

DERECHO PENAL ECONÓMICO

ESTEBAN J. A. RIGHI

Profesor de Derecho en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán-UNAM; ex profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Origen y evolución del derecho penal económico.* III. *El derecho penal económico existe pero no es autónomo.* IV. *Hacia un concepto material del delito económico.* V. *Relaciones entre planificación económica y derecho penal.* VI. *El bien jurídico tutelado por los derechos económicos.* VII. *Eliminación de algunos tipos penales del ámbito del derecho penal económico.* VIII. *Delimitación de la singularidad del derecho penal económico respecto del derecho penal.* IX. *Las llamadas infracciones al orden económico.* X. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* XI. *Resumen de conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

1. Abordar el problema que plantea a la dogmática penal la evolución y desarrollo de los llamados “delitos económicos”, supone una tarea polémica. Los puntos fundamentales que han caracterizado esta rama del derecho penal han sido, y en alguna medida siguen siendo, cuestiones que trascienden la problemática jurídica para abarcar ideas políticas, concepciones sociales, y, lógicamente, también económicas.

Es por ello que al verificar cuanto se ha sostenido sobre el tema, es factible comprobar que cada obra, ensayo, proyecto o modelo legislativo, está influida necesariamente por la ideología de sus autores.

Consecuencia de lo expuesto es que esta disciplina se haya ganado su lugar superando escollos, frustrando oposiciones, venciendo dificultades. No ha sido por cierto un camino sin obstáculos.

La enumeración anticipada de los problemas que el derecho penal económico ha encontrado puede dar idea de ello. Nacido como consecuencia de la crisis del sistema económico liberal, encontró su primera valla en quienes simplemente negaban su exis-

tencia, generando una polémica que fundamentalmente quedó planteada a propósito de la existencia o no de bienes jurídicos que dieran razón de ser a la existencia de estas normas.

Se abrió entonces un campo fértil a la discusión, y cuando quedó claro que la sanción de conductas lesivas a las planificaciones económicas respondía al razonable deseo de dar protección a legítimos intereses sociales, se generó una intensa labor doctrinaria aún no concluida, destinada a enunciar un bien jurídico común a esa legislación.

Las dificultades no cesaron con los problemas que planteaba la determinación del “bien jurídico tutelado” por los delitos económicos. Fue también controvertida la aplicabilidad o no de los principios fundamentales sobre los que se ha edificado la teoría del delito, problema ligado a la pretendida autonomía del derecho penal económico y al arduo debate sobre la naturaleza de la distinción entre delitos y contravenciones.

Cuando se pudo afirmar que los caracteres del delito son propios también a esta clase de acciones lesivas, la desinteligencia doctrinaria surgió a propósito de la existencia o no de principios específicos, para los cuales no resultaban satisfactorias las recetas que proporcionaba la dogmática tradicional. Buen ejemplo de ello es el problema planteado por la punibilidad de las personas jurídicas.

Queda pues hecha la aclaración de que por el solo hecho de abordar el tema se acepta la polémica y que la discrepancia es factible en la enunciación de cada una de las cuestiones que se aborden, aclaración que se formula al tiempo que se expresa que en la medida en que enfrentamos cuestiones cuyas soluciones no son pacíficas ni responden a un acuerdo doctrinario consolidado, debe ser admitido que este modesto aporte no tenga ideas definitivas sobre los problemas que se tratan.

2. De cuanto hemos adelantado surge que uno de los aspectos esenciales que sirven para afirmar la existencia de esta rama del derecho penal, se relaciona con el interrogante de si los tipos penales a los que comúnmente se denomina “delitos económicos”, tienen la característica común de dar protección a un mismo bien jurídico, entendiéndolo como “todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”.¹

Es una decisión de política criminal aquella por la cual se resuelve que determinado bien, por su relevancia ético-social merece protección penal, y que por consiguiente aquellas personas que lo

¹ Hanz Welzel, *Derecho penal alemán*, 11a. ed., Editorial Jurídica de Chile, parte general, p. 15.

lesionen o en algunos casos simplemente lo pongan en peligro, deben ser sancionados con una pena.

La evolución de las ideas hace que determinados bienes pierdan, a juicio de la comunidad, esa relevancia; momento en el cual una acertada política criminal aconseja aceptar esa realidad y desincriminar las conductas lesivas a dichos bienes. Paralelamente y como consecuencia del mismo proceso de evolución, la sociedad va generando nuevos valores, los que en determinado momento pueden merecer protección penal en la medida de su importancia.

Por consiguiente resulta de especial utilidad, siquiera sea brevemente, verificar en qué momento de la evolución de la realidad política y social, y consiguientemente de las ideas penales, se comenzó a legislar en la materia, y cuáles fueron las necesidades a que dicha legislación respondía.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. La primera verificación que puede hacerse es sencilla, y consiste en un examen de las disposiciones contenidas en las partes especiales de los códigos penales.

Es sabido, en efecto, que la forma corriente de clasificar los tipos penales dentro de un ordenamiento positivo, responde al concepto de los intereses a los cuales los mismos están destinados a proteger. Las partes especiales de los códigos contienen títulos y capítulos en los que aparecen agrupados diversos tipos, cuya característica común es la protección de similar, si no igual, bien jurídico.

El resultado general de tal examen arroja resultado negativo, pues en la gran mayoría no existe tipo penal alguno que incrimine conductas lesivas para la economía pública. Sólo en algunos, y el caso del Código Penal mexicano merece ser recordado,² existen previsiones incompletas.

La razón de tal omisión es consecuencia de las ideas existentes

² El título decimocuarto del Código Penal mexicano trata de los "delitos contra la economía pública" y contiene dos capítulos que se refieren a los "delitos contra el consumo y la riqueza nacionales" y "vagos y malvivientes".

Con respecto al Código Penal chileno *vid.*, Eduardo Novoa Monreal. *La legislación penal en materia económica*, en "La Nueva Legislación y el Desarrollo Económico de Chile", Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Universidad Católica de Chile, 1962, p. 163, donde explica que cuando se sancionó el Código de 1874 estaban en pleno auge las doctrinas económicas del liberalismo individualista, lo que motivó la existencia de una sola norma sobre el tema, prevista en el art. 285 del mismo.

en la época de sanción de la mayoría de los códigos, que entraron en vigencia durante el auge de las ideas liberales, francamente condenatorias de toda forma de intervención del Estado en la economía.

En este primer momento verificamos, pues, la existencia de un paralelismo entre estructura económica y derecho penal. El sistema económico basado en un liberalismo irrestricto, con total ausencia de intervención estatal, se corresponde con un derecho penal que prácticamente no prevé la existencia de delitos económicos.

2. Un segundo momento principia con la defeción del sistema liberal, lo que como es sabido tuvo una de sus expresiones más evidentes en oportunidad de la crisis mundial de 1929.

Los Estados que se habían visto en la necesidad de intervenir en la economía de sus países y adoptar las primeras medidas de planificación durante la Primera Guerra Mundial, jamás abandonarían dicha práctica ante la evidencia de que el sistema económico por sí solo no funcionaba, o al menos no lo hacía de acuerdo con las necesidades existentes en el seno de la sociedad.

Por otra parte, surgieron nuevos problemas que gravitaron modificando el contexto social, obligando a la creación de nuevos tipos penales que intentaran dar solución a los mismos. La existencia de grandes empresas con gran poder económico y las prácticas con las que se distorsionaron las reglas en las que se suponía reposaba la economía, motivaron a sancionar tales conductas.

Fue entonces imperioso comenzar a legislar en esta materia, adoptándose por consiguiente las primeras medidas, con las que se procuró cumplir el doble propósito de reprimir los monopolios y dar protección a los intereses de los consumidores.

3. La culminación de este proceso ha sido explicada recientemente por Eduardo Novoa Monreal en los siguientes términos:

Hay un fenómeno muy importante, producido en el último medio siglo, que significa un cambio fundamental en las estructuras económico-sociales de la casi totalidad de los países que no han optado por el socialismo marxista y que se ha hecho realidad más allá de teorías políticas o económicas y, en algunos casos, aun en contra de ellas. Se trata de la intervención del Estado en la economía y de la asunción por él cada día de mayor número de funciones de beneficio social o de interés colectivo. Es lo que podríamos llamar un socialismo parcial y restringido y, en algunos casos, socialismo de Estado.³

³ Eduardo Novoa Monreal. *El derecho como obstáculo al cambio social*, 1a. ed., México, Siglo XXI Ed., 1975, p. 118.

Esta evolución quizá no autorice a afirmar que el segundo momento a que aludíamos haya sido substituido por otro cualitativamente diferente, con la lógica excepción de los países socialistas en los que la planificación económica estatal es consecuencia del abandono total del régimen de economía libre.

En el resto del mundo se mantiene la relación indicada: a mayor ingerencia del Estado en la economía, más han proliferado las normas penales destinadas a la protección de ese intervencionismo.

Pero en la tarea de lograr una delimitación del ámbito que corresponde al derecho penal económico es oportuno descartar la idea de que el mismo sólo existe en aquellos países que han optado por el socialismo.⁴ La cada vez mayor existencia de normas de regulación estatal de la economía en los países occidentales permite afirmar que salvo excepciones, nadie concibe un sistema en que el Estado deba reservarse el papel de simple observador. Es por ello verificable que las normas penales que son consecuencia de ese proceso son cada vez más numerosas, se adoptan en forma progresivamente más sistemática y abarcan no sólo el campo del derecho sustantivo, sino que incluso han operado en el ámbito del derecho procesal.

La realidad ha impuesto además de la presencia de una rama del derecho penal de cada vez mayor entidad, la existencia en algunos países de procedimientos especiales con tribunales distintos de los comunes, todo ello consecuencia de una notoria e inexcusable especificidad.⁵

4. Como ya adelantamos, el camino abierto por esa realidad cada vez más evidente no ha sido fácil para el derecho penal eco-

⁴ Vid., la relación del senador Raúl Ampuero, *La idea de legislar en materia de delito económico* "Revista de Ciencias Penales", t. XXI, núm. 1, enero-junio de 1962, Chile, p. 23, donde sostiene que sólo puede existir orden público económico en una sociedad socialista. En una sociedad capitalista más que la protección de un bien jurídico, estima que existe protección de sectores económicamente débiles, como la defensa de los consumidores. Vid., infra, vi-3.

⁵ Tal es el caso de la República Argentina donde existe un fuero especial para el juzgamiento de los procesos relacionados con la materia penal económica, bien que con un ámbito de competencia distinto al que aquí se enuncia, pues se incluye el juzgamiento de delitos que afectan otros bienes jurídicos, como por ejemplo los que se cometen mediante cheques. Vid., infra, vii-2-c.

Sobre las implicaciones procesales del derecho penal económico es oportuno recordar la ponencia de Da Cunha, Aftalión y Timberg en la XIV Conferencia Interamericana de Abogados. Puerto Rico, 1965, donde recomiendan una investigación preliminar por un órgano administrativo.

Asimismo y muy especialmente ver una de las conclusiones del VI Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en Roma en 1953, que proclamaba la necesidad de una coordinación entre las autoridades administrativas y el ministerio público, lo que se señalaba como una deficiencia de algunas legislaciones.

nómico, pues no le faltaron detractores. Era lógico que quienes censuraban toda forma de regulación económica del Estado en homenaje a un liberalismo irrestricto, afirmaran desde su perspectiva que carecía de sentido consagrar delitos económicos.⁶

Tal línea argumental que simplemente negaba la existencia de un derecho penal económico, al probarse impracticable, sería acompañada por otra que consistiría en negarle autonomía dentro del ámbito general del derecho penal. La base en que han reposado estos argumentos es que los delitos económicos no estaban destinados a la protección de bienes jurídicos.

III. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EXISTE PERO NO ES AUTÓNOMO

1. La posición negatoria de la existencia del derecho penal económico fue sostenida por Sebastián Soler sobre la base de la doble argumentación que hemos referido. Trataremos sus puntos de vista en orden de importancia aun cuando no sean los de su exposición por su autor.

Su principal argumento es que “la noción de delito económico es falsa porque no está construida sobre la noción de bien jurídico”.⁷ Es decir que en su opinión mal pueden existir esta clase de delitos puesto que no están destinados a la protección de bienes cuyo contenido de injusto sea consagrado por la sociedad. En otros términos, desde su punto de vista, las acciones reprimidas por esta rama del derecho penal no son disvaliosas desde el punto de vista ético social.

El otro argumento es menos conflictivo y aparece como destinado a restar importancia a los delitos económicos. Afirma que “hay un solo derecho penal”, se trata de un derecho integral que no merece divisiones.⁸

Con respecto al primer argumento ha dicho Enrique R. Aftalión que “no sólo los delitos económicos, sino todos los delitos están

⁶ Las dificultades con que tropezó el Derecho penal económico no se limitaron como era lógico al campo de la discusión doctrinaria, sino que como consecuencia de la oposición existente muchos proyectos fracasaron. Buen ejemplo de ello puede encontrarse en la discusión generada en Chile a propósito de los proyectos de 1951 y 1953 que finalmente no prosperaron.

