICA:

Aunque los primeros apurtes del DPE latinoamericano coinciden aproximadamente con el florecimiento de la materia en Europa, la causa esencial de su aparición fue la necesidad de estímulo de políticas de desarrollo más que un remedio anticrisis como sucedió en el Viejo Continente²³. La actualidad nos muestra procesos de regionalización en ciernes, nula actividad política y escasa actividad científica, de carácter interestadual, cuyo fin sea lograr un acercamiento doctrinario y la unificación de las normas básicas de este sector del Derecho penal.

IV. CARACTERES

El DPE tiene seis caracteres distintivos: es *prevalecientemente accesorio, dinámico y variable, adscripto al principio de solidaridad, propiciador de vías diferentes a la binaria o dualista de pena y medida de seguridad, de estrecha vinculación con el Derecho penal procesal económico y de relación tensa con los principios del DP nuclear*

A. PREVALECIENTEMENTE ACCESORIO

¹⁹ Cfr. BECK, ULRICH “La paradoja de la globalización” en [http:// www.globalizacion. org/biblioteca /BeckParadojaGlobalizacion.htm](http://www.globalizacion.org/biblioteca/BeckParadojaGlobalizacion.htm).

²⁰ LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del riesgo*, trad. varios, Universidad Iberoamericana – Universidad de Guadalajara, México, 1992, p. 217.

²¹ LUHMANN, ob. cit., p. 155. Cursiva en el original.

²² ALCÁCER GIRAO, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 04-08 (2002), p. 7 (disponible en <http://criminet.ugr.es/redpc>).

²³ RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos económicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 150 y ss.

El DPE argentino es prevalecientemente accesorio, en tanto y en cuanto la legislación que lo recepta se encuentra mayoritariamente esparcida en leyes de otras ramas jurídicas (ej., Código aduanero), en leyes especiales (v.gr., ley penal tributaria) y, en mucha menor medida, el Código Penal.

B. DINÁMICO Y VARIABLE

El DPE sigue el ritmo de transformación de la legislación que le sirve de base para castigar las conductas socialmente intolerables. Debe tener una construcción flexible que permita su rápida actualización a las novedades que se producen en el mundo económico. Es por eso que en este ámbito la apelación llana y sin medias tintas a los tipos penales en blanco y a los elementos normativos jurídicos es la regla.

C. ADSRIPTO AL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Por ser derivación del Estado social se encuentra fuertemente relacionado con el principio de solidaridad. La vertiente social acentúa los deberes positivos con respecto a la exclusiva limitación de los deberes negativos (basados en la autonomía) del Estado liberal y su consecuente derecho penal. Ello trae aparejado consecuencias de peso en el ámbito dogmático. El principio aludido no se sustenta en el *neminem laedere*, sino en la existencia de determinadas instituciones basamentales para la vida social, desde las cuales surge un deber de fomento y mantenimiento de las mismas. El fundamento del deber surge, entonces, no debido a la relación negativa de la acción realizada con el bien, sino a una vinculación positiva y previa entre el agente y la institución, enlace basado en la solidaridad en cuanto expresión de un mundo común y, por tanto, en el deber de sus miembros de mantener la continuidad sin cambios de la institución. Importantes sectores del Derecho penal económico como es la protección de la hacienda pública (Derecho penal tributario) o la del ecosistema (Derecho penal ambiental²⁴) se inscriben en el entrelazamiento de sus fundamentos con este principio básico. El daño cumulativo, por caso, es consecuencia directa del principio de solidaridad.

No ha de sorprender, entonces, la proliferación, en este ámbito, de los delitos especiales, los de omisión, tanto propios como impropios, y los elevados a la categoría del peligro abstracto -cuando *prima facie* son meras infracciones administrativas-, como tampoco la “devaluación” de la relación de causalidad como presupuesto de la imputación normativa.

D. PROPICIADOR DE VÍAS DIFERENTES A LA BINARIA TRADICIONAL DE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

En el DPE se observa la introducción de la reparación como *tercera vía*. Frente al sensiblemente menor clamor social ante hechos que ofenden bienes jurídicos mediatos del individuo, resulta un campo altamente propenso a la búsqueda de estas nuevas soluciones. En

²⁴ Crítico de la protección dada por el Derecho penal a este sector (ALCÁCER GIRAÓ, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología* cit., p. 28).

la actualidad se afirma que se encuentra receptada en el art. 16 de la ley nacional n° 24.769 – régimen penal tributario²⁵.

Asimismo se propone, a título de *cuarta vía*, la introducción de las denominadas *consecuencias accesorias* como modalidad destinada a alcanzar a las personas jurídicas beneficiadas por hechos delictuosos de carácter económico a través de sanciones concretas. Aun cuando, al igual que las medidas de seguridad, se sustentan en la peligrosidad, un sector de la doctrina estima que la diferencia se funda en que las medidas de seguridad se aplican a personas que han delinquido y que encierran el peligro de volver a delinquir, mientras que las consecuencias accesorias se aplican a cosas (armas, efectos del delito, beneficios obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que los utilizan²⁶. El único límite a su imposición legal se encontraría en el principio de proporcionalidad y el respeto por los principios que rigen el proceso penal acusatorio²⁷.

E. VINCULACIÓN ESTRECHA CON EL DERECHO PENAL ECONÓMICO PROCESAL

En el desarrollo de la esfera del moderno Derecho penal económico –expresa VOLK²⁸– se ha llegado a la conclusión de que las cuestiones procesales, como justamente, por ejemplo, la “posibilidad de probar” una conducta, modifican al Derecho material. Sin embargo, por ahora, esta forma de ver las cosas ha quedado limitada a la Parte Especial del DPE. Así, por ejemplo, a fin de evitar las complicadas cuestiones de prueba que producen los delitos de resultados el legislador retrotrae la protección a la mínima afección permitida constitucionalmente, al delito de peligro abstracto no genuino, requiriéndose solamente la comprobación de la mera conducta.

Un fenómeno por demás vinculado al DPE es el de *principio de proporcionalidad inversa entre la elaboración de figuras flexibles y la posibilidad de acreditar los hechos a subsumir en aquellas*: «...cuantas menores responsabilidades se tiene en la puesta en práctica de las leyes o reglamentos penales, más fácilmente se establecen regulaciones de

²⁵ MAIER, JULIO B. J. – BOVINO, ALBERTO, “Ensayo sobre la aplicación del artículo 14 de la ley 23.771 ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?” en MAIER, JULIO B. J. comp., *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 90. También, ROXIN, CLAUS, “La reparación en el sistema de los fines de la pena” en *De los delitos y de las víctimas*, trad. JULIO MAIER – E. CARRANZA, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 131 y ss.

²⁶ MIR PUIG, SANTIAGO, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, 06-01, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, p. 4. Algunos la consideran una medida de seguridad, pero reformulando los principios que rigen el instituto (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, en A.A.V.V., *Derecho penal económico*, en la serie Manuales de Formación Continuada del C.J.P.J., n° 14, pp. 342 y ss.; también p. 347.

²⁷ Obsérvese la paradoja del garantista: se enfatiza *societas delinquere non potest!*; luego se afirma la posibilidad de aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas; por último, al no tratarse de una persona física, se la priva de una estructura de análisis dogmática semejante a la dispuesta para la persona de carne y hueso y, de ese modo, se aplica lo que supuestamente no se podía aplicar; ahora, sin cortapisa garantístico alguno.

²⁸ VOLK, “La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción?” en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, trad. EUGENIO SARRABAYROUSE, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 145.

carácter simbólico, políticamente ventajosas para quienes las aprueban, y demoledoras de la capacidad de gestión para quienes han de aplicarlas»²⁹.

