

Publicado en El Derecho, 26 de Octubre de 2001

Sistema Judicial y Delitos Socioeconómicos: entre eficiencia y garantía¹

por

Juan María Rodríguez Estévez²

“El precio, o coste, de una condena de veinte años, cuya probabilidad de producirse es del 50 por 100 por la insuficiente efectividad de la policía, del sistema judicial o del penitenciario, no representa para el delincuente un coste de veinte años, sino de $20 \times 50/100$, esto es, de diez años” (Santos PASTOR³)

“El economista no puede decir a la sociedad que debería tratar de limitar el robo, pero sí puede demostrar que sería ineficiente tolerar el robo ilimitado, y así puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuanto de un valor –la eficiencia- debe sacrificarse para alcanzar otro” (Richard A. POSNER⁴)

1. Problemas y desafíos

En la actualidad suele insistirse en la crisis del derecho penal. Esta afirmación es más frecuente cuando se abordan problemas específicos del derecho penal aplicado a la actividad económica y empresaria⁵. Sin embargo, uno de los principales aportes del Profesor *SILVA SANCHEZ* ha sido precisamente desmistificar dicho paradigma, o si se quiere, enmarcarlo dentro de su correcto contexto. Así, se plantea la crisis como algo connatural al derecho penal⁶. Es decir, la antinomia entre libertad y seguridad, entre prevención y garantías, entre legalidad y política criminal, no ha sido nunca cuestión fácil de resolver. Por el contrario, parece más bien una cuestión estructural. Algo así como el choque de dos fuerzas que están llamadas a convivir (ciertamente en conflicto) en un mismo ámbito de implementación social.

Este juego de intereses se percibe claramente a la hora de aplicar el derecho positivo por parte del Poder Judicial. Es allí donde radica el verdadero desafío de la política criminal de nuestro tiempo: en alcanzar un sistema judicial que al momento de aplicar el derecho penal tenga claro en que marco político criminal actúa y cuales son las consecuencias institucionales de sus resoluciones como actos comunicacionales de sentido.

¹ El presente trabajo obtuvo el primer premio en el VII Congreso de Estudiantes de Derecho Penal organizado por la Universidad de Barcelona y por la Universidad Pompeu Fabra, los días 26, 27 y 28 de abril del año 2000 (categoría licenciados en derecho).

² Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y por la Universidad de Barcelona.

³ PASTOR, Santos, *sistema jurídico y economía*, tecnos, Madrid, 1989, pág. 170.

⁴ POSNER, Richard A., *“el análisis económico del derecho”*, fondo de cultura económica, México, 1998, pág. 28.

⁵ Prefiero emplear la denominación derecho penal aplicado a la actividad económica y empresaria ya que mientras la pena privativa de libertad siga siendo la respuesta punitiva escogida preferentemente por el legislador en la materia, no podremos prescindir, en su aplicación, de los principios básicos y fundamentales de la teoría del delito.

⁶ *SILVA SANCHEZ*, Jesús M., *“Aproximación al derecho penal contemporáneo”*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 13 y siguientes. Para una visión de la situación en la actualidad, puede verse *“La insostenible situación del derecho penal”*, Comares, Granada, 2000. En el entorno latinoamericano, tampoco cree en la crisis del derecho penal, aunque con otras connotaciones, *CARRANCA* y *RIVAS*, Raúl, *“El drama penal”*, Porrúa, México, 1982.

De cómo encarar estos problemas desde una actividad judicial efectiva trata éste trabajo. Para ello, se recurrirá necesariamente a una dogmática penal abierta y a una política criminal judicial que se apoye en un sistema de administración de justicia eficiente, lo cual nos remitirá a propuestas del análisis económico del derecho en dos de sus conocidas vertientes: el análisis económico del delito y la economía de la justicia.

Tradicionalmente la noción de política criminal se ha asociado a una actividad propia y casi exclusiva del órgano legislativo. Es decir, la selección de las conductas a las cuales se le asigna una sanción de carácter retributivo. En este ámbito, es tarea prioritaria del legislador efectuar un juicio de costo - beneficio entre la gravedad del injusto que se tipifica y la consecuente privación de bienes jurídicos que importará la imposición de una pena en la persona del eventual sujeto responsable. Esta elección, no siempre del todo racional ni proporcional, se lleva a cabo de modo abstracto, tomando como marco de referencia diversos grupos de casos y desde una perspectiva eminentemente orientada hacia la prevención general⁷.

Ahora bien, resulta evidente que dichas previsiones legislativas no son suficientes para hacer frente a las diversas modalidades de criminalidad. Esto se comprueba de modo más significativo en materia de delincuencia económica⁸, donde aparece en primer plano la necesidad de contar con un sistema judicial efectivo.