⁷ Sebastián Soler. Exposición en la clausura de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho de San Nicolás, provincia de Buenos Aires, República Argentina, sobre “El derecho y la inflación”, publicado en el diario “La Razón” del 8 de octubre de 1964.

⁸ *Ibid.*

centrados en torno a algún bien jurídico”.⁹ Y es por ello imposible que la crítica sea correcta.

Se ha señalado con acierto que ambos autores utilizan aspectos diversos del concepto de bien jurídico¹⁰ y por ello la réplica de Aftalión no resuelve el problema planteado por Soler, para quien no existe un interés social en la protección de los bienes jurídicos tutelados por los delitos económicos. Es evidente que no basta contestar que algún interés tuvo el legislador al sancionar esas normas, pues siempre los críticos del derecho penal económico podrán recordar con Liszt que “los bienes jurídicos no los crea el orden jurídico sino la vida”.¹¹

La respuesta debe por consiguiente nutrirse de una concepción globalmente distinta, y para ello hay que acudir a quienes admiten la incorporación de nuevos valores en el seno de la sociedad. Tal es el caso de Enrique Bacigalupo para quien:

Desde el punto de vista contrario, es decir, en tanto el derecho penal debe ser protección de intereses o estados que le son previamente dados al legislador en la vida social, tampoco resulta admisible la crítica. En efecto, el derecho penal económico se refiere a un conjunto de intereses y estados sociales, y en menor medida individuales, que resultan perfectamente determinables.¹²

Queda pues, como forma de dirimir la polémica, exhibir un hecho por demás evidente. El intervencionismo estatal en la economía es una realidad y cabe admitir que responde a una necesidad, a intereses ético sociales perfectamente reconocibles en todo Estado moderno. Negar tal evidencia implica sostener que las planificaciones económicas han sido consecuencia del capricho de los gobiernos.

Es también Aftalión quien se hace cargo de la segunda objeción admitiendo que los “ramales del derecho penal no son autónomos, sino especializaciones”, para luego afirmar: “pero son sectores jurídicos con características propias”.¹³

⁹ Enrique R. Aftalión, *El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico*, “Revista de Ciencias Penales”, núm. 2, t. xxv, mayo-agosto de 1966, p. 83.

¹⁰ Enrique Bacigalupo, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico*, Ed. Astrea, 1974, p. 57.

¹¹ Franz von Liszt, *Lehrbuch*, 21 und 22, ed. 1919, pp. 4 y 23; ed. 1921, p. 4; citado por Bacigalupo, *op. cit.*, *supra* nota 10.

¹² Bacigalupo, *op. cit.*, *supra* nota 10, p. 58. No participamos del criterio según el cual el derecho penal económico se refiere a intereses individuales aunque sea en menor medida. *Vid.*, infra vii-2.

¹³ Aftalión, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 79.

No nos parece certera, sin embargo, su respuesta cuando sostiene “pero el Derecho Penal admite divisiones según el bien jurídico tutelado”,¹⁴ pues ello nada aporta a su tesis en favor de la especialidad. Es obvio que los delitos económicos no tienen especificidad respecto del marco más general del derecho penal, tan sólo por estar agrupados en torno a un bien jurídico común, pues lo propio ocurre con los delitos contra el honor, contra la fe pública o contra la honestidad y no por ello existen tantas especialidades como bienes jurídicos tutelados por normas penales.

Si ello se admite debe ser por algo más que por importar la sistematización de tipos delictivos creados en protección de un mismo bien jurídico. Es menester demostrar la existencia de una problemática parcialmente diversa a la del derecho penal en general, lo que en el caso de los delitos económicos tiene que ver con el hecho de que se trate de la protección de bienes colectivos y no individuales, con la existencia de un sistema especial de responsabilidad que puede modificar incluso los principios generales, con problemas excepcionales de autoría en especial relación con acciones realizadas en representación o beneficio de personas jurídicas, con la existencia de polémicas que asumen especial significación como la que se generó a propósito de las reglas de diferenciación entre delitos y contravenciones, etcétera.

En síntesis. Podemos afirmar que el derecho penal económico existe y que sus normas están destinadas a la protección del mismo bien jurídico. Además de ello, que es una especialidad porque tiene características propias que no son las comunes en los restantes delitos. Que ello se verifica, porque las soluciones tradicionales de la dogmática penal, si bien son aplicables en gran medida, no dan respuestas adecuadas a algunos problemas propios de esta rama del derecho penal; es por ello especial, sin llegar a ser autónoma.¹⁵

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Nos inclinamos por la tesis de que la especificidad del derecho penal económico es sustantiva en función de lo afirmado en el texto. *Vid.*, asimismo, caps. ix y x.

La existencia de normas de procedimiento y jurisdicción especial no serían, en nuestra opinión, más que consecuencia de la existencia de una rama del derecho penal sustantivo, para la solución de cuyos problemas no resultan del todo suficientes los principios generales sobre los que se ha edificado la teoría del delito.

Es oportuno para fundar tal posición, recordar que la conclusión 1 b) del 6º Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma en 1953, por la que se reclamó acudir a los principios generales para la solución de las cuestiones no previstas, reclamó al mismo tiempo una constante adaptación a los “rasgos característicos de la materia”.

Por consiguiente otras conclusiones del mismo Congreso, referidas a problemas de procedimiento y jurisdicción, como las 5 a), 5 b) y 7) deben entenderse como consecuencia de la antes mencionada.

2. El tema de la autonomía del derecho penal económico fue planteado principalmente por James Goldschmidt cuyas ideas tuvieron innegable repercusión¹⁶ y en buena medida fueron continuadas por su hijo Roberto Goldschmidt en varios trabajos de alto contenido polémico.¹⁷

Se pueden enunciar fundamentales razones por las cuales no es correcta la tesis de la pretendida autonomía:

a) La posición según la cual el Derecho penal económico es autónomo, con base en la supuesta distinción esencial o cualitativa entre delitos y contravenciones, nos parece errónea por dos razones.

En primer término porque de tal constatación no surge como consecuencia la autonomía. Tal problema es propio no sólo de las infracciones que afectan el orden económico, sino que trasciende al ámbito más general de todas las contravenciones y a las relaciones del derecho penal con el derecho administrativo.¹⁸

En segundo lugar, porque pensamos que la razón que da fundamento a tal distinción es una diferencia de magnitud, o sea simplemente cuantitativa.

De todos modos, por la importancia que tiene la distinción entre los delitos económicos y las llamadas simples infracciones

Tales recomendaciones son por lo demás ratificadoras de la tesis de la especialidad y no de la autonomía. La 5 a) por ejemplo, en tanto recomienda el respeto de las jurisdicciones penales ordinarias, pero con la prevención de que algunos magistrados con jurisdicción deben “especializarse” en la materia. Igualmente la 5 b) que recomienda la institución de agentes sumariales “especializados”.

¹⁶ Sobre la repercusión del pensamiento de James Goldschmidt, Vid., Eberhard Schmidt. *Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt*, “Revista de Derecho Procesal”, 1951, núms. 3 y 4, p. 281; Adolf Schönke, *La doctrina de derecho penal administrativo de James Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana*, “Revista de Derecho Procesal”, Buenos Aires, 1951, núms. 3 y 4, p. 299; y Ernesto R. Gavier. “James Goldschmidt y el Derecho Penal Administrativo” en *El derecho penal administrativo*. Córdoba, 1946, p. 28.

¹⁷ Roberto Goldschmidt, *La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos*, “La Ley” del 7 de mayo de 1954; *Novedades en el derecho penal alemán de 1952*, “La Ley”, t. 68 p. 853; *Problemas políticos legislativos en materia económica*, “Revista Jurídica de Córdoba”, año 3, núm. 11; Roberto Goldschmidt y Geor Anders, “Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales” en *El derecho penal administrativo*, Córdoba, 1946, pp. 59 y 61.

¹⁸ Desde la perspectiva del derecho administrativo se ha sostenido la tesis de la autonomía, con base en que los delitos económicos pertenecen al ámbito del derecho penal, en tanto que las contravenciones forman parte del “derecho penal administrativo”. Vid., en tal sentido, Manuel María Diez. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibl. Omeba, 1963, t. 1 p. 339, quien funda su opinión en el sistema federal argentino.

Por el contrario Miguel S. Marienhoff se manifiesta en contra, afirmando que “salvo las modalidades propias o particulares del ilícito administrativo... se nutre, en subsidio, de los principios del derecho penal sustantivo”. *Tratado de derecho administrativo*, 1a. ed., 3a. reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, t. 1, p. 164.

al orden económico, hemos pensado que es una de las razones que fundan la tesis de la especialidad¹⁹ y nos hemos decidido a dedicar a este problema un apartado de este trabajo.²⁰

b) Los principios generales que rigen el derecho penal económico no son ontológicamente originales. Como ha señalado Aftalión en su polémica con Roberto Goldschmidt, no constituyen una construcción sistemática, completa y cerrada.²¹

c) Prueba de ello es que en la solución de sus problemas debe acudir al derecho penal en todo aquello que no haya sido expresamente previsto.²² Ello no impide que sea factible exhibir excepciones, pero las mismas sólo fundamentan la tesis de la especialidad, sin dar sustento suficiente a la de la autonomía.

IV. HACIA UN CONCEPTO MATERIAL DEL DELITO ECONÓMICO

1. Hemos reconocido que los delitos económicos no sólo presuponen la existencia de un bien jurídico en un sentido teleológico interpretativo, sino que además existe un interés, desde una perspectiva ético social que justifica su existencia. Por todo ello hemos descartado la tesis que niega la existencia de un bien jurídico y consiguientemente corresponde abordar la formulación del mismo.

Las propuestas existentes han llevado a los autores a adecuar a tales fines la denominación que usan para referirse a estos tipos delictivos.

En dos de sus artículos Aftalión dice que el bien jurídico tutelado es el "orden público económico",²³ consecuencia ineludible de la planificación de la economía, estableciendo una distinción

¹⁹ Vid., *Supra* III-1.

²⁰ Vid., *Infra* IX.

²¹ Enrique R. Aftalión, *El derecho penal administrativo como derecho penal especial*, "La Ley" del 26 de agosto de 1954.

²² Enrique R. Aftalión, *El derecho penal administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Validez de los principios generales del derecho penal y procesal penal, para los casos no previstos*, "La Ley", t. 40 p. 443; y "El Derecho Penal Social-Económico en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal-Roma 1953" en *derecho penal administrativo*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 46; Ricardo C. Núñez, *La aplicación de las disposiciones generales del Código Penal a las leyes penales administrativas*, "La Ley", t. 59, p. 590; Ricardo Levene (H), *Delitos y contravenciones. Aplicabilidad a estas últimas de las disposiciones generales del Código Penal*, "Revista de Derecho Procesal", núms. 3 y 4, Buenos Aires, 1951, p. 15; Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, *supra*, nota 18, t. 1 p. 161.

²³ Enrique R. Aftalión, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 86. Del mismo autor ver *Planeamiento económico y derecho penal*. "La Ley" del 26 de octubre de 1967, p. 4. Es oportuno recordar que el origen de la denominación "orden público económico" corresponde a Ripert, como lo reconoce Eduardo Novoa Monreal, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 138.

entre el liberalismo político, el que —afirma— no conlleva el liberalismo económico. Más adelante precisa su concepto sosteniendo que “en el trasfondo de todo delito económico se dibuja la noción de abuso del poder económico”, el que adjudica tanto al almacenero agiotista, como al consorcio monopólico, entre quienes estima existen diferencias de magnitud, de cantidad, pero no esenciales u ontológicas.²⁴

Este concepto ha sido censurado por no ser lo suficientemente amplio. “No tienen cabida... los delitos impositivos, que en general no se cometen con abuso del poder económico, pues la evasión impositiva no requiere siquiera ese poder.”²⁵ Parece, en efecto, que si bien algunos de estos delitos suponen un abuso de poderes económicos, como el agiotaje y el monopolio, existen otros que, como el contrabando, suponen lesionar hipótesis de intervención estatal en la economía sin ese requisito.²⁶

Bergalli prefiere la expresión “delitos contra el orden económico nacional”,²⁷ mientras que Miranda Gallino, quien también relaciona la denominación de estos delitos con el bien jurídico que tutelan, prefiere “delitos contra el orden económico”,²⁸ lo que permite incluirlos en la doctrina dominante que proyecta el campo de acción del derecho penal económico en el marco de una planificación estatal de la economía.

Participa de las líneas generales de pensamiento enunciadas Ampuero, quien critica la expresión “delito económico” porque da idea de comprender los delitos patrimoniales, por lo que prefiere la denominación “delitos contra el orden público económico”.²⁹

Por su parte Cousiño opta por la expresión “orden público económico social”, que tiene similitud con la denominación que para tratar estos delitos fuera utilizada en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma, en 1953, uno de cuyos temas fue el derecho penal social económico.³⁰

²⁴ Enrique R. Aftalión, *op. cit.*, *supra*, nota, 9, p. 88.