F. TENSION CON EL DERECHO PENAL NUCLEAR

Existe una situación de tensión con el Derecho penal tradicional al intentar proyectar sobre los nuevos delitos económicos unos principios generales de imputación y unas estructuras dogmáticas que fueron elaboradas para la exégesis de los delitos tradicionales, cuando el Derecho penal era producto del nudo Estado liberal, basado en el principio de autonomía (*neminem laedere*), fundado en la responsabilidad por organización; cuando todavía no había iniciado siquiera su moderna fase de expansión a la tutela de nuevos bienes jurídicos como expresión de la recepción del Estado social, el principio de solidaridad y la competencia institucional y, actualmente, como resultado de la sociedad del riesgo. El DPE debe acomodar los tradicionales principios de imputación a las características de los nuevos delitos e incluso, crear, excepcionalmente, nuevas estructuras de imputación³⁰. Más aún, en este sector se produce el fenómeno de la *técnica de nivelación*. Se equipara tentativa y consumación, dolo e imprudencia, autoría y participación. Las delicadas y sutiles técnicas dogmáticas resbalan ante estos bloques monolíticos³¹.

V. RELACIONES CON EL DERECHO PENAL NUCLEAR ¿EXCEPCIONALIDAD O ESPECIALIDAD?

El DPE sería una normativa de *excepción* si el Derecho penal siguiera actuando como repositorio de principios que recobran su imperio toda vez que el legislador no los haya derogado en forma *expresa*. Si por el contrario, se admite como suficiente la derogación *implícita*, estaríamos ante un Derecho *especial*.

El CP, en su art. 4º, reza: *Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario*.

Si nos atenemos a un criterio estrictamente positivo, no quedan dudas que, atento encontrarse legislado en su mayor parte, en leyes particulares, la legislación penal económica es *especial* en relación al Derecho penal nuclear. Ley especial deroga a ley general (*lex specialis derogat legi generali*). Resumiendo: los principios generales del CP son aplicables, en tanto y en cuanto la ley especial no disponga lo contrario, o surja de manera clara la incongruencia entre esa ley y el Libro Primero del digesto³² (i.e.; art. 20, ley nacional n° 19359 –Régimen penal cambiario-; art. 32, ley nacional n° 22362 –Marcas y designaciones-; art. 56, ley nacional n° 25156 –Defensa de la competencia-).

VI. RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

²⁹ Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2007, p. 125.

³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN, DPE PG cit., pp. 22 y 28.

³¹ VOLK, *La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción?* cit., pp. 149 y 150.

³² Fallos, 269:534. LAJE ANAYA, JUSTO y LAJE ROS, CRISTÓBAL, *Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 2001, p. 29.

En Argentina tuvo amplia acogida la *distinción cualitativa* entre delito y contravención. La recepción se dio a partir de la idea elaborada por la escuela toscana, según la cual el *delito* es un hecho moralmente reprobable que ofende los derechos naturales o los principios de la ética universal y las *contravenciones* se reprimen por meras razones de utilidad pública³³; pasando por el pensamiento de JAMES GOLDSCHMIDT para quien el delito criminal (*damnum emergens*) es un hecho ilícito cuya tachabilidad arraiga en la moral dominante, porque lesiona o pone en peligro derechos subjetivos u otros bienes de cultura jurídicamente protegidos -su represión incumbe a la justicia penal-, mientras que el delito administrativo (*lucrum cessans*)³⁴ no se proyecta en la conciencia jurídica o moral y representa una ofensa a simples intereses administrativos declarados administrativamente -de ahí que el derecho de castigarlo compete a la autoridad administrativa-³⁵. La pena administrativa no es pena de corrección o de seguridad, pero tampoco una mera pena de intimidación; la pena administrativa es, más bien, una simple pena de orden³⁶. En estos presupuestos se basaba la teoría de derecho penal administrativo -no confundible con un derecho penal de bagatelas³⁷- la cual podía ser expresión de determinada realidad legislativa o constituir un postulado dirigido al legislador para que ponga límites al Derecho criminal y no incluya en él las infracciones que no estuvieran³⁸ referidas al valor de la justicia, sino al valor del bienestar público. Con estos prolegómenos poco camino quedaba para insertar esta posición en un marco altamente favorable como lo era la teoría de potestades reservadas (regla) y delegadas (excepción) por las provincias a la Nación (CN, art. 75, inc. 12), propio de nuestro sistema de gobierno, sirviendo la distinción entre delitos y contravenciones también -según sus defensores³⁹- para preservar el federalismo y para evitar una mala confusión de la legislación federal con la común.

Cierto es que hoy el axioma de potestades reservadas y potestades delegadas tal como se lo presentaba en esos tiempos ha sido defenestrado. Existen materias como la procesal penal en la que se observa un paulatino reconocimiento a la necesidad de una legislación para todos los Estados que provenga de los organismos legislativos nacionales.

³³ CARRARA, FRANCESCO, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. S. SOLER – R. NÚÑEZ – E. GAVIER, Depalma, Buenos Aires, 1944, I, § 150.

³⁴ Sobre las denominaciones en latín, SCHMIDT, EBERHARD, *Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania*, trad. WERNER GOLDSCHMIDT, en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N^{os} 3-4, 1951, Ediar, Buenos Aires, p. 283.

³⁵ Sobre el tema, GAVIER, ERNESTO, “James Goldschmidt y el derecho penal administrativo” en *El derecho penal administrativo*, UNC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1946, p. 18.

³⁶ Lo expresa SCHÖNKE, ADOLF, “La doctrina de derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana” en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N^{os} 3-4, 1951, Ediar, Buenos Aires, p. 298.

³⁷ Véase GOLDSCHMIDT, JAMES y ANDERS, GEORG, “Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del derecho penal al delito administrativo” en *El derecho penal administrativo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, 1946, p. 52.

³⁸ Lo expone GOLDSCHMIDT, ROBERTO, “La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos” en *La Ley*, t. 74, secc. Doctrina, p. 845.

³⁹ NÚÑEZ, RICARDO, “La cuestión de los delitos y las contravenciones –su base constitucional–” en *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología* N^o 6, ps. 39 y ss. Reproducido también en *Manual de derecho penal. Parte General*, act. ROBERTO SPINKA y FÉLIX GONZÁLEZ, Lerner, Córdoba, 1999, p. 40. Siguen este pensamiento, LAJE ANAYA, JUSTO y GAVIER, ENRIQUE, *Notas al Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 2000, I, p. 2, nota 5 al artículo 1^o. Una posición ecléctica en CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1996, § 18, p. 20.

En cuanto a la posición que distingue entre delitos y contravenciones, así como en Alemania hoy se rechaza de plano las ideas vertidas por JAMES GOLDSCHMIDT en su *Das Verwaltungsstrafrecht*⁴⁰, en la Argentina la mayoría de los autores se oponen a la diferencia que aquel autor proclamó y fue seguida por parte de nuestros juristas a mediados del siglo pasado. No existe diferencia sustancial entre estos dos tipos de sanciones.

Sin embargo, la acogida que tuvo la posición contraria derivó en la proliferación de reglas legales violatorias del principio constitucional *ne bis in idem* (CN, art. 75, inc. 22 y CADDHH, art. 8º, inc. 6º; PIDDCP, art. 14, inc. 7º)⁴¹. En nuestro ordenamiento no es extraño encontrar en leyes especiales asertos tales como: *Las sanciones aplicables en virtud de esta ley no excluyen las que puedan corresponder por delitos previstos en el Código Penal u otras leyes* (e.g., art. 63, ley nacional n° 20091 –De los aseguradores y su control–; art. 150, ley nacional n° 24241 –Sistema integrado de jubilaciones y pensiones; art. 17, ley nacional n° 24769 –Régimen penal tributario).

VII. CRÍTICAS

El DPE, por ser Derecho penal accesorio, se encuentra sometido a las mismas diatribas que el bloque que compone. Además, por sus características particulares, ha sido sometido a otro tipo de anatemas.

A. GENERALES

Entre las críticas comunes –al bloque– se cuentan principalmente aquellas que surgen de su íntima vinculación con lo que se ha dado en llamar *Derecho penal del riesgo*.

Se denomina “Derecho penal del riesgo” a aquel cuyo objetivo es tridimensional: preservar el futuro luchando contra los nuevos grandes riesgos⁴², adquirir un carácter de dirección global o social a través de la protección de bienes jurídicos universales, mediante los delitos de peligro abstracto⁴³ y, por último, incidir en la sociedad como Derecho penal simbólico. Del modo expresado lo denominan, en general, los detractores, mientras que sus defensores lo designan con el nombre “Derecho penal de la seguridad”.