Uno de los puntos que pone a prueba el sistema penal es justamente la confrontación entre los casos de la realidad en los que aparece la pretensión de actuación del derecho penal y los casos que en definitiva alguien resulta responsabilizado penalmente por esa clase de delitos⁹. En el ámbito de la criminalidad socioeconómica, nadie discute que los supuestos merecedores de pena son mucho mayores que aquellos en que efectivamente alguien es declarado responsable. Resulta empíricamente comprobable que frente al actual fenómeno de expansión del derecho penal sobre la actividad económica de los ciudadanos, su aplicación concreta por parte de los poderes del Estado presenta un déficit preocupante¹⁰. Esta situación no es exclusiva de ningún país (aunque en algunos sea más notoria que en otros), sino que es común a los diversos sistemas penales y hasta casi consustancial al derecho penal expansivo.

⁷ Clásicamente ha existido cierto recelo en hablar sobre política criminal en el ámbito judicial. Su resistencia suele provenir de aquello que los franceses han dado en llamar “*el gobierno de los jueces*”. Una interpretación tal vez estática y rígida de la división de poderes se resiste a dotar de cierto poder político criminal a la Justicia. No obstante, dicho Poder del Estado lleva a cabo sin dudas funciones político criminales a tal punto que sus decisiones tienen, cuanto más alto sea el órgano judicial del cual emanan, mayor impacto en la configuración de la sociedad. Por otro lado, es fundamental la actuación del sistema judicial en casos de lagunas del derecho o textos legales confusos. Sobre el desarrollo continuador del Derecho, puede verse en detalle, BALDO LAVILLA, “*Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*”, en política criminal y nuevo Derecho Penal, p. 357 y ss., espec. pp. 360 y ss. Anteriormente, MIR PUIG, “*Dogmática creadora y política criminal*”, en El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona, 1994, p. 13 y ss. (pág. 19, nota 7).

⁸ Muchos han sido los intentos doctrinarios por definir el delito económico. Como dichas precisiones exceden el marco de este trabajo, seguiré aquí una definición más bien pragmática del mismo. Conforme la Instrucción 1/96 de la Fiscalía General del Estado, delito económico es “*la actividad de quienes actuado con fin de lucro en representación de una persona jurídica, generalmente en el ámbito de las sociedades mercantiles, con abuso de su estructura organizativa y de su función en el orden socio-económico, causan un perjuicio al erario público o a una multiplicidad de perjudicados*”.

⁹ Conforme GARCIA, Luis y LLERENA, Patricia, en “*Criminalidad de empresa (responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras)*”, Ad- Hoc SRL, Buenos Aires, 1990.

¹⁰ Por ejemplo, SILVA SANCHEZ habla de ineficacia más que significativa en lo relativo al derecho penal del medio ambiente, en “*¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325*”, en LA LEY, diario del día 12 de mayo de 1997 (España)

En materia socioeconómica se sabe que la mayor parte de los macroprocesos que a veces se abren no pasan de la fase instructora; que los jueces del crimen apenas recorren los marcos penales; que la cifra negra de criminalidad no registrada es muy alta; y que quienes caen en manos de la Justicia son los “*peces chicos*” y nunca los gordos¹¹.

Recientemente el titular de la Fiscalía Anticorrupción admitió en Madrid problemas en la lucha contra el delito económico. Se quejaba del desinterés demostrado por parte del Gobierno en su funcionamiento, como en no dotarla de medios y recursos apropiados y de optar por un modelo de fiscalía inactiva. El funcionario también mostró su preocupación por la desigualdad de fuerzas entre los miembros del Ministerio Público frente a los equipos jurídicos de bufetes muy poderosos con los cuales se enfrentan¹².

Estas manifestaciones traslucen por sí mismas una deficiencia estructural del sistema judicial en la investigación de delitos de contenido económicos, lo cual reclama una reforma judicial integral que abarque tanto el ámbito institucional, funcional y humano del Poder Judicial y del Ministerio Público¹³. Sin un sistema judicial efectivo no tiene sentido una legislación de vanguardia, ni una dogmática penal muy desarrollada. Sin embargo, la eficiencia no debe serlo a cualquier costo. La efectividad tiene sus límites.

En este contexto intentaré delinear las líneas de acción necesarias para lograr una política criminal razonable y practicable en la aplicación judicial de la legislación socioeconómica. Por otro lado, se esbozará el papel que la dogmática penal debe ocupar en dicha dinámica, ya sea a modo de barrera de contención de excesos, como también proporcionando las herramientas técnico – jurídicas apropiadas para la investigación y sanción de conductas delictivas. Como quedará demostrado, eficiencia y garantía no se excluyen. Por el contrario, no sólo conviven (ciertamente en tensión), sino que también pueden actuar de modo coordinado.