²⁵ Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 61.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Roberto Bergalli, *Las líneas de política económica y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina*, “Nuevo Pensamiento Penal” año 2, núm. 2, abril-junio de 1973, Ed. Astrea, p. 194.

²⁸ Rafael Miranda Gallino. *Delitos contra el orden económico*, Buenos Aires, Ed. Pannedille, 1970.

²⁹ Raúl Ampuero, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 24.

³⁰ Sobre la estructura del delito económico vid. Luis Cousiño, *Delito socio-económico*, “Revista de Ciencias Penales”, Chile, t. XXI, núm. 1, enero-junio de 1962, p. 47.

Tanto por la importancia de su autor como por la similitud de su concepto con las normas del Código Penal mexicano en su título decimocuarto, es oportuno recordar que Mezger estima que en el caso de los delitos económicos lo afectado es el régimen económico público.³¹

Lo cierto es que dejando de lado diferencias de detalle así como preferencias por una u otra denominación de contenido similar, la doctrina dominante estima que los delitos económicos están destinados a sancionar acciones que lesionan o ponen en peligro la planificación dispuesta por el Estado para regular la economía.

2. Consecuencia de lo expuesto es que en aquellos países donde la planificación es incipiente o no ha sido adoptada con firmeza, la dogmática penal ha encontrado dificultades en la determinación de la esfera de acción de esta rama del derecho penal.

Se ha dicho, por ejemplo, que:

más que un concepto material de delito económico, que corre el paligro de diluirse en un concepto material del delito en general, el derecho penal económico, sobre todo desde el punto de vista político criminal, requiere una caracterización de los hechos relevantes como objeto de estudio.³²

Esta suerte de resignación de poder formular un concepto material del delito económico revela las dificultades del tema, especialmente en aquellos países que, como muchos latinoamericanos, han carecido de una planificación económica sostenida, en muchos casos como consecuencia de su inestabilidad política.

V. RELACIONES ENTRE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA Y DERECHO PENAL

1. Cuanto llevamos dicho revela que, hasta cierto punto, no son del todo suficientes las formulaciones que en general sostienen que por delito económico cabe entender toda infracción a las normas de planificación económica.

Es cierto que la estructura de la formación económica de un país determina, como dice Jescheck, el alcance y la configuración del derecho penal económico.³³ Pero como el mismo autor aclara, existe una diferencia fundamental, según se trate del derecho

³¹ Edmund Mezger, *Derecho penal*, 4a. ed., Ed. Bibliográfica Argentina, p. 398.

³² Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 62.

³³ Hans Heinrich Jescheck. *El derecho penal económico alemán*, "Cuadernos de los Institutos", núm. 74, Universidad Nacional de Córdoba, p. 69.

penal de una economía planificada socialista o de un derecho penal de una economía basada en la iniciativa privada. Formalmente en ambos casos se trata de sanciones penales para el amparo de un orden económico “pero el contenido, el alcance y el fin político criminal del ordenamiento son fundamentalmente diferentes”.³⁴

Del mismo modo cabe admitir que si bien todos los países que no han adoptado una economía socialista han implementado medidas cada vez más numerosas de planificación económica, existen sensibles diferencias en el contenido y orientación de las mismas.

2. Lo que antecede es verificable no sólo mediante la comparación de la política económica adoptada en distintos países. Lo es también comparando las distintas etapas por las que ha atravesado la historia económica de cada país.

Jeschek ejemplifica con la evolución económica de Alemania desde el periodo de auge del liberalismo hasta la economía planificada de la Primera Guerra Mundial, el resurgimiento liberal durante la República de Weimar, y luego la crisis económica mundial con sus connotaciones (control de cambios y de precios) que determinó el fin definitivo de la época liberal. Recuerda que lo mismo ocurrió durante el nacional-socialismo, que se encaminó también hacia la intervención para amparar la “economía de comando” implantada para la realización de los inmensos esfuerzos de guerra, época globalmente caracterizada por un total abandono de las garantías de un Estado de derecho. Luego de referirse al sistema implantado después de la República Federal en 1949, concluye enunciando las características fundamentales de la economía de mercado, para afirmar: “La misión del derecho penal económico es vigilar que la libertad económica no se transforme en libertinaje y que las medidas del Estado para la dirección de la economía puedan realmente efectivizarse.”³⁵

Es decir que en Alemania, como en muchos países, es factible comprobar:

a) La total relación entre planificación económica y derecho penal a que antes habíamos aludido.

b) Que ello es verificable examinando las etapas sucesivas de la historia de la economía alemana.

c) Que en definitiva el fin político criminal que orienta las normas vigentes, consiste en el establecimiento de límites a la acción de los particulares, a efectos de que sus actos no resulten lesivos al sistema económico allí imperante.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. 74.

3. Las diferencias que existen entre países desarrollados y sub-desarrollados determinan que el esquema antes mencionado, válido sin duda para Alemania, sea para los segundos aplicable sólo en parte, como consecuencia de una realidad cualitativamente diferente.

Se me ha de disculpar que acuda al ejemplo de Argentina donde se ha escrito:

De tal modo, el problema consiste en saber a qué orientación debe responder la punibilidad de aquel tipo de conducta y, concretamente cuáles son las conductas que se deben punir. Ciertamente entonces, una muy íntima y estrecha conexión existe entre esta actividad estatal y aquella más general que se denomina política socio-económica que, necesariamente, debe tenerse en cuenta en todo plan de desarrollo nacional.³⁶

Hay pues paralelismo entre planificación económica y derecho penal. La evolución histórica operada en Argentina también es útil para demostrar que el contenido y la orientación de las medidas económicas adoptadas varía y gravita sobre la política criminal.

Bergalli destaca la existencia de un primer periodo que se extiende hasta 1930, que es denominado “de la economía primaria exportadora”,³⁷ caracterizado por la ausencia de planificación y de prevención y represión de delitos que afectarían la estructura económica.

Debe transcurrir más de una década para que comience a aflorar en el país cierto espíritu penalizante contra los llamados delitos económicos. Es que no por casualidad aparecía una dirección más o menos determinada de la economía nacional, dictada a través de un número de disposiciones legislativas y reglamentarias que compendaban el pensamiento político de la época que se inauguraba.³⁸

Se ocupa luego de narrar las diversas alternativas posteriores, signadas todas por la inestabilidad política existente en Argentina desde 1955, durante las cuales surge nuevamente la controversia liberalismo-dirigismo, que tiene su correlato en la dogmá-

³⁶ Roberto Bergalli. *Estructuras económicas nacionales. Delitos que atentan contra ellas e investigaciones socio-criminales para categorizarlos*, “Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino”, Universidad de Belgrano, Ed. Cátedra, p. 68.

³⁷ Aldo Ferrer, *La economía argentina, las etapas de su desarrollo y problemas actuales*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1963, p. 91.

³⁸ Roberto Bergalli, *op. cit.*, *supra*, nota 36, p. 70.

tica penal, entre partidarios y detractores del derecho penal económico.

En consecuencia el paralelismo entre planificación económica y derecho penal es verificable también en la historia económica argentina. No parece ser totalmente ésa la opinión de Bergalli cuando dice que “a pesar de los distintos enfoques dados a la política económica a través de ciertos periodos históricos de esta última, el criterio político criminal seguido en materia penal económica no ha tenido las variantes propias que hubiesen correspondido”.³⁹ Pero el mismo autor debe reconocer que “el recurso a la punición de conductas que se consideren lesivas a un determinado orden económico estará regido eventualmente por la mayor o menor participación estatal en actividades que se consideren como integrantes fundamentales de la estructura nacional”,⁴⁰ y en el curso de la historia económica argentina ello es verificable, pues el escaso desarrollo de esta rama del derecho penal reconoce como causa fundamental la ausencia de una planificación económica sostenida, y especialmente carente de objetivos claros y perdurables en el curso del tiempo.

Tan cierto es ello que los periodos que se caracterizan por una mayor ingerencia del Estado en la economía presentan paralelamente una actividad evidente de incriminación de conductas que se consideran lesivas a dicha intervención. Tal es el caso de la legislación adoptada en materia de identificación de mercaderías, precios máximos, cambios, monopolios, etcétera.

Lo que sí es de reconocer es que toda la legislación penal económica argentina ha sido incoherente y en gran medida fruto del apresuramiento y la improvisación,⁴¹ pero ello está lejos de contradecir la tesis del paralelismo, dado que si en Argentina no ha habido una sostenida planificación de la economía, mal podía haberse estructurado una adecuada política criminal para coadyuvar con ella.

VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LOS DELITOS ECONÓMICOS

1. Hemos pues comprobado que no existen diferencias substanciales entre un país desarrollado y otro subdesarrollado en cuanto a la existencia de una relación interdependiente entre las medidas de planificación económica y de política criminal. Tal

³⁹ Roberto Bergalli, *op. cit.*, *supra*, nota 27, p. 194.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 210.

paralelismo es también evidente en la historia económica de cada país.

Queda por verificar la tercera afirmación que extraíamos del pensamiento de Jescheck, referido al fin político criminal que se proponía la reforma penal alemana de 1949.

El portavoz de dicha reforma, Eberhard Schmidt, presidente de la Comisión de Derecho Penal Económico que la orientó, pudo definir un concepto de delito económico afirmando que el mismo existe cuando el acto en cuestión viola “*el interés del Estado por la integridad y conservación del sistema económico*”.⁴²

¿Ése es también el concepto de delito económico para un país subdesarrollado? Planteado en otros términos: ¿las planificaciones económicas de nuestros países deben responder al objetivo de preservar la integridad y conservación del sistema económico?

2. Ésa parece ser la opinión de Aftalión quien al abordar el tema invoca las regulaciones que el Estado debió hacer en la economía de los países desarrollados. Tal la consideración que vincula el origen de la preservación del régimen económico con la transformación de los mercados de capitales: económico y del trabajo. La despersonalización que sufren los concurrentes a esos centros y la interdependencia que mantienen ambos con las fluctuaciones de la renta, los precios y los salarios, en su opinión, van marcando la creación de tipos penales que resguarden al sistema de las acciones lesivas al mismo.⁴³

Admitimos que ésa es la explicación que se reconoce como correcta en orden al origen y evolución del derecho penal económico en los países desarrollados. Es también probable que las primeras medidas de legislación penal económica en los países subdesarrollados hayan respondido a ese esquema.⁴⁴

Pero el concepto no parece suficiente para explicar actualmente la razón de ser del derecho penal económico en los países subdesarrollados. En todo caso y a medida que el intervencionismo estatal en su economía va asumiendo nuevas formas, tal concepto parece superado. En modo alguno puede afirmarse que en los

⁴² Eberhard Schmidt. “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, mayo, 1948; y “Das neue westdeutsche Wirtschaftsrecht”, Tubinga Mohr, 1950; citado por Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Ed. Lozada, 1964, t. 1, p. 57.

⁴³ Enrique R. Aftalión. *Tratado de derecho penal especial*. “La Ley”, Buenos Aires, 1969, t. 1, p. 83.

⁴⁴ Tal el caso de la Ley No. 13.305 sancionada en Chile para reprimir los monopolios, en la que se castigan los actos que tienden a impedir la “libre competencia”.

países que han creado tipos penales en protección de su política de planificación de inversiones o de transferencia de tecnología, ello responde a la necesidad de intervenir en la relación entre el capital y el trabajo, o la de regular precios y salarios.

Las planificaciones económicas que cada vez con mayor frecuencia ensayan los países subdesarrollados en general y de América Latina en particular, responden cada vez menos al propósito de establecer límites para preservar el sistema económico de la acción de los particulares, que a la finalidad de modificar la estructura económica a efectos de procurarse un desarrollo independiente.

3. En verdad la planificación económica en América Latina, por ejemplo, ha importado la adopción de medidas de dirección por parte del Estado con la finalidad de modificar su situación de dependencia con el exterior. Puede afirmarse que se trata de un proceso de sucesivas modificaciones de las relaciones y reglas del juego, entre las formas de penetración económica generadas desde el exterior, y las medidas que se adoptan para impedirlo.