El Derecho penal de riesgo pretende tutelar condiciones o estándares de seguridad necesarios para la estabilidad del sistema⁴⁴. Se admite de manera expresa la inidoneidad del concepto de bien jurídico como elemento nuclear de una teoría del aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal⁴⁵.

⁴⁰ Por todos, ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte General* [en adelante, DP PG], trad. D. Luzón Peña – M. Díaz y García Conlledo – J. De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 2/4.

⁴¹ En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL – BACIGALUPO, SILVINA, *Delitos tributarios y provisionales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 29.

⁴² Haciendo preponderar este carácter, DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., “Tipificación del riesgo y delitos de peligro” en *Revista de Derecho Penal – Delitos de peligro – I*, dir. DONNA, EDGARDO ALBERTO, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2007-2, p. 127.

⁴³ NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador” en *Pensamiento penal y criminológico*, año VI, n° 10, 2005, Mediterránea, Córdoba, p. 167.

⁴⁴ NAVARRO CARDOSO, lug. cit., p. 181.

⁴⁵ NAVARRO CARDOSO, lug. cit., p. 182.

1. Inflación penal

Se ha afirmado que: «El ámbito principal donde se produce la renovación del Derecho penal es en la Parte Especial, ya sea en el Código Penal o en las leyes penales complementarias. Las reformas no consisten en una desincriminalización, sino en una ampliación e incorporación de nuevos tipos penales. Los ámbitos principales en las cuales se produce esta ampliación son: medio ambiente, DPE, protección de datos, drogas, impuestos y comercio exterior».

Lo ha corroborado LUIGI FERRAJOLI: «A la excepción del terrorismo, por otra parte, se han añadido en los años ochenta muchas otras excepciones: la mafia, la camorra, el tráfico internacional, la alta delincuencia económica y financiera, la corrupción política y administrativa»⁴⁶.

No somos ajenos a los fenómenos relevados en Alemania e Italia. En clara actitud importadora, nuestro poder legislativo nacional se nutre de dichas innovaciones, transfiriéndolas al mercado jurídico interno. Entre las causas que producen el fenómeno se encuentran: el nacimiento de nuevos intereses cuya trascendencia social sólo es advertida desde hace unos pocos años; el desarrollo de la economía; la aparición de las denominadas *nuevas tecnologías* y la elevación de la *seguridad* a bien jurídico independiente⁴⁷.

2. Crisis del principio de subsidiariedad

Se lo critica sosteniendo que el DPE debe ajustarse rigurosamente a los postulados del Estado de Derecho. Antes que una expansión desmedida de los instrumentos penales, se proponen alternativas que permitan mantener el núcleo histórico liberal de la legislación penal.

Como antes dijimos, a principios de siglo, bajo la teoría de la distinción *cualitativa* entre delito (*mala in se*) y contravención (*mala quia prohibita*), se insinuaba la existencia de un Derecho penal administrativo a donde quedaba comprendido el DPE. Reconocida mayoritariamente la teoría de la diferencia *cuantitativa*, la distinción pierde su valor.

En la actualidad, se promociona una suerte de Derecho *de intervención* o de *segunda velocidad*⁴⁸, configurado como un Derecho sancionador situado a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho de contravenciones o de infracciones al orden; entre el Derecho público y el Derecho civil. Se caracterizaría por contener garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho penal, pero como contrapartida, dispondría de sanciones de menor entidad que este último⁴⁹. La idea aparece como la

⁴⁶ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, trad. varios, Trotta, Madrid, 1997, p. 819.

⁴⁷ RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, “Retos actuales de la Política criminal y la dogmática” *Conferencia dictada en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho penal dictada por U.N.L. –U.N.C. (Córdoba, Argentina)*, 2003, pp. 4 y 5.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 124 y ss. También se habla hoy de un Derecho penal de *tercera velocidad*, más riguroso, relacionado con la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta o reiterada, la criminalidad organizada, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo (Cfr. Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada* cit., p. 182).

⁴⁹ HASSEMER, WINFRIED – MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1995.

instalación de un *mini* Derecho penal con *mini* garantías frente a la potestad represiva del Estado.

3. Proliferación de delitos de peligro abstracto

La sociedad del riesgo, la sociedad postindustrial, de la que antes hablamos ha producido una retrogradación en los parámetros de la afectación al bien jurídico en holocausto a *standars* de seguridad ciudadana sensiblemente anteriores. Se ha producido un corrimiento desde el delito de lesión al delito de peligro abstracto⁵⁰. La tendencia parece irreversible⁵¹. Se abre camino la punición de comportamientos en base al *principio de precaución*⁵².

Aseguran FIANDACA-MUSCO: «...los delitos de peligro han mostrado una relevante expansión en tiempos recientes, a causa de dos fenómenos. La continua evolución tecnológica ha producido el aumento del número de las actividades peligrosas, pero socialmente útiles, para las que resulta oportuna la promulgación de normas cautelares penalmente sancionadas, dirigidas a impedir que el riesgo se transforme en daño. Entre tanto, al progresiva adopción que hace el Estado de funciones, de naturaleza solidaria ha inducido al legislador a *anticipar* al nivel de la simple puesta en peligro la tutela de algunos bienes particularmente importantes para la colectividad»⁵³.

Debe sumarse a la mencionada situación mencionada la tendencia del DPE a la protección de bienes jurídicos supraindividuales. Esta especie de objetividad jurídica dificulta sobremanera concretar un substrato empírico susceptible de afectación causal. Ergo, las diferencias entre peligro y lesión se diluyen⁵⁴.

La teoría de la *acumulación delictiva*, por su parte, mezclada con la posibilidad cierta de un daño irreversible para la humanidad, ha puesto de manifiesto la necesidad de reprimir la conducta en estadios previos a la lesión atento a que ésta podría ser ilevantable y catastrófica. El delito de peligro abstracto se desembaraza del resultado material en que se realiza el peligro estadístico de la violación del deber de cuidado (delito culposo) y adquiere autonomía. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse en forma despreocupada no es racionalmente aprovechable⁵⁵. La teoría de la *acumulación delictiva* (*Kumulationsdelikt*) ha contribuido a la justificación de esta clase de

⁵⁰ Sobre su difusión histórica, SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, “Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto” en *Revista de Derecho Penal – Delitos de peligro – I*, dir. DONNA, EDGARDO A., Rubinzal – Culzoni, 2007-2, p. 119.

⁵¹ JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. CANCIO MELIÁ – B. FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, p. 30.

⁵² Díez RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada* cit., p. 136.

⁵³ FIANDACA, GIOVANNI – MUSCO, ENZO, *Derecho Penal. Parte General*, trad. LUIS NIÑO, Temis, Bogotá, 2006, p. 210. La cursiva en el original.

⁵⁴ ALCÁ CER GIRAO, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología* cit., p. 6.

⁵⁵ Remito a la siguiente bibliografía: KINDHÄUSER, URS, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico” en *Hacia un derecho penal económico europeo*, trad. FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pp. 443 a 452.

figura delictiva. El fundamento de la pena, en este pensamiento, no es ya el injusto individual, medido por el nivel de menoscabo en los bienes jurídicos de otro, sino la desobediencia en masa⁵⁶. En realidad, se trata exclusivamente de un deber de obediencia de naturaleza administrativa, cuyo incumplimiento es elevado, “por consideraciones de prevención general”, a la categoría de injusto con merecimiento y necesidad de pena. Desde este presupuesto de imputación –explica ALCÁCER⁵⁷– no es preciso ni siquiera un peligro abstracto y *actual* para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas (*in iniuria tertii*), y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de reproche penal. El criterio de imputación basado en el daño acumulativo, pues, sólo puede justificarse en el presupuesto axiológico de la necesidad y merecimiento de protección de las generaciones futuras como cometido del Derecho penal.

«También existen bienes colectivos o supraindividuales –aducen FIANDACA – MUSCO–, tales como el ambiente o la economía pública que, por su naturaleza, pueden ser lesionados tan solo por conductas *acumulativas*, es decir, varios comportamientos que se repiten en el tiempo, de manera que resulta imposible probar que una conducta típica *en particular* sea idónea para, por ejemplo, afectar la integridad del ambiente o provocar un desequilibrio en las finanzas públicas»⁵⁸.