2. Eficiencia y garantía como centro del debate dogmático actual en materia penal económica

Aunque no se diga de modo expreso, la idea de eficiencia esta latente y subyace en el debate dogmático actual que ha generado el avance del derecho penal sobre la economía y la actividad empresarial. En efecto, tras constatar de modo empírico el déficit de sanción que se aprecia en materia penal económica, la dogmática jurídica moderna se ha replanteado el rol del derecho penal en dicho marco de actuación y cuáles son las alternativas existentes para hacerlo más efectivo y menos simbólico¹⁴.

Una postura encabezada por *HASSEMER* y *MUÑOZ CONDE*, brega por la implementación de un llamado “*derecho de la intervención*”, como punto medio entre el

¹¹ Conforme *HASSEMER* Winfred y *MUÑOZ CONDE*, Francisco, en “*La responsabilidad penal por el producto en derecho español*”, pág. 32, tirant lo blanch, Valencia, 1995.

¹² Conforme *EL PAIS*, ejemplar de 7 de marzo del 2000, sección economía, pág. 68.

¹³ La estructura de la reforma judicial en tres áreas (institucional, humana y funcional) pertenece al trabajo de *LYNCH*, Horacio y *DEL CARRIL*, Enrique, “*La Justicia; un plan integral de reformas al sistema judicial argentino*”, Fundación Banco de Boston, Buenos Aires, 1992. En el área institucional, se trabaja en reafirmar el rol político que como poder del Estado le corresponde a la Justicia. En la humana, los esfuerzos están dirigidos a jerarquizar las funciones que le cabe a los jueces, abogados y auxiliares de la Justicia, mediante su formación profesional inicial y continua. En el área administrativo – funcional, se busca la descongestión de los órganos judiciales en aras de mayor eficiencia y confiabilidad.

¹⁴ El término simbólico es empleado aquí en sentido negativo, como la utilización instrumentalizadora del derecho penal por parte del poder político con claras intenciones electorales y buscando dar una imagen de tranquilidad a la opinión pública.

derecho penal y el derecho administrativo sancionador, con lo cual las infracciones de contenido económico escaparían de la órbita penal para ingresar dentro de esta nueva área. Dicho derecho sería menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero, a la vez, dispondría de sanciones menos intensas que las clásicas, con clara orientación preventiva¹⁵.

Un objeción de fondo a esta postura. Comparto la opinión de quienes se resisten a erradicar del ámbito penal justamente aquellas conductas que en la actualidad constituyen los casos más puntuales de peligro y lesión para bienes jurídicos. No parece muy justo, ni proporcional desde una óptica constitucional del derecho penal, concentrar la efectiva persecución punitiva en la “*criminalidad callejera*” y dejar el crimen económico para este novedoso y por demás incierto “*derecho de la intervención*”.

Como otra posible solución, SILVA SANCHEZ propone un derecho penal de “*dos velocidades*” que resulte a la vez un producto funcional y también garantista. Este derecho penal de “*dos velocidades*” tendrá su mayor implementación en el campo del derecho penal económico. Se fundamenta en que ante una demanda social de mayor protección, el modelo rígido del derecho penal resulta inaplicable para las nuevas modalidades de criminalidad, con lo cual se propone una flexibilización de los postulados de la teoría del delito como de las garantías, siempre y cuando la pena amenazada por el tipo penal no sea la privativa de la libertad¹⁶. Se propone un sistema más respetuoso de las formas y con poca flexibilidad (en lo relativo a garantías) para el derecho penal nuclear (delitos amenazados con pena privativa de libertad), mientras que para las nuevas modalidades de criminalidad económica y empresaria se aconseja un modelo más flexible y adaptable a los tiempos que corren, donde incluso no se descarte una responsabilidad del grupo, siempre y cuando la pena amenazada no sea la privativa de libertad. Esto último, es, en definitiva, aquello que legitima su flexibilidad¹⁷.

Algunas reflexiones sobre esta propuesta. El planteo de un derecho penal de “*dos velocidades*” está supeditado a que la pena amenazada para las infracciones que ingresen al área menos garantista y flexible no sea la privativa de libertad. Personalmente, entiendo que la expansión del derecho penal sobre la actividad de intercambio de bienes y servicios generalmente va acompañada (por lo menos en la Argentina y pareciera que también en España) de una paralela expansión de la pena de encierro.

Así, puede apreciarse una diversa evolución de dicha modalidad de pena en el derecho penal nuclear en comparación con el estrictamente económico y empresario. Con relación al derecho penal central, la implementación conjunta en la Argentina de la condena de ejecución condicional (en España “suspensión”) y de la suspensión del proceso a prueba (*probation*), hacen cada vez menos frecuente que el imputado cumpla efectivamente una pena privativa de libertad. Por el contrario, la realidad demuestra que

¹⁵ La propuesta concreta de un “*derecho de la intervención*” puede verse en HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, “*La responsabilidad penal ...*”. También puede verse en HASSEMER, Winfried, *Crisis y características del moderno derecho penal*, trad. de Muñoz Conde.