Fue así como la política de sustitución de importaciones pretendía modificar la relación de inferioridad causada por el deterioro que se operaba a través del tiempo en los términos del intercambio, por el progresivo aumento del precio de las manufacturas que se importaban y la disminución paralela en el precio de los productos primarios que se exportaban al exterior.⁴⁵

Esa etapa se fue agotando y el cuadro se modificó hacia nuevas formas de dependencia:

Una vez cubierta la sustitución de importaciones de aquella gama de manufacturas donde son menores las exigencias tecnológicas, comienzan a generalizarse los arreglos con empresas extranjeras para el suministro de asistencia técnica, procedimientos y marcas de fábrica, a un costo directo que no es despreciable y con repercusiones indirectas difíciles de cuantificar. Y en una etapa más adelantada el proceso ha llevado a una participación creciente de las inversiones extranjeras directas en actividades orientadas hacia el mercado inter-

⁴⁵ Este proceso ha sido explicado en los siguientes términos: "Mientras las exportaciones de productos primarios en general —salvo pocas excepciones— aumentan con relativa lentitud, la demanda de importación de productos manufacturados tiende a crecer con celeridad cuanto mayor sea el ritmo de desarrollo." Documento básico elaborado por Raúl Presbich que fue antecedente de la UNCTAD I. Este proceso fue calificado en el mismo documento como "tendencia persistente al desequilibrio exterior en el curso del desarrollo".

no, sea mediante la formación de nuevas empresas o a través de la compra de activos de empresas existentes.⁴⁶

Por consiguiente la realidad que según hemos visto fue la que determinó las primeras medidas de planificación económica,⁴⁷ obligó a los países latinoamericanos a ensayar políticas de sustitución de importaciones y, en una etapa posterior, a reemplazarlas en la medida en que al agotarse progresivamente fueron generando el actual esquema de dependencia tecnológica, especialmente a partir de la década de 1950.⁴⁸

La reacción frente al desequilibrio en la balanza de pagos, el desempleo y el agotamiento de la anterior estrategia de desarrollo, fue progresivamente motivando a los países latinoamericanos a adoptar nuevas formas de planificación de su economía, con el objeto de afrontar su subdesarrollo científico y tecnológico,⁴⁹ y los obligó a adoptar medidas en materia de inversiones extranjeras, propiedad industrial y transferencia de tecnología.

Naturalmente en lo que podría denominarse una nueva etapa de desarrollo para los países latinoamericanos, es también esencial la intervención del Estado. A partir de la evidencia de que el sector privado o carecía de la capacidad de innovación tecnológica o simplemente no la utilizaba, y que ése era un factor fundamental para el progreso de la industria, la política de investigación tecnológica sólo pudo iniciarse y podrá desarrollarse en el futuro, con una intervención muy activa y directa del Estado. Esto no implica que las empresas privadas deban desentenderse de esa actividad.⁵⁰

También los países industrializados actúan en este campo mediante el cumplimiento por el Estado de un papel principal, al extremo de que soporta la mayor parte del costo; pero la moda-

⁴⁶ Pedro Vuskovic. *Distribución de ingreso y opciones de desarrollo*. "Cuadernos de la Realidad Nacional", 5 de septiembre de 1970, pp. 41 y ss.

⁴⁷ *Vid.*, *supra*, II

⁴⁸ *Conf.* Pedro Vuskovic, *op. cit.*, *supra*, nota 46; Aldo Ferrer. "Industrias básicas, integración y corporaciones internacionales" *La dependencia político-económica de América Latina*, 6a. ed., México, Siglo XXI, 1974, p. 90; Carlos María Vilas, *La dominación imperialista en América Latina*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, p. 29; Theotonio dos Santos. "La crisis de la teoría del desarrollo y las relaciones de dependencia en América Latina", *La dependencia político-económica de América Latina*, 6a. ed., México, Siglo XXI, 1974, pp. 159 y ss.

⁴⁹ Miguel S. Wionczek, Gerardo M. Bueno y Jorge Eduardo Navarrete, *La transferencia internacional de tecnología. El caso de México*, México, 1974, Fondo de Cultura Económica, p. 16, en especial referencia al caso de México.

⁵⁰ Amílcar O. Herrera. *Ciencia y política en América Latina*, 2ª ed., México, 1972, Siglo XXI, pp. 147 y 150.

lidad de la intervención estatal en los países subdesarrollados debe ser esencialmente diferente.⁵¹

Por consiguiente también en esta nueva etapa se puede verificar que si bien la planificación estatal es la regla en todos los países, el contenido de dicha planificación y los objetivos que se procuran no son iguales, según se trate de países industrializados o subdesarrollados.⁵² En el caso de los países latinoamericanos se han adoptado planificaciones no ya con la finalidad de establecer límites a la actividad de los particulares con el objeto de preservar la economía de mercado, sino con el propósito de alcanzar un desarrollo independiente.

Las planificaciones latinoamericanas no parecen encuadrar, por consiguiente, en la alternativa planificación socialista-programación capitalista.⁵³ Parecería que las mismas procuran algún tipo

⁵¹ Amílcar O. Herrera, *op. cit.*, *supra*, nota 50, p. 148.

⁵² Por otra parte la realidad de cada país hace que las mismas medidas consideradas en abstracto, tengan consecuencias diversas al ser aplicadas concretamente en un país y en otro. Ello como consecuencia de la incidencia que determinados factores tienen en la realidad económica de cada país.

En el caso particular de América Latina se ha señalado que no es posible desvincular la política proteccionista aplicada por los gobiernos con: 1) la actitud adoptada respecto a la importación de tecnología, y 2) la presencia de empresas internacionales en el sector industrial. Fernando Fajnzylber explica que "esa abstracción podría inducir a ubicar en el mismo plano el análisis de una política proteccionista aplicada por países de América Latina por los países socialistas e, inclusive, con algunas salvedades, lo realizado en ciertas épocas por Japón", a continuación de lo cual dice que si bien formalmente tanto los países socialistas, como Japón, como los latinoamericanos han aplicado medidas destinadas a proteger sus respectivos mercados internos de determinadas importaciones, tanto en el caso de Japón como en el de los países socialistas, se favorecieron empresas nacionales, en tanto que en América Latina no, factor que pesó en su opinión para que se definiera una política liberal en materia de importación de tecnología.

La expresa en los siguientes términos: "En América Latina, la protección afectaba fundamentalmente a los productos finales, que eran aquellos cuyas importaciones se deseaba sustituir en primer término. Los bienes de capital y parte de los productos intermedios se adquirían en el exterior... Ahora bien, son precisamente los bienes de capital y algunos productos intermedios los que se incorporan y materializan la mayor parte de las innovaciones tecnológicas. En consecuencia ese hecho y la presencia de las empresas internacionales definían una política liberal de importación de tecnología."

La conclusión es que la realidad nacional gravita decisivamente sobre las medidas que los países pueden adoptar en procura del desarrollo, desde que "disponen de grados de libertad muy variables en cuanto a la posibilidad de modificar los niveles y estructuras de la protección a través del tiempo". La estrategia agotada es definida por Fajnzylber como "estrategia hacia adentro, pero dependiente del exterior". Fernando Fajnzylber, "La empresa internacional en la industrialización de América Latina", en *Corporaciones multinacionales en América Latina*, Buenos Aires, 1973, Ed. Periferia, pp. 17 y 18.

⁵³ Ésa no parece ser la opinión de Theotonio Dos Santos para quien "Una crítica especial merece la idea que la planificación es característica general de la

de desarrollo económico que posea ciertas características de los dos sistemas aparentemente antagónicos, sin llegar a ser la copia de uno de ellos.⁵⁴

Como lógica consecuencia de todo lo expuesto, el contenido y finalidad del derecho penal económico no puede ser igual, ni debe ser estudiado desde la misma perspectiva en países que tienen distintas características. La formulación de las necesidades de política criminal, los intereses sociales de cuya protección se trata y consiguientemente los tipos penales que es del caso legislar en cada caso, son lógicamente diversos.

Nuestro pensamiento sería, en síntesis, que admitiendo el paralelismo entre planificación económica y derecho penal, y dado que la primera en los países latinoamericanos debe estar orientada, y de hecho ello está sucediendo en forma cada vez más pronunciada, a procurar a los países de la región un desarrollo independiente, el bien jurídico tutelado por los delitos económicos debe vincularse con el interés de esas comunidades en alcanzar ese objetivo.

4. El cuadro que hemos descrito como común en general a los países latinoamericanos es también evidente en la realidad económica y la legislación mexicana.

a) En primer lugar también en México el proceso presentó los rasgos generales que hemos indicado.⁵⁵

b) Por otra parte, un examen comparativo de su legislación permitirá ratificar cuanto llevamos dicho.

Para ello hemos elegido el área de problemas en que parece definirse la política de promoción de su desarrollo. Nos ocuparemos por consiguiente de la ley que reglamenta las inversiones extranjeras, la que regula la transferencia de tecnología y la que trata de la propiedad industrial.⁵⁶

sociedad moderna, sea socialista o capitalista. La planificación socialista somete las leyes ciegas del mercado, de la competencia, etcétera, al control político de la sociedad y lleva a su superación. La programación capitalista trata de guiar esas fuerzas ciegas en interés de las mismas fuerzas que crean el carácter anárquico fundamental de la sociedad capitalista: la propiedad privada y la ganancia”, *op. cit.*, *supra*, nota 48, p. 156.

⁵⁴ Miguel S. Wionczek. “El endeudamiento público externo y los cambios sectoriales en la inversión privada extranjera en América Latina”, en *La dependencia político-económica de América Latina*, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁵ *Conf.* Miguel S. Wionczek, Gerardo M. Bueno y Jorge Eduardo Navarrete, *op. cit.*, *supra*, nota 49. Ver asimismo Gonzalo Robles y Ernesto de la Peña, *La industrialización en el desarrollo económico de México*, cinco ensayos, Ed. Productividad, México, 1968, p. 128.

⁵⁶ El análisis de la legislación económica actualmente en vigencia en México no se agota naturalmente con las normas a que se hace mención en el texto.

Las dos primeras son de relativamente reciente sanción y están orientadas en el sentido enunciado. Ello está incluso expresamente dicho en el artículo 1º de la Ley de Inversiones, cuando aclara que el objeto de la misma es “promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera para estimular un desarrollo justo y equilibrado y *consolidar la independencia económica del país*”.

En tanto la ley que crea el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas no tiene previsiones de política criminal, la de inversiones ha previsto un delito penal económico en su artículo 31, y un conjunto de infracciones al orden en los artículos 27 y siguientes. Esta ley es un claro ejemplo del paralelismo que antes hemos señalado, precisa claramente cuál es su objeto, y de allí podemos sacar conclusiones en orden al bien jurídico tenido en cuenta al sancionar las infracciones y el delito que la misma ha establecido.

La Ley de Propiedad Industrial, por el contrario, data de 1942 y responde a una orientación diferente, lo que resulta explicable por la época de su sanción. No protege un interés colectivo, puesto que reposa sobre el tradicional sistema de protección del derecho de propiedad del inventor.

No es oportuno desarrollar aquí las bases del sistema internacional de patentes y el mérito de la política de propiedad industrial de los países que siguen análoga filosofía.⁵⁷ Pero lo que sí importa es sacar la conclusión de que, en la medida en que las numerosas disposiciones penales contenidas en la Ley de Propiedad Industrial están destinadas a la protección del derecho de pro-

Su elección responde al deseo de ejemplificar con ellas y sacar algunas conclusiones que juzgamos válidas para definir la orientación a que responden las medidas de planificación que actualmente ensayan algunos países latinoamericanos. Ello resulta de utilidad no sólo para reconocer el bien jurídico que se procura tutelar con la creación de tipos penales en algunas leyes recientes, como la que regula las inversiones, sino también para descartar como delitos económicos las hipótesis que prevén otras, como la que trata de la propiedad industrial.

⁵⁷ Con respecto a la aplicación del sistema de patentes en los países en desarrollo vid. Constantine V. Vaitsos, *La función de las patentes en los países en vías de desarrollo*, sobretiro de “El Trimestre Económico”, vol. XI, México, enero-marzo de 1973, núm. 157; Mauricio Guerrero, *El régimen común de la investigación extranjera en el Grupo Andino*, “Derecho de la Integración”, núm. 8, abril de 1971; J. M. Katz, *Patentes, corporaciones multinacionales y tecnología. Un examen crítico de la legislación internacional*, *Desarrollo Económico*, núm. 12, Buenos Aires, p. 105; Amílcar O. Herrera, *op. cit.*, *supra*, nota 50, pp. 142 y 143; Miguel S. Wionczek, Gerardo M. Bueno y Jorge Eduardo Navarrete, *op. cit.*, *supra*, nota 45, p. 11; Edith L. Penrose, *La economía del sistema internacional de patentes*, 1ª ed. en español, México, 1974, Siglo XXI, p. 195, la que incluye un capítulo que no contenía la edición inglesa sobre “las patentes internacionales y los países poco desarrollados”.

iedad que se reconoce al titular de la patente y no un interés colectivo, no cabe reconocerlas como delitos económicos.

VII. ELIMINACIÓN DE ALGUNOS TIPOS PENALES DEL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Al haber relacionado el bien jurídico en los delitos económicos con la planificación económica estatal, mediando la aclaración referida a los países en desarrollo de que ésta es instrumental respecto a la obtención de un desarrollo independiente, hemos pretendido precisar el ámbito que corresponde al derecho penal económico.

Siguiendo la concepción dominante que establece una división de los bienes jurídicos en individuales y colectivos, no cabe duda que los tipos que forman parte de esta rama del derecho penal protegen bienes colectivos.

Ello no implica que paralelamente no puedan obtener protección penal algunos intereses individuales, pues puede quedar amparado además un bien jurídico de propiedad de un particular. Pero lo que caracteriza a estas normas es que describen acciones que afectan la política de intervencionismo en lo económico social adoptada por el Estado.⁵⁸

Lo decisivo, como señala Mezger, es elegir el bien jurídico que está situado en primer lugar y tomar sólo a éste como base.⁵⁹ “Cuando hablamos de hechos punibles contra la comunidad en particular, sólo queremos decir que en ellos el punto de vista y los intereses de la comunidad están situados en forma especial, en primer plano.” “Estos hechos punibles no tienen en cuenta la esfera privada del individuo y de su patrimonio.”⁶⁰

2. Como consecuencia de la delimitación indicada, corresponde excluir del ámbito del derecho penal económico algunos tipos penales que pueden presentarse como casos dudosos.