4. Manifestación de ideologías de izquierda

Con esta expresión no se alude a un supuesto pensamiento neomarxista, sino a aquellos sectores sociales marginados en relación a la estructura dominante como, por ejemplo, los pobres, las mujeres, los homosexuales, etc.

Existía una excesiva confianza en que la equiparación de estos sectores con sus antagónicos traería como consecuencia la reducción del Derecho penal.

La realidad ha demostrado que el ascenso de estos sectores, lejos de producir la disminución de la materia punitiva, la ha potenciado de tal modo que frente una legislación penal para el grupo marginal aparece una de sentido contrario en contra del grupo, otrora dominante. De esta manera, el Derecho penal se multiplica en forma exponencial.

5. Nacimiento de un Derecho penal simbólico

Se ha producido un creciente aumento de amplios sectores del Derecho penal con una eficacia puramente simbólica. Como expresa HASSEMER⁵⁹, «...cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por los menos, la ganancia política de

⁵⁶ NESTLER, CORNELIUS, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes” en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. GUILLERMO BENLOCH PETIT, Comares, Granada, 2000, p. 76.

⁵⁷ ALCÁCER GIRAÓ, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños acumulativos” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología* cit., p. 9.

⁵⁸ FIANDACA – MUSCO, lug. cit., p. 214. La cursiva en el original. NAVARRO CARDOSO, op. cit., p. 179.

⁵⁹ HASSEMER, WINFRIED, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz” en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 90.

haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídicos penales».

B. PARTICULARES

Al DPE también se le hacen críticas específicas.

1. Nebulosos contornos conceptuales

No existe una clara distinción entre este sector del Derecho penal y el resto del denominado Derecho penal accesorio nacido a la sombra de la evolución científica y tecnológica. Existen amplias zonas de penumbra en las que resulta harto difícil la distinción.

2. Globalización

El DPE promueve la transnacionalización de la materia penal. El delito económico no respeta frontera y requiere de una justicia que no tenga límites geográficos y cierta uniformidad en los criterios de imputación a aplicar a los responsables de este tipo de ilícitos. De este modo se relativiza el concepto *soberanía*, siendo la aldea global el territorio por antonomasia en donde se producen estos fenómenos delictuales. Los acuerdos internacionales llevan hoy a hablar de un principio territorial regional.

Se ha pronosticado: «Una de las cuestiones que ha de presentarse con mayor intensidad en el Derecho penal del futuro es su mundialización o, al menos, el de su relación con el acelerado movimiento económico de la globalización y su incidencia en el respeto de los derechos humanos desde una perspectiva de compromiso mundial»⁶⁰.

VIII. CONTENIDOS:

Los criterios para determinar el contenido del DPE se distinguen en criterios de primero y segundo grado, según pretendan precisar materialmente cuáles son los elementos que lo componen (criterios sustantivos) o, por el contrario, mediante procesos aglutinantes legislativos (criterios procesales)

A. CRITERIO ESTRICCIÓN

En principio se entendía que la materia propia del DPE era la legislación vinculada a la regulación de precios de los bienes de primera necesidad social.

B. CRITERIO ESTRICCIÓN: LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONÓMICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Las primeras aproximaciones rigurosas al DPE consideraron que en esta parte quedaba atrapado el Derecho penal administrativo (diferenciación cualitativa entre Derecho

⁶⁰ MORILLAS CUEVA, LORENZO, "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro" en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología* 04 – 06 (2002), p. 18 (disponible en <http://criminetugr.es/redpc>).

penal común y Derecho penal contravencional) destinado a asegurar la intervención del Estado en la regulación y control de la Economía nacional.

Se destacaban aspectos particulares: regular la programación económica ya sea por concierto entre las fuerzas intervinientes o por decisión unilateral del Estado; fijar las normas que debía ajustarse la competencia; regular y fiscalizar el ingreso de capitales extranjeros en el país y su incidencia en la economía nacional; intervenir en el campo de la banca regulando el uso del crédito y su destino, tasa de interés y emisión de valores mobiliarios; control de precios, en especial de los artículos de primera necesidad⁶¹.

C. CRITERIO AMPLIO: INTERESES DIFUSOS O GENERALES COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO MEDIATAMENTE

En esta fase de la evolución, además, de abarcar la normativa relacionada por la protección de la intervención del Estado en la Economía, se comprende toda la vinculada a la producción, distribución y consumo de bienes. No obstante, aparece como criterio limitador la necesidad de un bien jurídico protegido, por lo menos de modo mediato, de carácter supraindividual, sea este de carácter general (todos los ciudadanos) o difuso (sector determinado de ciudadanos).

Existen autores que, entre aquellos bienes mediatos a proteger en el espectro del DPE introducen al medio ambiente: «...ya no se trata sólo de una cuestión de calidad de vida, sino que se ha advertido que está en juego la existencia biológica del hombre y su ambiente...»⁶². Existe un alto riesgo «...para el ecosistema de la tierra»⁶³. Se vaticina que «[l]a evolución del Derecho penal ambiental tendrá también en el futuro objeciones tanto del lado de la economía como de la dogmática penal. Sin perjuicio de ello, el tema debe analizarse sobre la base de una toma de conciencia de la responsabilidad que nos compete frente a futuras generaciones para la recepción del natural fundamento de la vida del hombre»⁶⁴.

D. CRITERIOS CRIMINOLÓGICOS: A. DELITOS DE CUELLO BLANCO; B. DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El parámetro criminológico tiene en cuenta al sujeto activo del delito económico.

El criterio *stricto* refiere este sector al *white collars crimes* (delito de cuello blanco) y al *corporate crime* (delito empresarial).

El criterio *amplio* agrega el *blue collars crimes* (delito de cuello azul) en donde se pretende introducir al funcionario o empleado público en el ámbito de la criminalidad económica⁶⁵.

E. CRITERIOS VINCULADOS A LA EMPRESA

⁶¹ CAFURE DE BATISTELLI, MARÍA E., “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico” en *Cuadernos de los Institutos* n° 129, F.D.C.S., U.N.C., Córdoba, 1976, p. 103.

⁶² ESER, ALBIN, “La nueva evolución del Derecho penal económico” en *Revista de Derecho Penal*, 2000-2, Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 50.

⁶³ STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed. alemana, 2ª ed. castellana, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ – MARCELO SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 9 (Prólogo).

⁶⁴ ESER, lug. cit., pp. 55 y 56.

⁶⁵ Cfr. ESER, ALBIN, lug. cit., p. 41. Con una concepción más amplia del delito de cuello azul, HASSEMER, WINFRIED, *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz* cit., p. 88.

Aquí suelen incluirse delitos ubicados en el ámbito del Derecho penal clásico pero que, por cometerse por este sistema organizativo, se lo ubica en el sector del DPE. La *empresa*, en este sentido, es una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos a su vez coordinados entre sí.

La delincuencia empresarial comprendida es la que se deriva de una empresa que, en su actividad, comete también conductas ilícitas. Quedan fuera tanto aquellos casos en que se crean empresas para la eludir el cumplimiento de la ley (corrimiento del velo) y aquella que incide en contra de la misma empresa. La *criminalidad de empresa* –expresa SCHÜNEMANN⁶⁶–, como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa –o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa–, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa.

La doctrina denuncia cuatro problemas vinculados a este cartabón: la responsabilidad por el delito impropio de omisión, la responsabilidad del representante, la responsabilidad por infracción a un deber de vigilancia y la responsabilidad propia del ente.

F. CRITERIO DE LOS MODERNOS INSTRUMENTOS DE LA VIDA ECONÓMICA

Se propone en la actualidad extender la materia penal económica a los denominados modernos instrumentos de la vida económica, entre los que se destacan documentos como el cheque, las tarjetas de débito, crédito y compra, la informática, las modernas formas de contratación (*leasing*, fondos comunes de inversión, transferencia de tecnología, etc.).