¹⁶ Conforme SILVA SANCHEZ, Jesús M., “*La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*”, Civitas, Madrid, 1999, pág. 126.

¹⁷ En la Argentina dicha concepción fue expuesta, con algunos matices, por el Profesor David BAIGÚN en el marco de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, pueden verse sus trabajos “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta*”, en *La responsabilidad*. En homenaje al profesor Isidro Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 869. También del mismo autor “*¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?*”, “*Rev. De Ciencias Penales*”, nº 1, Montevideo, 1995, ps. 29 y ss., y “*Naturaleza de la acción institucional en el sistema de doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en AA.VV., *De las penas*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

el legislador en materia penal económica se esforzó en diseñar penas privativas de la libertad con parámetros elevados que buscan impedir tales beneficios, lo cual suele ir unido con procedimientos espectaculares de detención que forman parte de una estrategia de comunicación simbólica a la sociedad.

Todas estas circunstancias empíricamente comprobables, me llevan a sostener que un derecho penal de “*dos velocidades*”, por el momento, sea difícilmente practicable. Hasta donde alcanzo, el fenómeno expansivo del derecho penal sobre la actividad de intercambio de bienes y servicios acarreará consigo una consecuente expansión de la pena privativa de la libertad.

Como podrá percibirse, aunque no se diga expresamente, estos dos planteos buscan dar una respuesta a la tensión connatural del derecho penal entre prevención y derechos individuales, entre eficiencia y garantía. Por otra parte, no deja de ser significativo que ambas propuestas surjan a propósito del auge del derecho penal aplicado a la empresa y a la economía, denotando que esta incipiente disciplina se ha convertido en el motor de renovación de la dogmática jurídico penal. Ambas iniciativas, con sus importantes diferencias en torno a sus respectivas consecuencias, denotan la preocupación por lograr una mayor eficiencia del hasta ahora prioritariamente simbólico derecho penal económico, mientras que por otro lado, ponen como límite de dicha efectividad el aseguramiento de ciertas garantías esenciales, propias del derecho penal.

Es aquí donde reside fundamentalmente el aporte que la dogmática jurídico penal está en condiciones de hacer en la lucha contra la criminalidad económica. Justamente, si la pena privativa de la libertad sigue siendo la escogida por el legislador, los órganos judiciales por muy eficientes que pretendan ser, no podrán dejar de lado la teoría del delito como conjunto de reglas de imputación básicas y elementales a aplicar. Así, categorías de índole dogmática tales como la comisión por omisión, el actuar en lugar de otro, criterios básicos de autoría y participación, como también el principio de proporcionalidad y el de lesividad, deberán ser tenidos en cuenta de modo imprescindible para alcanzar la pretendida eficiencia y asegurar las garantías propias del sistema punitivo. Por otra parte, en una materia donde reina el *bis in idem*, uno de los mayores desafíos será distinguir el delito propiamente dicho de la mera infracción administrativa. El debate queda sin duda abierto. La tarea no será sencilla, pero la importancia vital del objetivo a alcanzar justifica y legitima el esfuerzo.

3. La situación actual del derecho penal económico: ¿perversidad del fenómeno expansivo o demanda social de mayor protección?

Para poder diseñar líneas de acción practicable y efectivas en el ámbito judicial de la criminalidad económica, resulta necesario tratar de comprender el momento actual que atraviesa el derecho penal. Es evidente que para saber hacia donde queremos ir, previamente debemos preguntarnos donde estamos y cuales han sido las causas que nos han colocado en tal posición.

Asistimos en la actualidad a un creciente fenómeno de expansión del derecho penal sobre la actividad económica y empresaria de las personas. Cada vez con mayor frecuencia el derecho penal se ocupa de los comportamientos económicos de los ciudadanos, es decir, de aquella actividad dirigida a la utilización de la riqueza. Ello pone de manifiesto que el auge económico de una sociedad y el desarrollo de su actividad empresaria no pasan inadvertidos para el derecho penal.

En palabras del profesor Filippo *SGUBBI*, este fenómeno acarrea un consecuente aumento del riesgo penal emergente de dicha actividad de intercambio de bienes y servicios, donde la posibilidad de quedar atrapado dentro del sistema penal es tanto más elevada cuanto más central y socialmente relevante es la actividad que ese sujeto

desarrolla¹⁸. En definitiva, “cuando mayores y más significativos son los roles económico – sociales desempeñados por un sujeto, mayor es el número de prescripciones (y por lo tanto de las figuras penales) de las cuales ese sujeto es destinatario”¹⁹.