Algunos ejemplos pueden resultar de utilidad:

a) Los tipos que suponen la protección de la buena fe en las transacciones individuales como la estafa y la defraudación, procuran la protección de intereses individuales y no colectivos.

⁵⁸ Conf. Enrique R. Aftalión, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 86; *Vid.*, asimismo la intervención de Eduardo Novoa Monreal en las Quintas Jornadas de Ciencias Penales de Chile, en “Revista de Ciencias Penales”, Instituto de Ciencias Penales, Chile, t. xxi, núm. 1, enero-junio de 1962, p. 109, donde dice que el sujeto pasivo en estos delitos es la colectividad.

⁵⁹ Edmund Mezger, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 398.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 321.

Estos tipos son buen ejemplo de que el derecho penal económico de un país en el que se trata de establecer límites a la acción de los particulares, con el objeto de obtener un funcionamiento regular de la llamada economía social de mercado, tiene un ámbito distinto que el de un país que procura dar protección a la planificación que ha realizado en procura de un desarrollo independiente.

Para ello es oportuno acudir nuevamente a Eberhard Schmidt y a Jescheck, pues si la misión del derecho penal económico es preservar el interés del Estado por la integridad y conservación del sistema económico⁶¹ o vigilar que la libertad económica no se transforme en libertinaje,⁶² es factible que uno de los límites para que ello no suceda sea el respeto a la buena fe que debe presidir las transacciones comerciales y la consiguiente incriminación de la estafa y la defraudación. Estos delitos por consiguiente quizá puedan tener puntos de contacto con el derecho penal económico alemán, pero no pueden ser incluidos desde la perspectiva de la legislación de un país en vías de desarrollo.⁶³

b) Tampoco cabe incluir aquellos delitos ligados a la protección del crédito comercial, como los prendarios, los de quiebra o la usura⁶⁴ por idéntica fundamentación.

c) La misma exclusión es válida para los tipos que suponen la protección de los instrumentos jurídicos del comercio, como los que se cometen mediante cheques o falsedades en los libros de comercio, etcétera.

d) De igual modo no corresponde considerar delitos económicos a los que suponen dar protección a la organización privada de la actividad comercial, como por ejemplo los delitos de sociedades.

e) La razón común para todas esas exclusiones es que todos esos delitos afectan intereses individuales y no colectivos. Ello es aplicable incluso a aquellos delitos que por afectar multiplicidad de sujetos suelen ser considerados delitos económicos.

Uno de los casos más relevantes corresponde a los supuestos de defraudaciones con grandes inmuebles, lo que se ha producido

⁶¹ Eberhard Schmidt, *supra* vi-1, y nota 42.

⁶² Hans Heinrich Jescheck, *supra* v-2, y nota 33, p. 74.

⁶³ El párrafo del texto no debe ser interpretado como una afirmación de que la estafa y la defraudación sean delitos económicos desde la perspectiva del Derecho penal alemán. Lo que se pretende es sostener que si ello puede ser discutible en Alemania, no resulta viable respecto de los países que procuran planificar su economía con la finalidad de revertir su situación de dependencia.

⁶⁴ Un trascendente estudio sobre los aspectos civiles y penales de la usura puede verse en Héctor Masnatta y Enrique Bacigalupo, *Negocio usurario. Ilicito civil y delito de usura*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1972.

en gran volumen en algunos países como consecuencia del problema de la vivienda.⁶⁵

Es innegable la repercusión social que han tenido estos delitos; pero ello ha sido como exclusiva consecuencia de la enorme cantidad de víctimas, lo que no autoriza —desde nuestra perspectiva— a considerarlos delitos económicos. La importancia que tienen está dada por la existencia de muchos sujetos afectados, pero todos ellos en forma individual.

En estos casos no existe menoscabo para la planificación económica ni para los objetivos que la misma procura. Por otra parte la afectación de un interés colectivo no es igual a la lesión de muchos intereses individuales determinados o en todo caso determinables. En los casos de defraudaciones con multiplicidad de sujetos pasivos, no existe una lesión que exceda la de las víctimas.

f) Dos palabras finales merece el caso de los delitos tributarios a los que Novoa Monreal excluye, pues “ellos se conciben perfectamente aun en regímenes que no acepten ninguna forma de intervención estatal o de regulación de la economía y que dejen la más amplia libertad para las actividades que a aquélla conciernan”.⁶⁶

Desde nuestro punto de vista no es factible hacer un enunciado tan general. Nos parece que también aquí importa tener en cuenta que es diferente el contenido y los objetivos de planificación según el país de que se trate.

En los países que adoptan medidas económicas en procura de un desarrollo independiente, la planificación puede incluir, y de hecho ello sucede, medidas de política tributaria. En tales casos las acciones de los particulares que sean lesivas a las normas de regulación impositiva, no deben ser descartadas del ámbito que corresponde al derecho penal económico.

Dependerá por consiguiente de la política general adoptada en cada caso por la planificación estatal. Si la misma incluye resortes de regulación impositiva como parte de un conjunto global de medidas económicas, nos parece que los delitos tributarios, en tanto lesionen medidas que forman parte de dichos planes, deben ser considerados delitos económicos.

⁶⁵ Vid., David Baigun. *Comentario a la jurisprudencia reciente en defraudaciones con grandes inmuebles*, en “Nuevo Pensamiento Penal”, año 1, núm. 1, enero-abril de 1972, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 104.

⁶⁶ Eduardo Novoa Monreal, *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 163. En contra Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 61.

VIII. DELIMITACIÓN DE LA SINGULARIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO RESPECTO DEL DERECHO PENAL

1. Al desechar la tesis favorable a la autonomía del derecho penal económico⁶⁷ hemos acordado que los principios que lo informan no son ontológicamente originales, y que al no conformar una sistemática completa, sus problemas encuentran solución subsidiariamente en la dogmática penal.⁶⁸

Más precisamente corresponde afirmar que su especialidad en modo alguno supone inaplicabilidad para aquellos principios que suponen la base del sistema, y por consiguiente “la legislación penal económica deberá ligarse a los principios de determinación exhaustiva de la conducta prohibida y al principio de culpabilidad”.⁶⁹

Esto supone, al igual que en todo el derecho penal, procurar no legislar de acuerdo con pautas de responsabilidad objetiva, privilegiando el principio de culpabilidad y no la simple responsabilidad por la sola realización del hecho.⁷⁰

2. Esto ha motivado que un sector de la doctrina recomiende el abandono de la “práctica frecuente de acudir al uso de leyes en blanco y de tipos penales abiertos”.⁷¹

La crítica se ha dirigido especialmente hacia “la continua referencia a ordenanzas, reglamentos o simples mandatos de la autoridad administrativa, o sea, lo que la doctrina ha llamado leyes penales en blanco, que se caracterizan por el hecho de que la hipótesis delictiva no se completa con el precepto, sino que debe llenarse mediante el auxilio de otras fuentes diversas”.⁷²

Existe por cierto un reparo saludable en contra de las legislaciones que acuden en forma asidua al uso de leyes penales en blanco. El mismo excede el ámbito del derecho penal económico y se proyecta como pauta de prudencia válida para toda norma penal. Lo que no parece razonable, sin embargo, es imputarles a las legislaciones económicas haber sido las que caprichosamente

⁶⁷ *Supra* III-2.

⁶⁸ *Vid.*, nota 22. Es importante recordar que en el VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma en 1953, se adoptó la conclusión 1 b, referida a las cuestiones no previstas por el derecho penal económico, para lo que recomendó acudir a los principios generales del derecho penal, con una adaptación constante a los rasgos característicos de la materia.

⁶⁹ Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 92.

⁷⁰ Roberto Bergalli, *op. cit.*, *supra*, nota 27, p. 216.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Luis Cousiño, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 56.

han acudido a tal práctica, pues precisamente lo recomendable no es un rechazo total a la misma sino criticar la corruptela que supone su uso innecesario.

Es precisamente en esta materia en una de las que existe más necesidad, pues como señala Novoa Monreal “hay determinado tipo de infracciones, transgresiones en el campo económico, que no se conciben sin el complemento de los reglamentos de la autoridad”, poniendo el claro ejemplo de las infracciones de precios.⁷³

3. En la tarea de buscar características que funden la especialidad del derecho penal económico, se ha afirmado, especialmente a través de autores chilenos, que los delitos económicos se caracterizan por la presencia de elementos subjetivos del tipo.

Ésa es la opinión de Ampuero, quien afirma: “un tercer elemento de configuración del delito económico lo constituye para nosotros el elemento subjetivo, consistente en el propósito, por parte del autor, de obtener un lucro adicional, una utilidad complementaria en el giro habitual de su negocio.”⁷⁴

En términos coincidentes Cousiño al tocar el tema afirma: “es indispensable para el juicio de reproche que se encuentren dentro del psiquismo consciente los llamados elementos subjetivos de la antijuricidad o los elementos normativos de la misma, en un sentido fáctico y no valorativo.”⁷⁵

Finalmente Novoa Monreal también sostiene la presencia de un elemento subjetivo del tipo cuando concluye que el “propósito de lucro” caracteriza el delito económico.⁷⁶

No participamos de este punto de vista, pues en realidad no vemos que sea de la esencia de los delitos económicos, que sean cometidos con un ánimo especial. Nos parece suficiente aplicar los principios generales de la teoría del delito.

Por consiguiente, y salvo que en la construcción de algún tipo en particular aparezca descrito un elemento subjetivo, será suficiente el dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo.⁷⁷

Va de suyo que si en algún caso se requiere algún elemento subjetivo especial que dirija el contenido de la acción en deter-

⁷³ Eduardo Novoa Monreal, *op. cit.*, *supra*, nota 58, p. 109; y *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 167.

⁷⁴ Raúl Ampuero, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 28.

⁷⁵ Luis Cousiño, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 55. Por otra parte la inexistencia de un elemento subjetivo requerido en el tipo, es un requisito de la tipicidad de la conducta y no del juicio de reproche.

⁷⁶ Eduardo Novoa Monreal, *op. cit.*, *supra*, nota 58, p. 109.

⁷⁷ Hans Welzel, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 95.

minado sentido, tal requisito será una condición que deberá exigirse para que la conducta sea típica.⁷⁸ Pero ello entendido como un requisito propio del caso particular de que se trate y no como una norma general de interpretación que sea común a todos los delitos económicos.

4. Tampoco nos parece que sea un rasgo de singularidad propio de los delitos económicos el que deba considerárselos la “última ratio” de la protección del orden económico.

Naturalmente cabe admitir que este tipo de legislación no podrá por sí sola evitar “el desfasaje económico social que se ha generado en ciertas épocas... olvidándose que el derecho penal económico es la última ratio a la cual se debe recurrir para la custodia del orden económico”,⁷⁹ pero ello es característica común de todo el derecho penal.⁸⁰

De cualquier forma, al hacer una formulación de la orientación que debería tener una adecuada regulación legislativa de la materia, cabe acordar que resulta necesario no dejar de lado aquella verdad según la cual ningún proceso se regula sobre la exclusiva base de medidas represivas.⁸¹

5. Uno de los temas con los que más se ha ponderado la singularidad del derecho penal económico se relaciona con la tesis

⁷⁸ *Ibid.*, p. 113 y ss.; Jiménez de Asúa llama a estos casos como de “ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos de lo injusto”, *op. cit.*, *supra*, nota 42, t. III, p. 940.

⁷⁹ Roberto Bergalli, *op. cit.*, *supra*, nota 27, p. 216, quien cita a Klaus Tiedemann; *vid.*, asimismo, la intervención de Aftalión en las Quintas Jornadas de Ciencias Penales de Chile, donde se refiere a este tema con relación al derecho penal económico, publicado por “Revista de Ciencias Penales”, Instituto de Ciencias Penales, Chile, enero-junio de 1962, t. XXI, núm. 1, p. 114.

⁸⁰ Jürgen Baumann. Ver su proyecto en *Jornadas Internacionales de derecho penal argentino*, Universidad de Belgrano, Ed. Cátedra, p. 79. Dice: “El derecho penal no constituye un remedio universal. Es de naturaleza subsidiaria y sólo debe ser empleado donde han fracasado las otras medidas de política social.”

Su influencia en las conclusiones de una de las Secciones del Congreso fue evidente, pues se aprobó en el mismo que “Debe considerarse que el derecho penal es la ‘última ratio’ a la que se recurre después de haber extremado todos los recursos de la política social del Estado”, p. 78.

La proposición de Baumann que recogía objetivos del proyecto alternativo, fue apoyada por Armin Kaufmann y Claus Roxin. *Vid.*, Claus Roxin, *Las nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana*, “Nuevo Pensamiento Penal”, año 1, núm. 3, Ed. Astrea, septiembre-diciembre de 1972, p. 387.