G. CRITERIOS PROCESALES: A. PRUEBA COMPLEJA; B. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

La pauta de la *prueba compleja* acude a la dificultad en la tarea de obtener elementos de prueba que sirvan para el esclarecimiento y sanción del hecho delictuoso.

El parámetro de la *organización judicial* atiende a la creación de determinados organismos de carácter judicial destinados a la investigación, esclarecimiento y sanción de un conjunto de delitos que discrecionalmente se introducen en él.

H. DELITOS CONEXOS

Se suman al DPE los delitos vinculados mediatamente a la afectación de un bien jurídico supraindividual de carácter económico, por vinculación objetiva o subjetiva con un delito de estas características, a la estricta materia penal económica⁶⁷.

IX. TEORÍA DE LA LEY

Dos temas que deben resolverse en este sector: la aplicación de la ley y su interpretación⁶⁸.

⁶⁶ SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal* cit., pp. 17 y 19.

⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPE PG cit., p. 37.

A. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El DPE reúne una calidad que relativiza al principio de legalidad, en su subcorolario de *lex certa*: la proliferación de tipos penales en blanco. En efecto, rara es la familia delictiva en la que no pueda encontrarse un ejemplo de alguno de los fenómenos antecitados que remitan al intérprete a otros preceptos extrapenales. Las modalidades de remisión son: leyes penales en blanco expresas, leyes penales en blanco concluyentes (que comprenden los elementos normativos jurídicos y las cláusulas de autorización).

Es que en el DPE «[e]s difícil para el legislador cubrir todas las posibles formas delictivas, ya que la fantasía criminal en el explotación de nueva tecnología, le va pisando los talones»⁶⁹.

Y en esto vale una aclaración: no es que el Derecho penal no haya utilizado asiduamente de este recurso. Incluso en las figuras más rústicas se los encuentra (v.gr., en el homicidio el concepto *muerte*). Lo que sucede es que en el DPE su manipulación es totalmente desembozada.

B. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

1) Según *la mayor o menor relativización del principio de legalidad* existen dos conceptos diferentes de ley penal en blanco: a) Propias: son leyes penales que remiten a una instancia inferior a la ley, bien sea ésta una norma administrativa de rango inferior (un reglamento), bien sea una disposición particular o bien sea, en fin, un acto administrativo de una autoridad (Régimen penal cambiario, art. 1º, inc. b: *Operar en cambio sin estar autorizado a tal efecto*); b) Impropias: la nomenclatura abarca todos aquellos casos en que la ley penal se remite a otra norma extrapenal que posee el mismo rango de ley (sistema integrado de jubilaciones y pensiones, art. 138) o a otra instancia de mayor rango (Constitución Nacional, Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional).

2) En relación *a dónde se encuentre el mandato de determinación*, se las divide en: a) Genuinas: en este caso la infracción de la norma extrapenal se encuentra en la instancia a la que remite la ley penal (CP, art. 84; 206); b) No genuinas: La infracción de la norma extrapenal se encuentra en la propia norma penal y la remisión es sólo a elementos jurídicos diversos que componen la figura (CP, art. 266).

3) De acuerdo *al grado de remisión*, se clasifican en: a) Totales: Aquí existe absoluta ausencia de concreción en el tipo penal, de forma tal que éste se restringe a establecer la sanción y relega la definición de toda la esfera de lo punible a una instancia diferente (Régimen penal cambiario, art. 1º, inc. f); b) Parciales: Sus rasgos característicos están en la circunstancia de que el legislador penal remite a otras instancias, únicamente en relación a algunos aspectos del tipo delictivo (Régimen penal aduanero, art. 864, inc. b).

4) Respecto de la *movilidad de la disposición* a la que se remite se habla de remisión: a) Estática: en esta hipótesis se realiza a una concreta disposición extrapenal con la redacción existente en el momento de la creación de la referida disposición objeto de remisión, de tal

⁶⁸ Cfr. BALCARCE, FABIÁN, Separata “El Derecho penal económico como exigencia curricular” en *Ley, razón y justicia*, Neuquén, año 4, n° 6, enero-julio de 2002, dir. JOSÉ D. CESANO – MARCELO LÓPEZ MESA, Alveroni, Córdoba.

⁶⁹ ESER, lug. cit., p. 43.

suerte que una futura modificación de ésta carece totalmente de efectos y no altera el régimen originario de remisión; b) Dinámica: cuando se entiende efectuada a la redacción que se halle vigente en cada momento en la instancia de remisión (Régimen penal cambiario, art. 1, inc. f; Delitos aduaneros, art. 863).

5) En lo que se vincula a la *factibilidad de reenvío*, la ley penal en blanco puede ser: a) De primer grado: la que se lleva a cabo directamente, sin ulteriores remisiones, a una determinada disposición extrapenal; b) De segundo grado: es aquella que, siendo en sí misma objeto de remisión por parte de una ley en blanco de primer grado, reenvía a su vez a una tercera disposición para completar la materia punible (De los aseguradores y su control, art. 58, primer párrafo).

6) Por último, teniendo en cuenta *la mención de la ley penal*, se alude a remisión: a) Expresa: cuando fija con claridad que la determinación de los elementos de la descripción típica debe encontrarse en otra instancia diferente (Ley de abastecimiento, art. 4º, ap. i); b) Concluyente: cuando la remisión se efectúa de un modo tácito o implícito, a través de la introducción de un elemento de contenido valorativo-jurídico en el tipo; c) Solapado: En relación a la clasificación ahora tratada se podrá observar que existen tipos penales en blanco (v.gr., CP, art. 79) en donde la remisión a otra norma no se encuentra *expresamente* prevista ni dispuesta en forma *concluyente* mediante el elemento normativo, sino que la única forma de relevarlo es a través de la interpretación (elemento normativo jurídico *solapado*). Para conocer, poniendo un ejemplo del DP nuclear, en el caso del homicidio, cuándo se ha producido la muerte del sujeto pasivo tenemos que apelar a la ley nacional de transplante, aun cuando la ley no lo disponga directa o indirectamente. En ellas no se alerta expresa o implícitamente (elementos normativos jurídicos y cláusulas de autorización) acerca de la remisión a otro sector del ordenamiento jurídico.

C. Interpretación y fraude de ley

Existen ciertas cavilaciones de la doctrina en relación a la problemática denominada *fraude de ley e interpretación económica*.

Se afirma *prima facie* que, quien no realiza la acción prevista en el tipo penal sino que elude su aplicación, no puede, en principio, ser castigado ni siquiera aunque el comportamiento sea materialmente reprochable y contrario a la finalidad de la norma jurídico-económica penal⁷⁰. Sin embargo, algunos apelan al método de interpretación *económico*, el cual se traduce en interpretar un elemento normativo del tipo penal que proviene de otro sector del Derecho, de conformidad a su significado económico o real y no de acuerdo a su sentido jurídico. A veces las leyes extrapenales contienen cláusulas expresas sobre fraude o abuso. La regulación tiene relevancia para la valoración penal y posibilita el castigo. Pero como las cláusulas generales –en opinión de TIEDEMANN- a consecuencia del principio de legalidad tienen que aplicarse de manera restrictiva, los casos límites de tales cláusulas extrapenales no tienen relevancia penal. No obstante, si admitimos que en las causas de justificación no rigen las restricciones propias del principio de legalidad en su interpretación y su introyección sólo en el ámbito de su sentido literal, tendríamos que admitir la posible restricción de las causas de justificación mediante la noción del abuso del Derecho. Esto significa –en la apreciación de VOGEL- especialmente que las autorizaciones

⁷⁰ TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, trad. varios, PPU, Barcelona, 1993, p. 163.

obtenidas fraudulentamente son inefectivas, e incluso, también sin que exista una regulación legal sobre el abuso del Derecho⁷¹.

X. TEORÍA DEL DELITO

Una pregunta recurrente de los especialistas en las últimas décadas es si la estructura analítica del delito, tal cual hoy la conocemos, subsistirá.

Para los entendidos las modificaciones producidas en la Parte Especial, principalmente en el ámbito de la criminalidad económica, ha producido un proceso de transformación en la forma de encarar la Parte General⁷².

En lo que sigue se pretende brindar un panorama del proceso apuntado.