Este auge expansivo del derecho penal pone fin a sus vicisitudes como medio de tutela de derechos individuales, ya que estos pierden su puesto prioritario en el horizonte de los proyectos de un Estado que, al invadir nuevas áreas, necesita también de nuevos instrumentos –incluidos los penales– para reforzar esa intervención. Es así, que la incorporación de nuevos intereses de tutela, puesta de manifiesto en la protección penal de bienes jurídicos de carácter suprapersonal y difuso, trae en ocasiones fricciones con principios vertebrales de la dogmática penal clásica.

En la actualidad, la protección penal incluye no sólo bienes jurídicos individuales (tales como los delitos contra la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc.) sino también bienes jurídicos de la comunidad (delitos contra la salud pública, el interés económico general, el medio ambiente, la seguridad del tráfico, etc.). Esta realidad ha coadyuvado a poner en crisis la legitimación material del derecho penal entendido como la “última ratio” el ordenamiento jurídico²⁰. Surgen así disposiciones respecto de las cuales un sector de la doctrina afirma que protegen más bien funciones de la Administración que bienes jurídicos²¹.

Dentro de este marco, por ejemplo, la ley que instaura en la Argentina el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, sanciona penalmente al directivo de empresa que por negligencia en su gestión da lugar a que en el ámbito de su esfera de competencia se cometa un delito de los allí tipificados. Se trata de un caso de participación culposa en delito doloso cometido por un inferior jerárquico²².

Ahora bien, este auge expansivo del derecho penal como modo de regular los comportamientos económicos de los ciudadanos es una tendencia que se aprecia a nivel mundial, lo mismo que el déficit de sanción efectiva en la materia. Resulta interesante traer a colación la experiencia italiana relatada por el Profesor SGUBBI cuando refiere que “nacieron leyes simbólicas, puestas esencialmente para asegurar a la opinión pública sobre el hecho que la autoridad se esmera en eliminar comportamientos sociales. Leyes que se usa definir como avanzadas, incluso fuerte y audazmente innovadoras; leyes que nacieron no tanto para tutelar efectivamente bienes jurídicos cuanto, en cambio, para satisfacer los valores contingentes de la política”²³.

¹⁸ Conferencia del profesor de la Universidad de Bologna en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; septiembre de 1996, “Jornadas sobre el derecho penal en la transformación económica” (actividad organizada por el Departamento de Derecho Penal).

¹⁹ SGUBBI, Filippo, “El delito como riesgo social”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 122.

²⁰ Afortunadamente, esta realidad se ha convertido en motor de renovación de la dogmática penal y constituye un desafío para los estudiosos y para los operadores del sistema punitivo, puesto que ha replanteado el debate sobre principios fundamentales, como ser la legitimación material de los delitos de peligro abstracto como modo de tutela anticipada, el principio de mínima intervención, de proporcionalidad e igualdad, y los parámetros tradicionales de atribución de un resultado a una conducta, entre otras cuestiones.

²¹ Por ejemplo, MOCCIA, Sergio, “De la tutela de bienes jurídicos a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos liberales”, en política criminal y nuevo derecho penal, Bosch, Barcelona, 1997.

²² El artículo 144 de la ley 24.241 establece que “cuando el delito se hubiera cometido a través de una persona de existencia ideal, pública o privada, la pena de prisión se aplicará a los funcionarios públicos, directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubieran intervenido en el hecho, o que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, hubiesen dado lugar a que el hecho se produjera”.

²³ Ponencia en el seminario “el derecho penal ...”, Universidad Austral, Buenos Aires, setiembre de 1996.

Este modo de legislar se convierte en una manera de eludir los problemas de fondo, originando una “*política criminal de maquillaje*” limitada a la búsqueda de soluciones superficiales y con impacto inmediato en la opinión pública. Esto a la larga revela las falencias estructurales del sistema, convirtiendo la supuesta “*medida innovadora*” en inoperante. Se evidencia que mediante el recurso a la amenaza penal se buscan solucionar los problemas de fondo que aquejan a una administración pública determinada, prefiriéndose el atajo legislativo en lugar de asumir y encarar los problemas desde su raíz²⁴.

Ahora bien, ¿esta situación actual se ha consolidado de modo arbitrario por el poder político o responde en cierto modo a alguna motivación más o menos racional? Sostener que la expansión del derecho penal se produjo de la noche a la mañana como un capricho del Estado contemporáneo implica quedarnos en la superficie de las posibles causas generadoras de tal expansión. En rigor de verdad, creo que el despliegue actual del derecho penal responde más bien a un fenómeno sociocultural. En efecto, la expansión actual de derecho penal (sobre todo en materia penal económica y empresaria) no parece coincidir mucho con el discurso académico que postula un derecho penal mínimo²⁵. Desde esta postura, parece identificarse al derecho penal mínimo como un derecho penal “*bueno*” y garantista, mientras que el derecho penal expansivo o máximo aparece como “*malo*” e irrespetuoso de las garantías individuales y, en última instancia, fruto de la latente faz totalitaria del Estado.