⁸¹ Enrique Bacigalupo al señalar una serie de pautas que tener en cuenta en la formulación de un programa racional de reformas incluye el “desplazamiento de los puntos de vista en dos ámbitos fundamentales: a) De la exclusividad represiva a las medidas preventivas, y b) De la represión dirigida a disvalores de acción éticos, a acciones económicas disvaliosas”, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 92.

de la distinción cualitativa que algunos creen encontrar entre delitos e infracciones al orden económico, pensamiento que no compartimos.

Otra de las cuestiones que fundan tal especialidad está directamente vinculada al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cabe admitir que se trata de una modificación evidente de los principios generales y de innegable importancia.

Dada la trascendencia que ambos temas tienen, les hemos dedicado los dos siguientes capítulos de este trabajo.

IX. LAS LLAMADAS INFRACCIONES AL ORDEN ECONÓMICO

1. Uno de los rasgos que comúnmente caracterizan la legislación penal económica es que las acciones lesivas a los bienes jurídicos que ella protege, han sido reprimidas no sólo mediante la creación de tipos delictivos, sino también con las llamadas infracciones al orden.

La polémica doctrinaria se ha centrado a propósito de establecer diferencias entre unos y otros, pues mientras parte de los autores establecen una distinción esencial o cualitativa, otro sector considera que el distingo es simplemente de magnitud; es decir, meramente cuantitativo.

En Alemania la discusión comenzó con la sanción de la Ley Penal Económica de 1949 y las que la precedieron, entre las que cabe citar la Ordenanza sobre Régimen de Abastecimiento del 27 de agosto de 1939 y la del 5 de abril de 1940, la de Economía en Tiempo de Guerra del 4 de septiembre de 1940 y la de Derecho Penal de Precios del 26 de octubre de 1944.⁸²

Es por ello que la dogmática alemana se ha ocupado en especial de este problema adjudicándole tanta importancia como para que se afirme que el rasgo fundamental del derecho penal económico alemán es la diferencia entre hechos punibles y transgresiones al orden.⁸³

2. Los dos autores cuyo pensamiento más ha gravitado en favor de la tesis de la diferenciación cualitativa han sido James Goldschmidt, pues fue su pensamiento el que dio origen a esa concepción⁸⁴ estrechamente ligada al problema de la autonomía

⁸² Edmund Mezger, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 398.

⁸³ Hans Heinrich Jescheck, *op. cit.*, *supra*, nota 33, pp. 75 y ss.

⁸⁴ *Ibid.*; Enrique R. Aftalión, *op. cit.*, *supra*, nota 21; *vid.*, asimismo, *supra*, nota 16.

del Derecho penal económico; y Eberhard Schmidt, quien, como dijimos, fue el presidente de la Comisión de Derecho Penal Económico y principal orientador de la Ley Penal Económica de 1949.⁸⁵

La línea argumental de esta concepción ha sido desarrollada por Roberto Goldschmidt sobre las siguientes bases:

a) En tanto el delito está referido al valor justicia, la infracción encuentra sentido en el valor bienestar público.⁸⁶

b) Un delito lesiona derechos subjetivos u otros bienes de cultura jurídicamente protegidos e individualizados. Por el contrario, una infracción sólo supone la inobservancia del deber de obediencia a mandatos emitidos en aras de intereses administrativos.⁸⁷

c) La pena del delito tiene un sentido ético. En cambio la que se aplica en caso de infracciones es una pena de orden, no tiene que ver con la prevención especial ni con la expiación. Tampoco se rige por la legalidad sino por la oportunidad.⁸⁸

d) Un argumento vinculado a la no aplicabilidad a las infracciones de algunos principios generales de la teoría del delito, como los de legalidad y retroactividad de la ley penal más benigna.⁸⁹

e) Diferencias de orden procesal referidas a la conveniencia de que las infracciones sean juzgadas en sede administrativa.⁹⁰

Toda la base de esta argumentación consiste en afirmar que sólo es admisible en los delitos la existencia de una infracción a un bien jurídico, en tanto que la contravención no supone más que indiferencia del autor en el cumplimiento de su deber de colaborar para el funcionamiento regular de la administración.

Esta concepción ha sido explicada con impecable precisión por Maurach, con base en la diversidad de ataque al bien jurídico. Sólo los delitos suponen la protección de un bien jurídico claramente perfilado.⁹¹ Por el contrario, la transgresión no surte efectos en nada que vaya más allá de la relación entre la autoridad

⁸⁵ Hans Heinrich Jescheck, *op. cit.*, *supra*, nota 33, pp. 75 y ss.; Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 42, p. 57.

⁸⁶ Roberto Goldschmidt, *La teoría del derecho penal administrativo*, "La Ley", del 7 de mayo de 1954.

⁸⁷ Roberto Goldschmidt, *Novedades en el derecho penal alemán de 1952*, *La Ley*, t. 68, p. 853.

⁸⁸ Roberto Goldschmidt, *Problemas político-legislativos en materia económica*. "Revista Jurídica de Córdoba", año 3, núm. 11.

⁸⁹ Roberto Goldschmidt y Geor Anders, "Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales". *Derecho penal administrativo*. Córdoba, 1946, p. 59.

⁹⁰ Roberto Goldschmidt, *op. cit.*, *supra*, nota 88; asimismo, Adolf Schönke, *op. cit.*, *supra*, nota 16, p. 299.

⁹¹ Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ed. Ariel, t. I, p. 19.

y el particular. En términos similares se expresan la mayoría de los autores alemanes donde la tesis de la distinción cualitativa es dominante.⁹²

3. La posición contraria ha sido defendida correctamente por Jescheck con argumentos que exceden el marco del derecho positivo alemán y son perfectamente válidos para nosotros.

Sostiene en primer lugar que la existencia del orden económico está en el interés general, porque en esa base, por todos aceptada, descansa la economía pública. Consiguientemente quien pone en peligro esas bases de existencia, interviene en la vida económica misma y comete por ello un hecho punible. La distinción entre delito y contravención encuentra sentido por consiguiente en una diferencia simplemente cuantitativa.⁹³

A continuación el mismo autor pone en tela de juicio la diferencia entre bienes jurídicos y administrativos, afirmando con acierto que la doctrina de la diferenciación cualitativa entre ellos, se basa en la consideración extremadamente liberal fundada en la teoría del derecho natural, según la cual no son verdaderas obligaciones jurídicas las que el particular tiene frente a la sociedad. Por el contrario debe admitirse que es materialmente antijurídico todo hecho intolerable a la convivencia humana, y en homenaje a un Estado social corresponde reivindicar la gravedad de tales injustos.⁹⁴

Las contravenciones no carecen de significación ético-social, y su diferencia con los delitos depende exclusivamente de una graduación del juicio de disvalor. La menor entidad de la pena se justifica por la menor importancia del bien jurídico, mas no por su inexistencia, y en muchos casos porque en las contravenciones se sancionan supuestos de mera peligrosidad abstracta.⁹⁵

Desde nuestro punto de vista la totalidad de las normas de po-

⁹² Además de los autores citados en el texto cabe mencionar dentro de la misma concepción a Rotberg, Lange Köhlhass, Gallas, Schlegtendal, Huber, Schönke Schroeder, Kleinknecht Müller, Niese, Sommer, Max Ernest Mayer y Erik Wolf; *vid.*, también Hans Heinrich Jescheck, *op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 75; Reinhart Maurach, *op. cit.*, *supra*, nota 91, p. 19; Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 42, p. 57. Asimismo *vid.*, Edmund Mezger, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 7, quien también sigue la doctrina de la diferenciación cualitativa.

⁹³ Hans Heinrich Jescheck, *op. cit.*, *supra*, nota 33, pp. 84 y ss., quien en el caso de la legislación alemana argumenta que se demuestra correcta la tesis de la diferenciación simplemente cuantitativa en que la ley económica de 1949 contiene "tipos mixtos", cuya existencia prueba que la distinción entre delitos e infracciones no puede ser ontológica; *conf.* Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 42, t. 1, p. 57.

⁹⁴ Hans Heinrich Jescheck, *op. cit.*, *supra*, nota 33, pp. 84 y ss.

⁹⁵ *Ibid.*

lítica criminal contenidas en las medidas de regulación económica, están destinadas a preservar la planificación adoptada y a lograr los objetivos que con ella se procuran en beneficio de la sociedad, teniendo en cuenta el interés general.

Por lo demás, y desde una perspectiva diferente, este tipo de sanciones establecidas para supuestos que no son delitos, no sólo no tienen diversa entidad cualitativa, sino que cuentan con similar eficacia preventivo-general (previa al hecho) que las normas que contienen tipos penales.⁹⁶

4. Con base en la distinción entre delitos y contravenciones ha surgido el problema de la jurisdicción en que deben ser resueltas estas últimas.

Se admite en general que la exigencia de la intervención excluyente del poder judicial corresponde sólo a los delitos, siendo admisible que las faltas sean sancionadas en sede administrativa, bien que con el debido contralor en sede judicial.

La cuestión tuvo especial significación en México, como consecuencia del texto actualmente vigente del artículo 21 de la Constitución en el que se declara que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial". El texto es diferente al de la Constitución de 1857 que atribuía a la autoridad judicial sólo la imposición de las penas propiamente tales, o sea las que correspondían a una infracción de la ley penal, dejando a la autoridad administrativa la sanción de las infracciones a otras leyes.⁹⁷

Pese a la modificación del texto constitucional en un sentido que parece más estricto, es pacífico que el mismo en su actual versión no veda la posibilidad de sancionar por violación de leyes cuya ejecución le compete a la administración.⁹⁸

⁹⁶ Sigue la tesis de la distinción simplemente cuantitativa: Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 42, t. III, p. 131; Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA Ed., 1973, t. I, p. 227; Rodolfo Moreno, *El código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H. A. Tommasi Ed., 1923, t. I, pp. 202 y ss.; Eusebio Gómez, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores SRL, 1939, t. I, p. 409; Enrique R. Aftalión, *op. cit.*, *supra*, nota 21; Ernesto R. Gavier, *op. cit.*, *supra*, nota 16, p. 28; Laureano Landaburu y Enrique R. Aftalión, *Acercas de las faltas o contravenciones, "La Ley"*, t. 30 p. 410; Ricardo Levene (H), *op. cit.*, *supra*, nota 22, p. 15; José Peco, *La reforma penal argentina*, Buenos Aires, 1921, p. 165; Juan P. Ramos, *Curso de derecho penal*, Buenos Aires, 1927, t. I, p. 303; Luis Jiménez de Asúa, *Las contravenciones o faltas, "La Ley"*, t. 56 p. 959. Constituye una excepción en la doctrina argentina Ricardo C. Núñez quien sostiene que el delito "lesiona lo que es nuestro" en tanto que la contravención, "lo que es del Gobierno", *Temas de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1958.

⁹⁷ Cabino Fraga, *Derecho administrativo*, decimocuarta ed., México, Ed. Porrúa, 1971, p. 252.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 253.

X. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. La dogmática penal ha debido enfrentar el problema que plantea la posibilidad, afirmada por unos y negada por otros, de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas.

Con el propósito de ir despejando argumentos que se han opuesto a la solución de este difícil asunto, nos hemos de ocupar en primer lugar de aquellos que no parecen esenciales por no tener en cuenta el eje central de la discusión.

Quienes siguiendo la teoría de Gierke dan respuesta afirmativa a este interrogante, entre los que se cuentan eminentes penalistas como von Liszt, Max Ernest Mayer, Hafter y Busch, sostienen la capacidad jurídico penal de las personas jurídicas. Es decir que la tesis tiene como punto de partida el hecho de que la existencia de una corporación supone que tiene capacidad propia, distinta e independiente de las de sus integrantes.

En consecuencia carecen de entidad las críticas que a continuación se enumeran:

a) Que la pena aplicada a una persona jurídica es sufrida por todos sus integrantes, entre los que hay inocentes.⁹⁹ Tal la opinión de Soler, quien alude a los socios que se opusieron a los actos ejecutados por los órganos sociales, así como a los accionistas que votaron por otros directores,¹⁰⁰ lo que ha merecido la réplica de que los socios o no supieron elegir las autoridades, o no vigilaron sus actos o no se retiraron a tiempo.¹⁰¹

Pero en realidad más allá de la crítica y su respuesta, reiteramos que toda la cuestión reposa en bases inadecuadas. Cuando se impulsa la factibilidad de este tipo de sanciones —reiteramos— se parte de la premisa de que existe una persona distinta de los individuos que la componen, y que la misma tiene capacidad jurídico penal.

De ello deriva que la pena así entendida no recae sobre los socios individualmente sino sobre el ente ideal. Consiguientemente no cabe argumentar a propósito de que los socios personalmente reciben pena alguna, pues tal razonamiento debería llevar a quienes lo sostienen a afirmar que tampoco se podría aplicar sanciones civiles a las personas jurídicas, lo que nadie pretende.

⁹⁹ Luis Cousiño, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 55.

¹⁰⁰ Sebastián Soler, *op. cit.*, *supra*, nota 96, p. 250.