A. EL BIEN JURÍDICO

El DPE ha traído una nueva clasificación de los bienes jurídicos. Por otro lado, atendiendo al grado de afectación a la objetividad jurídica de las distintas figuras uno puede advertir las técnicas que se utilizan en este sector.

a. Clasificación

En el DPE se distingue entre bien jurídico individual y supraindividual o colectivo. Dentro de la última clasificación, a su vez se discierne entre bien jurídico general y bien jurídico difuso. Por otro lado, se habla de bien jurídico inmediato, directo o específico y bien jurídico mediato. El primero es el efectivamente protegido por la figura delictiva; el segundo alude al motivo o *ratio legis* del precepto, expresando las razones o motivos que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento. El bien jurídico inmediato puede ser individual o supraindividual, mientras que el bien jurídico mediato siempre es supraindividual (el orden económico).

Por principio, la escalada desde los bienes jurídicos individuales a bienes jurídicos supraindividuales produce una reducción de posibilidad de soporte material sobre el cual asentar un posible resultado y entablar una relación de causalidad. Esta clase de objetividad jurídica lleva marcado el concepto de peligro en el orillo.

b. Grado de afectación

En el DPE, como antes afirmamos existe pertinencia en la técnica de peligro abstracto.

El recurso a la técnica tiene particular relevancia, tomándosela en consideración desde un doble punto de vista:

-La idea está presente a la hora de la tipificación de aquellos delitos económicos en sentido estricto que tutelan bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, no reconducibles a bienes jurídicos individuales, porque afectan a estructuras del sistema económico.

⁷¹ VOGEL, JOACHIM, "Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en el derecho penal europeo" en *Estudios de derecho penal económico*, Universidad Castilla – La Mancha, Toledo, 1994, p. 124.

⁷² Por todos, VOLK, KLAUS, *La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción?* cit., p. 145.

-También se la utiliza en la construcción de todos aquellos delitos socioeconómicos de carácter supraindividual, sean institucionalizados o sean difusos, que se orientan a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables o determinables.

La razón de ser de tal adelanto, la aporta TERRADILLOS: «Si no se quiere potenciar indefinidamente, como ya lamentaba SUTHERLAND, el *benefit of business*, no puede esperarse al resultado de perjuicio económico, porque la lesión de los mecanismo básicos de funcionamiento y la pérdida de confianza colectiva en ellos depositada se producirá, y de modo irreparable, antes»⁷³.

Dentro de esta clasificación se suele distinguir entre: a. Puramente formales; b. Genuinos y, c. De aptitud o de peligro hipotético. El primero se equipara de lleno al delito de mera actividad, pues no requiere juicio de peligro alguno para su adscripción. El segundo, requiere *ex ante* un juicio demostrativo de riesgo para los bienes jurídicos. Por último, el tercero, exige, además del juicio *ex ante* de riesgo para bienes jurídicos, un juicio *ex post* respecto del peligro potencial corrido por el bien jurídico (se lo explicita mediante expresiones como “de manera que pueda causar perjuicio”)

B. ACCIÓN

En la acción surgen dos temas particulares: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la omisión (propia e impropia).

a. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Se afirma que en el proceso legislativo argentino el principio *societas delinquere non potest*⁷⁴ tuvo carácter invariable. No obstante el proyecto de CP de 1951 expresaba: *Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los sujetos de derecho con excepción de las personas jurídicas de existencia necesaria.*

Para hacer frente a la delincuencia de carácter centrífugo proveniente de una sociedad creada y destinada a un fin lícito, se propone una apelación a los delitos de comisión por omisión (delincuencia común) y la omisión propia (violación del deber genérico de control por parte del personal jerárquico) y al actuar por otro (en los delitos especiales). Por otro lado, se propone la utilización del Derecho penal administrativo (contravencional) para alcanzar con las sanciones a los entes ideales. Asimismo, en el Derecho penal común, se propone la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica beneficiada por la actividad ilícita, como cuarta vía del Derecho penal.

Existen, por fin, aquellos que bregan por el reconocimiento de responsabilidad penal de las personas y la creación de una estructura imputativa para la adscripción de entuertos a la entelequia⁷⁵.

b. Comisión por omisión

⁷³ TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Madrid, 1998, p. 51.

⁷⁴ Presagiando la derogación del principio, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)” en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 727.

⁷⁵ Sobre la necesidad, VOLK, KLAUS, *La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción?* cit., p. 146.

Entre los problemas de la imputación jurídico penal de la criminalidad económico-empresarial, surge la responsabilidad de los órganos por los delitos comunes y, más específicamente, el problema de responsabilidad por omisión de los órganos directivos, debida a los hechos directamente ejecutados por sus subordinados y las dificultades que trae la autoría mediata. En este caso se plantea el problema de la imputación a título de comisión por omisión o por infracción de un deber general de vigilancia. En el primer caso, consiste en acudir a la estructura de la comisión por omisión, con el fin de atribuir una responsabilidad penal por omisión impropia a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u “hombre de atrás” se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en al cadena jerárquica de la empresa. Se habla de *dominio de garante sobre la causa del resultado*; hecho que justifica decisivamente la equiparación de la omisión impropia con el comportamiento activo. Las fuentes de la posición de garante, según la doctrina mayoritaria⁷⁶, son el *señorío sobre las cosas y los procedimientos materiales y la responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados*.

c. Omisión

En segundo lugar, se estima conveniente la creación de una figura delictiva de omisión propia –de efecto preventivo mucho más débil a la comisión por omisión⁷⁷- que castigue, con carácter general, la pura infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa que incumbe al órgano directivo, con independencia de la responsabilidad (en comisión por omisión) por los hechos delictivos que pueda cometer un subordinado que ejecuta materialmente el hecho.

C. TIPO

El DPE ofrece distintos matices en los distintos substratos del tipo penal y el sujeto activo del mismo.

a. Tipo descriptivo

Si bien ROXIN, en su manual, afirmaba el inminente reemplazo de las relaciones de necesidad (causalidad) por criterios probabilísticos (física cuántica) a través de leyes estadísticas, en el DPE, a través de la responsabilidad por el producto, ha tenido sustento doctrinario y jurisprudencial el vaticinio.

Cuando se habla de responsabilidad por el producto se está haciendo referencia a la responsabilidad penal que se deriva de la puesta en peligro o lesión de la salud, ya sea

⁷⁶ Por todos, SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal* cit., pp. 30 a 38.

⁷⁷ Crítico SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal* cit., p. 56.

pública o individual. Dicha responsabilidad, esto es, por la existencia en el mercado de productos peligrosos para la salud de los ciudadanos, se concreta en dos momentos: 1. cuando el producto peligroso se ofrece en el mercado se afecta la salud pública y el Derecho penal responde a través de los delitos de peligro contra la salud pública y, 2. si el producto ya se ha utilizado, y con ello ha lesionado la salud individual o la vida, a través de los delitos de homicidio o lesiones. La protección penal alcanza tanto a las modalidades dolosas como a las culposas.

Para NAVARRO CARDOSO la *relación de causalidad* se resuelve «...no en atención a criterios de acreditación científica de dicha relación en el caso concreto respecto de un factor causal determinado, sino acudiendo a una suerte de “causalidad general”, que aglutina tanto el juicio ontológico de causalidad como el juicio axiológico de imputación objetiva»⁷⁸. Se sustituye la necesaria relación de causalidad por la suficiencia de la relación de riesgo, llegándose a suprimir la constatación de la primera.

b. Tipo subjetivo:

En este apartado se puede marcar la excepcionalidad de los tipos imprudentes. Su consecuencia más palpable es que el error de tipo evitable no queda atrapado por figura alguna y, por ende, es ajeno a la responsabilidad penal.

Por otro lado, existe una decidida tendencia a receptar figuras delictivas imputables a título de dolo eventual. En nuestro sistema, que requiere para la tentativa la existencia del dolo directo (CP, art. 42), la misma no se podría configurar cuando la conducta se ha cometido sin llegar al dolo directo.