En un reciente trabajo SILVA SANCHEZ aborda las posibles causas del derecho penal expansivo, afirmando que el mismo tiene un punto de partida real, ya que es la respuesta del Estado a una “*verdadera demanda social de más protección*”²⁶. En síntesis, un derecho penal acorde con la “*sociedad de riesgo*” en la que vivimos²⁷. Tener esto claro nos ayudará a captar el problema político criminal en su justa dimensión y poder efectuar propuestas integrales, evitando soluciones parciales y a corto plazo.

4. ¿Tutela de funciones o protección de bienes jurídicos? ¿Qué rol juega el Poder Judicial?: el caso tributario y algunos datos empíricos

Me limitaré aquí a comprobar de modo muy general cuanto hay de cierto en afirmar que el derecho penal económico en la actualidad protege más bien funciones de la administración (por ejemplo la tributaria) en lugar de bienes jurídicos. ¿O será que la función recaudatoria en la sociedad moderna es un bien jurídico de carácter penal? Veamos algunos datos empíricos acerca de la ley penal tributaria en la Argentina.

Las estadísticas comprueban que la ley 23.771 (régimen penal tributario) venía cumpliendo bastante eficazmente su motivación recaudadora, puesto que si nos atenemos al monto total (\$1.017.903.390, entre agosto de 1991 y octubre de 1995) de las pretensiones fiscales contenidas en las querellas y denuncias formuladas por la entonces DGI (Dirección General Impositiva), vemos que la finalidad de contar con un instrumento legal idóneo para asegurar el ingreso del tributo al fisco, venía

²⁴ En la Argentina, la sanción del régimen penal tributario fue más fácil, rápido, cómodo y económico que poner en marcha una compleja reforma de la administración financiera del Estado y mejorar el sistema recaudatorio. El Estado en su legítimo afán de recaudar, cae en la tentación de recurrir al derecho penal como panacea para asegurar la tarea recaudatoria de la Administración, dando lugar a la penalización de meros incumplimiento administrativos, tipificando en consecuencia el delito de desobediencia.

²⁵ El planteo de un derecho penal mínimo puede verse en FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”, trad. de Andrés Ibañez Ruiz Miguel, Bayon Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandres, Madrid, 1995.

²⁶ Conforme SILVA SANCHEZ, Jesús María, “*La expansión ...*”, Civitas, Madrid, 1999, pág. 20.

²⁷ Sobre la sociedad de riesgo puede verse BECK, Ulrich, “*la sociedad del riesgo (hacia una nueva modernidad)*”, Paidós, Barcelona, 1998.

cumpléndose satisfactoriamente por la legislación penal. El Estado a través del instrumento penal fiscal, recaudó \$ 468.062.300, es decir, un 46 % de lo supuestamente evadido²⁸.

De modo más concreto, sobre un total de 8.565 causas iniciadas, 1.116 concluyeron por aplicación del allanamiento del imputado a la pretensión fiscal²⁹, aplicándose 53 condenas, es decir 13 condenas anuales entre agosto de 1991 y octubre de 1995³⁰.

Del total de causas iniciadas durante la vigencia de dicha ley, en solamente un 1% se aplicaron condenas a las personas sometidas a proceso penal. Por otra parte, se extinguieron las acciones penales por el pago al fisco de lo reclamado en un 13% del total de las causas iniciadas, con lo cual se aprecia que la satisfacción de la función recaudatoria del Fisco salió mejor parada que la aplicación efectiva del derecho penal material. Esto conlleva a que el Juez penal no sabe muy bien para quien está trabajando. Es decir, si forma parte de un Poder independiente (el Judicial) o si es un instrumento para hacer cumplir tareas propias de la Administración.

Abarcando un período mayor, según información brindada en junio de 1999 por la AFIP (Agencia Fiscal de Ingresos Públicos)³¹, la cartera del organismo recaudador se compone de 4.163 causas penales en trámite por un monto de pretensión fiscal de \$ 2.103.801.284.

En comparación con las ejecuciones fiscales y el fuero contencioso administrativo, el fuero penal es el que registra un menor monto de reclamo económico³². No obstante lo cual la vía penal es un mecanismo más que despliega el Estado como estrategia de cobro de lo adeudado por los particulares.