¹⁰¹ Pedro Silva. *Vid.* su intervención en las Quintas Jornadas de Ciencias Penales de Chile, publicada en "Revista de Ciencias Penales", Instituto de Ciencias Penales, Chile, t. xxi, núm. 1, enero-junio de 1962, p. 103.

b) Tampoco parece fundamental el argumento referido a que la pena aplicada a personas jurídicas pierde efecto intimidatorio o ejemplificador, pues ellas no tienen alma ni sentimientos.¹⁰²

Ello no parece convincente. Por otra parte se ha señalado con acierto que en tales casos la pena no persigue fines de readaptación, sino de prevención y represión.¹⁰³

c) Sostiene Cousiño que si además de la pena aplicada a los asociados que realizaron las acciones delictivas se admite la punibilidad para la persona jurídica, se viola el principio *non bis in idem*.¹⁰⁴

En realidad tal razonamiento prescinde de que se parte del supuesto de la existencia de una persona distinta, pues de lo contrario llevaría a afirmar que se viola tal principio en todas las hipótesis de coautoría.

2. Despejado el camino, corresponde que nos ocupemos del eje medular de la controversia; es decir, de la capacidad jurídico penal de las personas jurídicas

Las objeciones que se han levantado en contra de tal posibilidad son importantes:

a) Un primer grupo de autores sostiene que ello no es factible por cuanto la asociación no tiene capacidad de acción. Ésa es la opinión de Niese y Bockelman entre otros.

b) Existen otros para quienes aun cuando la persona jurídica pueda realizar el tipo externo, no puede haber sanción penal contra ella, pues carece de capacidad de culpabilidad. Tal es el pensamiento de Eberhard Schmidt, Lange y Heinitz.¹⁰⁵

c) Desde la perspectiva de los partidarios de la teoría de la acción finalista el punto es presentado como poco discutible. Para ellos la acción no es producir un resultado, sino un proceso del

¹⁰² Luis Cousiño, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 55.

¹⁰³ Pedro Silva, *op. cit.*, *supra*, nota 101, p. 103.

¹⁰⁴ Luis Cousiño, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 55.

¹⁰⁵ Ésa es, también, la posición de Soler, quien acude en auxilio de su tesis a argumentos basados en el respeto a los derechos humanos, los que parecen un poco excesivos cuando se trata de personas que, como las corporaciones, no son seres humanos.

Dice: "La cuestión no consiste, pues en verificar la factibilidad de esa clase de sanciones, sino en ver si la admisión de ellas está conforme con los principios de un derecho penal civilizado y si en homenaje a conveniencias políticas o prácticas debe admitirse la derogación de ciertos principios cuyo valor humano los ha tornado casi universales, en particular el principio de que no hay pena sin culpa", *op. cit.*, *supra*, nota 98, p. 251.

En realidad para un sistema que admita el principio de responsabilidad penal para las personas jurídicas, el calificativo de incivilizado parece por lo menos exagerado.

individuo (hombre aislado), y por consiguiente, como señala Maurach, la incapacidad jurídico penal de la persona jurídica deriva tanto de la naturaleza de la agrupación, como de la esencia misma de la acción.¹⁰⁶

El peso de estos argumentos hace que en general la doctrina dominante sostenga que no es viable que las personas jurídicas puedan ser responsabilizadas penalmente.¹⁰⁷

3. Con especial referencia al derecho penal económico corresponde hacer la aclaración de que incluso quienes niegan toda posibilidad de admitir la responsabilidad penal de las asociaciones respecto de los delitos, no oponen reparos con relación a la responsabilidad por contravenciones.

Es importante en tal sentido la opinión de Maurach, sin dejar de tener en cuenta que esa admisión hay que referirla al esquema general que sigue dicho autor, para quien existe una diferencia cualitativa entre delito y contravención, y paralelamente una substancial diferencia entre bienes jurídicos y administrativos. De cualquier forma, es generalmente admitido que la corporación puede ser titular idóneo de la acción en el ámbito del llamado derecho penal administrativo.¹⁰⁸

4. Pero lo que en general no ha sido admitido y parece requerir soluciones es la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser responsabilizadas criminalmente. Se ha insistido, y ello parece ser razonable, en la necesidad de formular esquemas que se aparten de los lineamientos clásicos de la dogmática que hemos

¹⁰⁶ Reinhart Maurach, *op. cit.*, *supra*, nota 91, t. I, p. 183.

¹⁰⁷ Tema de preocupación especial lo constituye el hecho de que la acción imputable a una persona jurídica tiene que haber sido realizada por un individuo que actúe en calidad de órgano de la misma, lo que supone conformidad con los estatutos de la entidad. Es razonable objetar que esos estatutos, que han sido autorizados por el Estado, jamás pueden permitir a los órganos de la corporación cometer un delito.

Kelsen sostiene que "ello no excluye que puedan ser interpretados en ese sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades". Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 131.

Sin embargo no parecen viables esas hipótesis, dado que es dudoso que las cláusulas secretas a que alude puedan ser válidas. Por lo demás un error de interpretación del estatuto supondría la existencia de una causa de inculpabilidad, debiendo regirse el caso por las reglas del error de prohibición.

¹⁰⁸ Reinhart Maurach, *op. cit.*, *supra*, nota 91, t. I, p. 179.

Quienes sostienen que no existen diferencias ontológicas entre bienes administrativos y bienes jurídicos, y consiguientemente entre delitos y contravenciones, en tanto admitan la capacidad penal de las corporaciones respecto de las contravenciones, deberían razonar de igual forma también para los delitos. Sin embargo ello no es así.

dejado expuestos, en especial con referencia al ámbito del derecho penal económico.

La cuestión aparece planteada como una pugna entre la dogmática penal y las necesidades que surgen de la realidad, y es así que ante las objeciones doctrinarias,¹⁰⁹ llegó a responder Aftalión en la parte final de uno de sus trabajos en los que ensayaba la respuesta: "Si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, peor para esta última."¹¹⁰

En consecuencia, desde una perspectiva que suponga privilegiar los principios sobre los que está asentada la teoría del delito, y en la medida en que ellos sean trasladados sin modificación al campo del derecho penal económico, los inconvenientes no han sido superados hasta la fecha.¹¹¹

5. Pero paralelamente es factible exhibir una realidad por demás evidente y que encuentra base de sustentación en una cada vez mayor necesidad de hacer efectiva esa responsabilidad penal cuestionada.

Una enumeración aún incompleta de las legislaciones, proyectos y resoluciones tomadas en conferencias internacionales, puede exhibirse como la mejor prueba de que es cada vez más necesaria una fórmula superadora de los lineamientos clásicos antes indicados.

a) El párrafo 393 de la Ley de Impuestos y Contribuciones del Reich tomó el antecedente de las primitivas leyes aduaneras y fiscales de Alemania, y previó la posibilidad de aplicar penas de multa a las personas jurídicas, siempre que fueran viables para las personas físicas, sin necesidad de probar la culpabilidad. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se derogó esa legislación como consecuencia de la declaración hecha por las potencias

¹⁰⁹ Vid., Luis Juménez de Asúa, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones positivas*, "La Ley", t. 48, pp. 1041 y 1106. Vid., su opinión contraria a la capacidad jurídico penal de las personas jurídicas asimismo en el *Tratado*, op. cit., supra, nota 42, t. I, p. 57.

¹¹⁰ Enrique R. Aftalión, *Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, "La Ley", t. 37, p. 281.

¹¹¹ Existen, con todo, ponderables esfuerzos por sustentar la tesis que admite la responsabilidad penal de las corporaciones. Vid., Enrique R. Aftalión, op. cit., supra, nota 110, p. 281; Julio Cueto Rúa, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, "Revista del Colegio de Abogados", t. xxii, núms. 5-6, Buenos Aires, 1945; y *El racionalismo, la egología y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, "La Ley", t. 50, p. 1109.

de ocupación, que proclamaron la vigencia del principio de culpabilidad en el derecho penal económico.¹¹²

Naturalmente esto dio lugar a que se adjudicara en forma global origen totalitario al derecho penal económico,¹¹³ pero es oportuno recordar que de todos modos la legislación alemana retornó al intervencionismo en 1949.

Al comentar esta disposición Mezger reconoce que se trataba de una excepción al principio de que sólo es punible el hombre como ser individual.¹¹⁴

b) El artículo 176 del Código Penal español prevé el caso de las asociaciones que celebren sesión, con posterioridad a su suspensión, y el artículo 265 sanciona con disolución a la asociación que tenga armas tanto en su domicilio como fuera de él. Córdoba Roda comenta ambas disposiciones y recuerda asimismo la norma del artículo 201 del Código de Justicia Militar de España que establece que cuando los individuos que formen parte o tengan la representación de personas jurídicas, fueran declarados criminalmente responsables de algún delito realizado con los medios que las mismas le proporcionen, en términos que resultare cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de la misma entidad, los tribunales podrán decretar en la sentencia, la suspensión de las funciones de la entidad o persona jurídica, sociedad, asociación, fundación, corporación o empresa, o su disolución según proceda.¹¹⁵

c) La Ley de Monopolios de la República Argentina contiene previsiones al respecto, cuando el hecho es realizado por los directores, gerentes, miembros o mandatarios de la sociedad. La Ley número 19.508 de precios estableció en su artículo 9º la autoría directamente para las personas jurídicas respecto de las infracciones allí contempladas. Por su parte la Ley de Aduanas en su artículo 190 sancionó igual principio en relación con el delito de contrabando.

La Ley número 18.359 que estableció el "régimen penal para delitos cambiarios" impuso sanciones de multa, aplicables en forma solidaria a las personas jurídicas y a sus directores, adminis-

¹¹² Reinhart Maurach, *op. cit.*, *supra*, nota 91, t. I, p. 183.

¹¹³ Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 42, t. I, p. 57. Manuel María Díez, *op. cit.*, *supra*, nota 18, p. 339.

¹¹⁴ Edmund Mezger, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, t. I, p. 172.

¹¹⁵ Ver nota de Córdoba Roda en el *Tratado de Maurach, op. cit.*, *supra*, nota 91, t. I, p. 180.

tradores y gerentes, sin perjuicio de la pena corporal que correspondiera a los mismos.¹¹⁶

d) El tema también ha tenido intensa discusión en Chile, en cuya legislación fue sancionada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 22 de la Ley de Cambios Internacionales y en el artículo 173 de la Ley de Represión del Monopolio. Esta última, que lleva el número 13.305, facultó a los jueces a establecer sanciones a las personas jurídicas en los casos de delitos cometidos por directores o ejecutivos de las mismas.

Cabe recordar el Proyecto de Código Penal elaborado por Silva y Labatut en 1938 que legislaba sobre la materia. El mismo Silva, decidido partidario de establecer la responsabilidad que estamos tratando, recuerda que la tesis favorable fue sostenida por la delegación chilena en el Primer Congreso Latinoamericano de Criminología, de 1938, y en el Cuarto Congreso Latinoamericano, de 1945.¹¹⁷

e) Que el tema preocupa desde hace mucho, lo demuestra toda esa legislación, así como otros antecedentes que por cierto no son nada recientes, como el Decreto-Ley Antitrust y Monopolios, de Brasil, el Anteproyecto de Ley Penal sobre Delitos Económicos elaborado por el Comisariato General de Subsistencias y Precios, el Decreto-Ley sobre Delitos contra la Economía Popular, de 1938, también de Brasil, que preveía la disolución de sociedades o empresas, el Proyecto Alcántara-Machado del mismo país, el Proyecto López Rey de Bolivia en 1943, y muy especialmente las disposiciones del Código Penal de Cuba de 1936, las del Código Penal de Costa Rica de 1941, que prevé medidas de seguridad para las personas jurídicas, y el Código Penal mexicano de 1931.

De este último nos ocuparemos en el siguiente apartado.

6. El artículo 11 del Código Penal mexicano prevé que cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social, el juez podrá, en los casos exclusivamente especi-

¹¹⁶ Vid., el comentario desfavorable hecho a esa norma por Carlos Borinsky en *Nuevo régimen penal para delitos cambiarios*, "Nuevo Pensamiento Penal", año 1, núm. 2, mayo-agosto de 1972, Ed. Astrea, pp. 318/319. Dice que la ley amenaza con "la aplicación de penas criminales a sujetos incapaces de acción, de acuerdo al concepto jurídico penal de la misma".

¹¹⁷ Pedro Silva, *op. cit.*, *supra*, nota 101, p. 103.

ficados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

De conformidad con la fracción vi del artículo 253 del mismo código, la norma del artículo 11 es de aplicación en los delitos económicos que el mismo contempla en el capítulo i de su título decimocuarto y que denomina “delitos contra el consumo y la riqueza nacionales”.

Se ha discutido en México si la norma del artículo 11 supone la admisión de capacidad jurídico penal para las personas jurídicas.