A los efectos de su determinación, del carácter eventual, prepondera un enfoque puramente cognoscitivista (JAKOBS, FRISCH⁷⁹), descartando el elemento volitivo del dolo.

c. Tipo normativo:

La renormativización del par tipo descriptivo-tipo subjetivo exige que el riesgo sea cribado de acuerdo a los *standars* del medio en donde la conducta se lleva a cabo (tráfico comercial, negocial y empresarial).

Asimismo, el tipo subjetivo debe cribarse a través de criterios normativos acerca del conocimiento del riesgo producido.

d. Tipo de injusto:

Es tradicional de los delitos económicos el establecimiento de límites cuantitativos dinerarios como modo de diferenciar una conducta delictuosa de la que no lo es.

En nuestro Derecho ello sucede con figuras tributarias (v.gr., art. 1° de la ley penal tributaria, n° 24.769).

La pregunta que tanto doctrina como jurisprudencia se hacen es la siguiente: ¿se trata de una condición objetiva de punibilidad o un elemento del injusto?

⁷⁸ NAVARRO CARDOSO, op. cit., p. 186.

⁷⁹ FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS – JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 204, p. 63.

Si se trata de una condición objetiva de punibilidad no es necesario que sea abarcado por el dolo el límite cuantitativo. No hay posibilidad de tentativa. Asimismo, no dándose la condición objetiva la conducta no es achacable a ningún interviniente.

Por el contrario, si es un elemento del injusto, el límite cuantitativo tiene que ser abarcado por el dolo y el error sobre el mismo es un error de tipo. Además, es posible la tentativa en tanto el sujeto hubiera realizado actos de ejecución de la conducta destinados a producir un perjuicio en la suma prevista. Finalmente, se puede castigar la participación en la conducta (CP, art. 278, lavado de activos; ley 24.769, art. 1°).

Si bien nuestra doctrina se inclinó hace ya tiempo a tildarla de condición objetiva de punibilidad, lentamente se va produciendo una transpolación hacia la otra doctrina (elemento del injusto).

e. Sujeto activo:

“Mientras que en el ámbito del Derecho penal común el denominado delito común, susceptible de comisión por cualquier persona, representa, al menos todavía la regla..., rige en el Derecho penal especial y en el Derecho administrativo sancionador la regla contraria: el cumplimiento del supuesto de hecho típico depende en la mayoría de los casos de una determinada característica objetiva del autor”⁸⁰.

Es relativamente frecuente en el DPE la diagramación de tipos especiales propios, en donde existe un sujeto activo específico. En el DPE la regla general es que la configuración del injusto típico se apoye, en la mayor parte de los casos, en la atribución de una determinada particularidad objetiva del autor. Ello lleva a ciertas características específicas de la autoría y participación. En primer lugar, atento que normalmente quien comete la conducta material no reúne las características apuntadas y el que sí las reúne no actúa. Esto nos pone en contacto con lo que se denomina el *actuar en lugar de otro*. En segundo lugar, la intervención de terceros queda limitada a la instigación, participación necesaria o no necesaria. Si no reúnen el matiz exigido, no puede ingresar al mundo de la autoría.

D. ERROR DE TIPO Y DE PROHIBICIÓN

La hipertrofia normativa en el terreno del Derecho penal económico y el estado de alerta jurídica en que se ve obligado a permanecer el ciudadano se trata de compensar en la vertiente subjetiva, a través de una teoría del error más flexible⁸¹. Entre las alternativas que se proponen, se encuentra la equiparación del error de prohibición evitable al error de tipo evitable; considerar que todo error de prohibición es inevitable y, por último, considerar que el error sobre los elementos normativos de contenido jurídico, al igual que el error que versa sobre la normativa extrapenal en las leyes penales en blanco (incluso los elementos de valoración global del hecho), debe ser caracterizado como un error sobre el tipo, y no como un error sobre la prohibición.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal* cit., p. 41.

⁸¹ Cfr. CARRANZA TAGLE, HORACIO, “Error *iuris noceten* el pensamiento de Ricardo C. Nuñez” en *Derecho Penal Contemporáneo*, Serie Azul, dir. AROCENA, GUSTAVO – BALCARCE, FABIÁN, vol. 2, Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 37.

Se propone un acercamiento de la teoría del error del DPE a la denominada teoría del dolo en donde el error de hecho, el error de derecho extrapenal y el error de derecho penal se equiparen.

No existiendo figuras imprudentes residuales de las dolosas, el error de tipo evitable lleva a la impunidad de la conducta

E. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

Particular interés despierta en este sector la prescripción de la acción penal.

Prescripción

Ante la dificultad de investigación y complejidad en el esclarecimiento de los hechos delictuosos económicos se propone de *lege ferenda* la extensión de los plazos de prescripción de la acción penal derivados de ellos.

F. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Aquí se retoma la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las categorías tradicionales de imputabilidad y reprochabilidad, aun cuando hoy se renormativicen, no cabe dudas, fueron funcionalmente previstas para la atribución a la persona natural. De aceptarse tal responsabilidad se exigirá optar por crear un nuevo sistema de imputación para la persona jurídica en particular o lograr una flexibilización de los cartabones que tradicionalmente existían para comprender en el seno de análisis no sólo a la persona física sino también a los entes ideales. La segunda opción lleva ínsito el peligro de reducción de garantías para la persona natural y, consecuentemente, a una serie crisis del Derecho penal de corte liberal.

G. TENTATIVA

Nuestra legislación económica, en lo que respecta a tentativa, utiliza en algunos casos la técnica del *delito de emprendimiento*, esto es, la equiparación de la tentativa con la consumación (técnica de nivelación). Como consecuencia de ello el desistimiento voluntario (CP, art. 43) es improcedente en esta clase de delitos. Por ejemplo, el art. 872 de la ley n° 22.415, sobre delitos aduaneros.

Los proyectos europeos de legislación penal comunitaria siguen apelando a la doctrina francesa del “comienzo de ejecución” promoviéndose las teorías eclécticas objetivo-subjetivo, sin que hasta la fecha exista acuerdo acerca del criterio normativo de imputación (perturbación desde un punto de vista comunicativo o plan del autor)⁸².

H. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

⁸² Sobre el tema, CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa” en dir. TIEDEMANN, KLAUS, *Eurodelitos: El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2004, p. 57.

A fin de evitar inútiles repeticiones remitimos a los puntos anteriores en cuanto a la problemática de los delitos especiales propios, la falta de cualidades específicas en los representantes de la persona jurídica, la inexistencia de una cláusula en la Parte General del CP sobre actuar por otro, la autoría mediata en los delitos comunes cometidos por los estratos más bajo en la estructura vertical de la empresa y la elaboración de delitos culposos impropios o irregulares⁸³.

Sólo nos resta destacar, a modo de apostilla, que la diferencia entre autor y partícipe se caracteriza por una difuminación de la diferenciación entre ambas categorías, en una suerte de extensión tal del concepto de autor que se aproxima, de hecho, al concepto unitario de autor⁸⁴.

I. CONCURSOS

En el DPE rige, como regla, el principio de especialidad. No obstante, existen leyes que prevén expresamente la subsidiariedad relativa (ley nacional 24.241 –Sistema integrado de jubilaciones y pensiones-, art. 143): *Las disposiciones del presente título serán aplicables siempre que la conducta no estuviese prevista con una pena mayor en el Código Penal u otras leyes penales.*

XI. TEORÍA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES

Al lado de las penas y medidas de seguridad tradicionales el Derecho penal económico promociona la imposición de la reparación como tercera vía (ley penal tributaria, art. 16). Incluso, y ya en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se habla de cuarta vía en relación a las denominadas consecuencias accesorias para las personas jurídicas previstas en Códigos, como el español. En cuanto a lo último se afirma que no puede haber verdadera pena para las personas jurídicas so riesgo de abandonar completamente el concepto de pena. Nace una vía intermedia entre la pena y la medida de seguridad del Derecho penal genuino⁸⁵.

Bibliografía:

ALCÁCER GIRAO, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 04-08 (2002), disponible en <http://criminet.ugr.es/redpc>.