En España también está prevista la regularización de la deuda con el fisco como modo de resolución del conflicto, pero dicha posibilidad es anterior a la interposición de la denuncia³³ y no, como en el caso argentino, cuando la causa está en condiciones de pasar a juicio oral. Esto último es más problemático ya que permite utilizar al proceso penal como instrumento de cobro tributario y conlleva la implementación de la venta de la “*indulgencia penal*”. Por otra parte, se había planteado en la jurisprudencia si el acogimiento a una moratoria y el pago de la primer cuota permitía extinguir la acción penal o había que dejar abierto el proceso penal hasta el pago de la última. La Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que correspondía esperar hasta el cumplimiento final, dejando en “*stand by*” el proceso penal hasta que se acredite el pago total de lo adeudado al Fisco³⁴. Si esto no es prisión por deudas, por lo menos es el

²⁸ Los datos estadísticos fueron tomados del trabajo de CORTI, Aristides H.M.; CALVO, Rubén A.; SFERCO, José M; “*Un primer acercamiento, a trazo grueso, al nuevo régimen penal tributario*”, en la revista jurídica LA LEY (Antecedentes Parlamentarios; Año 1997, N°2, pág. 761).

²⁹ Recordamos que el art. 14 de la ley 23.771 establecía que “*cuando por la pena requerida por la acusación fiscal, sea aplicable la condena de ejecución condicional o cuando con anterioridad a la acusación se estimare que presumiblemente en caso de condena corresponderá la condena de ejecución condicional y el infractor acepte la pretensión fiscal o previsional, por única vez el tribunal actuante, previa vista al fiscal y al querellante o, en su caso, damnificada, y una vez efectivizado el cumplimiento de las obligaciones, declarará extinguida la acción penal*”.

³⁰ Conforme CORTI, Aristides y otros, “*Un primer acercamiento...*” pág. 761.

³¹ Anteriormente DGI (Dirección General Impositiva).

³² Mediante proceso de ejecuciones fiscales la AFIP reclama el pago de \$ 9.190.711.000, mientras que mediante proceso contencioso administrativo reclama \$ 6.034.742.045.

³³ Conforme artículos 305. 4.; 307.3. ; 308. 4. del Código Penal español de 1995.

³⁴ Del voto mayoritario en el caso “*SIGRA S.R.L.*”, en LA LEY t. 1998-A, p. 336. Dicha sentencia cuenta con un voto en disidencia (reservado en la terminología española) que entiende que el acogimiento a la moratoria y el pago de la primer cuota produce una novación de la obligación tributaria y puede con ello extinguir la acción penal.

aseguramiento del cumplimiento de las deudas tributarias mediante el proceso penal. Si se deja de cumplir se reabre la causa. No se me escapa que se me podrá contrargumentar que en definitiva el pago a Fisco es una salida funcional y eficiente, en términos de análisis económico del derecho. No obstante, para quienes vemos todavía en el derecho penal un sistema normativo en estrecha relación con el mantenimiento de valores ético sociales, el mensaje que se trasmite al ciudadano me parece muy criticable. Parece mejor la salida del sistema penal español, donde una vez iniciado el proceso penal, se sigue adelante³⁵.

5. El aporte de la dogmática: pautas para determinar la responsabilidad penal en estructuras organizadas

Pongamos un caso: un trabajador muere a causa de la descarga eléctrica que le produce una máquina en la empresa en la cual trabaja: ¿quién debe responder penalmente? ¿cuál será el límite de dicha responsabilidad penal? ¿contra quien dirigir las investigaciones y eventuales acusaciones? En primer lugar, el órgano jurisdiccional tendrá que decidir cual empresa ingresará en el proceso (la fabricante de la máquina, la contratada para su mantenimiento o la empresa que la compró y la utilizaba). Esta primera cuestión implicará que el Juez penal deba incursionar en campos propios del derecho civil, comercial y empresarial, para recién después dedicarse al estrictamente penal. Una vez determinada la empresa que se investigará, hará que ver que persona física resultará la responsable.

La delimitación de criterios de imputación de responsabilidad penal en el seno de estructuras organizadas ha puesto de manifiesto las dificultades con que se enfrenta la dogmática penal actual a la hora de deslindar responsabilidades individuales en un sistema que por el momento no admite, por lo menos de modo directo, una responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁶. Asimismo, un caso sumamente conflictivo viene dado por la actuación del administrador de hecho de la empresa, lo cual multiplica las dificultades a la hora de atribuirle responsabilidad penal con los criterios tradicionales de imputación³⁷. En efecto, la problemática de la responsabilidad penal del administrador de hecho en si misma considerada, como el diseño de criterios razonables de imputación son temas de constante preocupación en el ámbito del derecho penal aplicado a la actividad de intercambio de bienes y servicios. Sin embargo, pocos han sido los trabajos que hayan abordado la problemática específica de modo sistemático desde una perspectiva prioritariamente dogmática y en forma coherente con una fundamentación general del derecho penal y su función en la sociedad.