La disposición tiene origen en el derecho español, por lo que se ha tenido muy en cuenta la opinión de Cuello Calón por ser uno de los redactores del código de 1928. En su opinión la norma del Código español, que como sabemos es similar al mexicano, no innova en los principios generales según los cuales la base de responsabilidad penal es siempre individual, y consiguientemente este tipo de previsiones cumplen funciones de medidas simplemente preventivas que sólo dan lugar a la aplicación de medidas de seguridad.¹¹⁸

La doctrina mexicana, con algunas excepciones, ha entendido que la norma no implica una modificación de los principios generales. En tal sentido dice Francisco González de la Vega: “Sin juzgar de su conveniencia o inconveniencia, examinando en pura exégesis e íntegramente las disposiciones contenidas en la ley mexicana, se puede concluir categóricamente que no se acepta el principio de la responsabilidad penal de las personas morales.”¹¹⁹

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas comentan que la norma “estableció medidas de defensa social para las personas jurídicas, sin excluir por ello la responsabilidad individual que incluso puede ser agravada o atenuada”, para concluir “debe estimarse resuelta prácticamente la cuestión en el sentido de que no puede ser exigida responsabilidad penal a dichas personas jurídicas”,¹²⁰ lo que no concuerda con la opinión correspondiente a otra obra de los mismos autores donde dicen: “En suma, debemos concluir que en nuestro Código si se considera

¹¹⁸ Eugenio Cuello Calón, *El Nuevo Código Penal Español*, Barcelona, Bosch, 1929, pp. 161 y ss.

¹¹⁹ Francisco González de la Vega, *Derecho penal mexicano. Los delitos*, 9a. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1968, p. 156; y también *El Código Penal comentado*, México, 1939, art. 11.

¹²⁰ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas. *Código Penal anotado*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1974, pp. 45 y 46.

en casos concretos como posibles sujetos activos a las personas jurídicas.”¹²¹

Francisco Pavón Vasconcelos se hace cargo de la opinión contraria de Rafael Matos Escobedo partidario de responsabilizar a las personas jurídicas, y sostiene que el artículo 11 del Código Penal mexicano no la establece. Lo hace en el siguiente párrafo: “En consecuencia para nosotros sigue teniendo valor el criterio que limita la responsabilidad penal de las personas morales al campo del derecho privado, y fundamentalmente al aspecto patrimonial, en orden a la inaplicación, por cuanto a ellas respecta, del concepto de imputabilidad. La persona moral no delinque.”¹²²

Encontramos, pues, en la doctrina mexicana las mismas diferencias que antes hemos enunciado, sin que la norma del artículo 11 del Código Penal del Distrito Federal haya resuelto la cuestión, especialmente en razón de que dada la forma como fue redactado parece acertado, en efecto, el criterio de quienes estiman que de su texto no surge la posibilidad de aplicar una pena, sino una medida de seguridad.

7. La presión en favor de imponer un criterio favorable a la punibilidad de las personas jurídicas tuvo una de sus consecuencias más relevantes en oportunidad del Sexto Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, reunido en Roma en 1953.

Allí se trataron problemas referidos al derecho penal socioeconómico y en el tema que nos interesa se adoptaron conclusiones que tuvieron como base la ponencia general del profesor Vrij, miembro de la Corte de Casación de Holanda, acordándose la Resolución 3b) que establece que la represión de las infracciones exige cierta extensión de la noción de autor y de las formas de participación, “así como de la facultad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas”.

El contraste para quienes no participaban de tal punto de vista fue grande, pero no por ello los hizo retroceder. Buen ejemplo de ello es Jiménez de Asúa a quien no pareció suficiente emitir su opinión contraria en el texto de su “tratado” e insertó en el mismo una nota donde dice: “Aunque se dice en el texto nuestro criterio sobre este vasto voto del VI Congreso Internacional de Derecho Penal, queremos dejar constancia de nuestro radical disentimiento

¹²¹ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho penal mexicano*, parte general, 8ª ed., México, 1967, p. 190.

¹²² Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de derecho penal mexicano*, México. Ed. Porrúa S. A., 1974, p. 143.

en cuanto a la última parte del punto 3b)",¹²³ para continuar argumentando que Jescheck en su informe sobre dicho congreso, al transcribir el punto 3b) coloca entre paréntesis la frase "no necesariamente penas",¹²⁴ y agrega que "precisamente por la misma fecha en que ese congreso se celebraba, tenía lugar en Hamburgo el 40 Congreso de Juristas Alemanes, en el que Heinitz se opuso a la punibilidad de las asociaciones, y la asamblea acordó, en efecto, que no es conveniente establecer penas criminales contra las personas jurídicas".¹²⁵

8. Parece claro, pues, que es muy fuerte la tradición penal en el sentido de reconocer capacidad, en el ámbito del derecho criminal, exclusivamente a las personas físicas.

Pero también que con especial referencia al derecho penal económico se insiste, con razón, en la conveniencia de procurar fórmulas superadoras de los lineamientos clásicos, con relación al problema de la extensión de responsabilidad penal de la persona jurídica a sus directores, y de éstos a la corporación, sin menoscabo del principio de culpabilidad.¹²⁶

¹²³ Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra*, nota 42, t. 1, p. 63, nota 34, sept.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ El parágrafo 14 del Código Penal de la República Federal Alemana luego de la última reforma prevé el caso de la persona que obra por otro en las siguientes circunstancias:

1. Como órgano autorizado en la representación de una persona jurídica o como miembro de ella.
2. Como socio autorizado en la representación de una sociedad comercial de personas.
3. Como representante legal de otro.

En todos estos casos le es aplicable la ley, aunque las especiales calidades, relaciones o circunstancias personales (especiales elementos personales) que ella requiera para la punibilidad no se den en el representante, siempre que concurran en la representada.

Igualmente si alguien está comisionado o encargado por el dueño de una empresa, sea:

- 1) para dirigirla en todo o en parte, o
- 2) expresamente para dar cumplimiento a deberes que corresponden al dueño, le será aplicable la ley, cuando obre con base en esta comisión, aunque los especiales elementos personales que fundamenten la punibilidad, no los posea el comisionado sino el dueño.

La misma norma contempla el caso de quien obra, con base en una comisión correspondiente, en un puesto que tiene tareas de administración pública, caso en el cual también es aplicable la ley.

Se prevé el caso de quien obra en representación en las hipótesis de nulidad del mandato. Se aclara al efecto que no obsta a la punibilidad del representante la circunstancia de que el acto jurídico que fundamenta las facultades de representación o la relación de comisión sea nulo.

A esos fines hay que dejar de lado objeciones que afirman que con la consagración de tal responsabilidad se realiza una afrenta a los principios de un derecho penal civilizado o se lesionan derechos humanos,¹²⁷ pues en definitiva, si bien es cierto que las personas jurídicas no planean el delito, como señala Novoa Monreal, al menos usufructúan de él y constituyen el apoyo económico que favorece al delincuente.¹²⁸

La presión en favor de la tesis que procura establecer el principio no es antojadiza, ni las legislaciones que de una u otra forma lo han recibido han hecho otra cosa que procurar resolver un problema que en el marco de la dogmática penal tradicional no lo tiene.

Mezger señalaba con razón “que si bien desde el punto de vista de la responsabilidad basada en el principio de culpabilidad no deja de ofrecer reparos, prácticamente es casi imprescindible” y “por otra parte aquellos reparos pierden importancia desde el momento que la responsabilidad personal del individuo es generalmente muy limitada”.¹²⁹

La conclusión evidente es, pues, que dentro del ámbito normativo del derecho penal económico la consagración de tal principio es imprescindible. Ésta es quizá la característica de singularidad más notoria que esta especialidad presenta, respecto de los principios generales de la teoría del delito.

9. Nos parece incuestionable, en consecuencia, la existencia de una necesidad social que determina la consagración del principio por el cual se admite la posibilidad de aplicar medidas a las personas jurídicas en el ámbito del derecho penal económico. Ello es así, por cuanto limitar la punibilidad a las personas físicas que dirigen, o en su caso forman parte de las corporaciones, resulta insuficiente para dar adecuada protección a los bienes cuya tutela se procura con la creación de estos tipos.

Estas disposiciones han procurado dar solución a una serie de problemas de autoría y participación, en las que aparece contemplada la posibilidad de extender la responsabilidad penal en hipótesis de representación, con previsiones para los casos en los que no concurren en el representante las especiales condiciones personales requeridas en los tipos. Asimismo supuestos de nulidad de los actos jurídicos de los que surge el mandato.

Con estas normas tienen principio de solución algunos problemas dogmáticos que plantean las acciones realizadas en representación de personas jurídicas, aun cuando queda pendiente el tema de la punibilidad de las mismas por los actos realizados por sus mandatarios o representantes.

¹²⁷ Sebastián Soler, *vid, supra*, nota 2, p. 170.

¹²⁸ Eduardo Novoa Monreal, *op. cit., supra*, nota 2, p. 170.

¹²⁹ Edmund Mezger, *op. cit., supra*, nota 114, t. 1, p. 173.

Esta singularidad tiene relación con la naturaleza de las penas que se encuentran previstas en las legislaciones que regulan la materia, pues en tanto algunas, como las privativas de libertad, carecen de viabilidad respecto de las personas morales, aparecen otras que, como la suspensión o cancelación de la personería jurídica, asumen importancia superlativa.

Es probable que por ello pierdan entidad gran parte de los reparos que se han opuesto a la consagración del principio, pues la índole de las medidas cuya implantación se pretende, determina que sus consecuencias en definitiva sean primordialmente económicas.

Es factible también que no se pueda afirmar la posibilidad de aplicar penas a esta clase de sujetos de derecho, sin reformular siquiera con exclusiva aplicación al ámbito de los delitos económicos, el fundamento de la pena; pues evidentemente su sustento no estaría dado por el principio de culpabilidad, sino por la necesidad de dar protección eficaz a determinados bienes jurídicos.

Es por ello que si tuviéramos que ubicar actualmente esta clase de medidas dentro de la sistemática penal, la conclusión menos controvertible sería adjudicarles el carácter de medidas de seguridad, siendo evidente la conveniencia de que su aplicación deba ser realizada por el mismo juez que juzga a las personas físicas, por razones de mejor ordenación procesal.

XI. RESUMEN DE CONCLUSIONES

Las conclusiones a que hemos llegado podrían resumirse de la siguiente forma:

1. El derecho penal económico está referido a intereses ético-sociales perfectamente verificables.

2. El derecho penal económico no tiene autonomía respecto del derecho penal. Consiguientemente es factible sostener que, como regla general, los principios fundamentales de la teoría del delito le son aplicables.

3. Los delitos económicos tienen especificidad respecto del marco general del derecho penal no sólo porque están destinados a dar protección al mismo bien jurídico, sino también porque tienen algunas características de excepción y algunos de sus problemas particulares no encuentran solución adecuada dentro del esquema generalmente aceptado por la dogmática penal.

4. La doctrina dominante estima que el bien jurídico tutelado por los delitos económicos debe vincularse con la planificación dispuesta por el Estado para regular la economía. Existe, pues, paralelismo entre planificación económica y derecho penal, lo que es verificable examinando la historia de cada país.

5. Pero dado que la finalidad de las planificaciones no es igual en todos los casos, la formulación de un concepto material supone tener en cuenta el contenido de las mismas.

6. En los países cuyas planificaciones procuran establecer límites a la acción de los particulares a efecto de que sus acciones no lesionen el sistema económico imperante, cabe concluir que el derecho penal económico tiene por fin proteger el interés del Estado por la integridad y conservación del mismo.

7. Por el contrario en los países que, como los latinoamericanos, han planificado su economía para modificar el sistema económico existente, con la finalidad de procurarse un desarrollo independiente, el derecho penal económico debe proteger, y de hecho ello está sucediendo en forma cada vez más pronunciada, el interés del Estado en lograr ese objetivo.

8. Dado que lo que caracteriza las normas del derecho penal económico es que describen acciones que afectan la política de intervención del Estado en lo económico y social, es evidente que los tipos que forman parte del mismo, protegen un interés de la colectividad.

9. Como consecuencia de ello no son delitos económicos los tipos penales que protegen intereses individuales. Tal afirmación puede ser dudosa en países en los que el contenido material del derecho penal económico supone establecer límites con el objeto de preservar el funcionamiento regular de la economía de mercado, pero no en los países donde la planificación económica persigue otros objetivos, como los que hemos señalado respecto de los países subdesarrollados.

10. No existen diferencias esenciales entre bienes jurídicos y bienes administrativos. Por ello debe admitirse que tanto los delitos como las infracciones al orden económico son materialmente antijurídicas, y consiguientemente la distinción entre unos y otras es simplemente cuantitativa, dependiendo de una graduación del juicio de disvalor.

11. No todas las objeciones que se han ensayado en contra de la posibilidad de reconocer capacidad jurídico-penal a las per-

sonas jurídicas tienen igual rigor científico. Sin embargo, existen, a propósito de tal posibilidad, serios reparos dogmáticos que se vinculan con la esencia de la acción, la naturaleza de las corporaciones y el principio de culpabilidad. Pese a ello, en el ámbito del derecho penal económico se ha insistido con razón en la conveniencia de procurar fórmulas superadoras de tales reparos, pues es evidente que los lineamientos clásicos no dan adecuada solución a este problema, que es quizá el que evidencia la característica de mayor singularidad de los delitos económicos.