⁸³ Sobre el tema, CESANO, JOSÉ D. – BALCARCE, FABIÁN I., Separata “Reflexiones sobre la responsabilidad de la personas jurídicas en la República Argentina” en *Ley, razón y justicia*, Neuquén, año 5, n° 7, agosto de 2002 – julio de 2003, Alveroni, Córdoba. También en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

⁸⁴ NAVARRO CARDOSO, lug. cit., p. 188.

⁸⁵ SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal* cit., pp. 65 y 113.

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL – BACIGALUPO, SILVINA, *Delitos tributarios y provisionales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
-*Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid, 2001.

BALCARCE, FABIÁN, Separata “El Derecho penal económico como exigencia curricular” en *Ley, razón y justicia*, Neuquén, año 4, n° 6, enero-julio de 2002, dir. JOSÉ D. CESANO – MARCELO LÓPEZ MESA, Alveroni, Córdoba..

BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. varios, Paidós, Barcelona, 1998.

-“La paradoja de la globalización” en [http:// www.globalizacion. org/biblioteca /BeckParadojaGlobalizacion.htm](http://www.globalizacion.org/biblioteca/BeckParadojaGlobalizacion.htm).

CAFURE DE BATISTELLI, MARÍA E., “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico” en *Cuadernos de los Institutos* n° 129, F.D.C.S., U.N.C., Córdoba, 1976.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa” en dir. TIEDEMANN, KLAUS, *Eurodelitos: El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2004.

CARRANZA TAGLE, HORACIO, “*Error iuris noceten* el pensamiento de Ricardo C. Nuñez” en *Derecho Penal Contemporáneo*, Serie Azul, dir. AROCENA, GUSTAVO – BALCARCE, FABIÁN, vol. 2, Mediterránea, Córdoba, 2001.

CARRARA, FRANCESCO, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. S. SOLER – R. NÚÑEZ – E. GAVIER, Depalma, Buenos Aires, 1944.

CESANO, JOSÉ D. – BALCARCE, FABIÁN I., Separata “Reflexiones sobre la responsabilidad de la personas jurídicas en la República Argentina” en *Ley, razón y justicia*, Neuquén, año 5, n° 7, agosto de 2002 – julio de 2003, Alveroni, Córdoba. También en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., “Tipificación del riesgo y delitos de peligro” en *Revista de Derecho Penal – Delitos de peligro – I*, dir. DONNA, EDGARDO ALBERTO, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2007-2.

DE LA RÚA, JORGE, “Los delitos económicos” en *Doctrina Penal*, año 3, n°s 9 a 12, Depalma, Buenos Aires, 1980.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2007.

ESER, ALBIN, “La nueva evolución del Derecho penal económico” en *Revista de Derecho Penal*, 2000-2, Rubinzal – Culzoni, 2001.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, trad. varios, Trotta, Madrid, 1997.

FIANDACA, GIOVANNI – MUSCO, ENZO, *Derecho Penal. Parte General*, trad. LUIS NIÑO, Temis, Bogotá, 2006.

FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS – JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona.

GARCÍA CAVERO, PERCY, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Ara, Lima, 2003.

GARCIA-PABLOS, ANTONIO, “Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, mayo-agosto, 1983, tomo XXXVI, fasc. II.

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2005.

GAVIER, ERNESTO, “James Goldschmidt y el derecho penal administrativo” en *El derecho penal administrativo*, UNC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1946.

GOLDSCHMIDT, JAMES y ANDERS, GEORG, “Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del derecho penal al delito administrativo” en *El derecho penal administrativo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, 1946.

JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. CANCIO MELIÁ – B. FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996.

HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, trad. MANUEL JIMÉNEZ REDONDO, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000.

HASSEMER, WINFRIED, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz” en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, tirant lo blanch, Valencia, 1999.

–“Prevención general y aplicación de la pena” en *Principales problemas de la prevención general*, trad. GUSTAVO ABOSO – TEA LÖW, B . de f., Buenos Aires – Montevideo, 2004.

HASSEMER, WINFRIED – MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1995.

KINDHÄUSER, URS, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico” en *Hacia un derecho penal económico europeo*, trad. FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995.

LAJE ANAYA, JUSTO y GAVIER, ENRIQUE, *Notas al Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 2000.

LAJE ANAYA, JUSTO y LAJE ROS, CRISTÓBAL, *Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 2001.

LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del riesgo*, trad. varios, Universidad Iberoamericana – Universidad de Guadalajara, México, 1992.

MAIER, JULIO B. J. – BOVINO, ALBERTO, “Ensayo sobre la aplicación del artículo 14 de la ley 23.771 ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?” en MAIER, JULIO B. J. comp., *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico. Parte General*, tirant lo blanch, Valencia, 1998.

MARX, CARLOS, “Para la crítica de la «Filosofía del Derecho de Hegel»” en HEGEL, GUILLERMO FEDERICO, *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, trad. ÁNGELICA MENDOZA DE MONTERO, Claridad, Buenos Aires, 1937.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.

-“Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, 06-01, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

MORILLAS CUEVA, LORENZO, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología* 04 – 06 (2002), disponible en <http://criminetugr.es/redpc>.

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador” en *Pensamiento penal y criminológico*, año VI, n° 10, 2005, Mediterránea, Córdoba.

NESTLER, CORNELIUS, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes” en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. GUILLERMO BENLOCH PETIT, Comares, Granada, 2000.

NÚÑEZ, RICARDO, “La cuestión de los delitos y las contravenciones –su base constitucional–” en Opúsculos de Derecho Penal y Criminología N° 6.

-*Manual de derecho penal. Parte General*, act. ROBERTO SPINKA y FÉLIX GONZÁLEZ, Lerner, Córdoba, 1999.

RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, “Retos actuales de la Política criminal y la dogmática” *Conferencia dictada en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho penal dictada por U.N.L. –U.N.C. (Córdoba, Argentina)*, 2003.

REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL, “Nociones de Derecho Penal Económico argentino” en *Breviarios de Derecho Penal y Criminología*, Lerner, Córdoba, 2005.

RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal Económico Comparado*, Edersa, Madrid, 1991.
- *Los delitos económicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte General* [en adelante, DP PG], trad. D. Luzón Peña – M. Díaz y García Conlledo – J. De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- “La reparación en el sistema de los fines de la pena” en *De los delitos y de las víctimas*, trad. JULIO MAIER – E. CARRANZA, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

SCHMIDT, EBERHARD, *Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania*, trad. WERNER GOLDSCHMIDT, en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N^{os} 3-4, 1951, Ediar, Buenos Aires.

SCHÖNKE, ADOLF, “La doctrina de derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana” en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N^{os} 3-4, 1951, Ediar, Buenos Aires.

SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, “Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto” en *Revista de Derecho Penal – Delitos de peligro – I*, dir. DONNA, EDGARDO A., Rubinzal – Culzoni, 2007-2.

SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, trad. BEATRIZ SPÍNOLA TÁRTALO – MARGARITA VALLE MARISCAL DE GARDE, FD, Buenos Aires, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid, 2001.
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, en A.A.V.V., *Derecho penal económico*, en la serie Manuales de Formación Continuada del C.J.P.J., n^o 14.

STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal. Parte general*, 4^a ed. alemana, 2^a ed. castellana, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ – MARCELO SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SUTHERLAND, EDWIN, “¿Es un delito el delito de «cuello blanco»?” en *El delito de cuello blanco*, trad. ROSA DE OLMO, Universidad Central de Venezuela, 1969.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Madrid, 1998.

TIEDEMANN, KLAUS, TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, trad. varios, PPU, Barcelona, 1993.

-*Poder económico y delito*, trad. AMELIA MANTILLA VILLEGAS, Ariel, Barcelona, 1985.

UGARTE VEGA CENTENO, MÁXIMO ALFREDO, “El Derecho penal económico como alternativa en la solución de los llamados delitos económicos empresariales” en *Gestión en el tercer milenio, Revista de investigación de la Facultad de Administración*, UNMSM, año 6, n° 12, Lima, diciembre de 2003.

VOGEL, JOACHIM, “Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en el derecho penal europeo” en *Estudios de derecho penal económico*, Universidad Castilla – La Mancha, Toledo, 1994.

VOLK, “La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción?” en en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, trad. EUGENIO SARRABAYROUSE, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)” en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.