5.1 La comisión por omisión

En materia penal económica, por lo general, acción y responsabilidad aparecen deslindadas, por cuanto será necesario determinar quien ostenta dentro de la empresa la posición de garante del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Dicha determinación deberá ser llevada a cabos con criterios no sólo formales sino también integrados desde

³⁵ Aunque también es cierto que esto puede dar lugar a una práctica extorsiva por parte de la Administración Pública.

³⁶ Digo por lo menos de modo directo ya que la cuestión es discutible en el sistema penal Español que ha adoptado en el Código Penal de 1995 un sistema de “*consecuencias accesorias*” de dudosa naturaleza. En la Argentina, por lo pronto, no resulta del todo sencillo distinguir con claridad el carácter penal o administrativo de ciertas sanciones de multa a corporaciones empresarias, como ser el caso de la legislación de Defensa de la Competencia.

³⁷ Sobre el tema particular puede verse el interesante trabajo dogmático de GARCÍA CAVERO, Percy, “*La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*”, Bosch, Barcelona, 1999.

una perspectiva material. Una vez determinado el garante, deberá pasar a analizarse en que medida la omisión de dicho deber de actuar acarreó la producción del resultado, como también la conducta llevada a cabo por el sujeto en cuanto a establecer si existieron acciones tendientes a la evitabilidad del mismo.

En efecto, para afirmar un supuesto de comisión por omisión habrá que apreciar si el sujeto ha asumido el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados³⁸. Dicho compromiso material, se adquiere mediante la realización de actos inequívocos de contención del riesgo o riesgos de que se trate. Por ejemplo, para el caso del administrador de hecho cuando éste, constante y normalmente se comporta como el formal garante de la no producción de resultados lesivos, los potenciales afectados cuentan con la impresión incontestable de que tal sector de riesgo se encuentra bajo control. En dicha realidad material y en la equivalencia (normativa, no ya ontológica entre acción u omisión) radica la eventual responsabilidad penal del administrador fáctico por omisión impropia.

Como si ello fuera poco, problemas de delegación de posiciones de garantes, de deber de vigilancia, de autopuesta en peligro, de culpabilidad, de responsabilidad penal en el marco de toma de decisiones de órganos colegiados, son por citar algunos, temas obligados de trabajo dogmático para proveer a la práctica judicial las herramientas necesarias para la resolución de conflictos.

5.2. *El actuar en lugar de otro*

En materia económica es común que los distintos procesos de actividad social sean atribuibles de un modo concreto a su titular (el dueño del negocio), quien en virtud de su señorío y debido a una multiplicidad de causas, suele dar entrada en su ámbito de actuación a terceros que, con su aporte, contribuyan al impulso y desarrollo del negocio. Este tipo de delegación de esferas de competencia es absolutamente necesario en el caso que el titular o dueño del negocio sea una persona de existencia ideal³⁹.

En definitiva, se trata de salvar el principio de legalidad en el marco de los delitos especiales cuando quien actúa no reúne las condiciones específicas para ser considerado autor, las que sí concurren en aquel en cuyo nombre o representación se actúa. Esto adquiere vital importancia (aunque no se limite a esos casos) cuando en nombre de quien se actúa es una empresa⁴⁰.

6. *Política criminal y sistema judicial: ¿tiene algo que aportar el análisis económico del delito?*

Por diversos motivos la dogmática penal no ha simpatizado mucho con el análisis económico del derecho. Ello ha podido obedecer a móviles filosóficos (un rechazo hacia la corriente utilitarista sobre la cual descansa gran parte del planteo filosófico del análisis económico del derecho⁴¹), o bien por razones ideológicas (la creencia de ver en el análisis económico una expresión del más atroz sistema capitalista), o simplemente

³⁸ Conforme *SILVA SANCHEZ*, Jesús María, en “*Casos de la Jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*”, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 200.

³⁹ Sobre la problemática específica del actuar en lugar de otro, puede verse la obra del máximo especialista español al respecto, *GRACIA MARTÍN*, Luis, “*El actuar en lugar de otro en derecho penal*”, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986.

⁴⁰ La cláusula general de actuación en lugar de otro puede verse en el artículo 31 del Código Penal español. En la Argentina existen tantas y diversas cláusulas de actuación en nombre de otro como leyes penales económicas especiales existen.

⁴¹ Una completa y enriquecedora descripción de la filosofía utilitarista puede verse en *COLOMER*, Josep M., “*El utilitarismo, una teoría de la elección racional*”, Montesinos, Barcelona, 1987.

por temor a lo desconocido y a que las estructuras y categorías dogmáticas más tradicionales se vean puestas a prueba, cuestionadas o criticadas.

El análisis económico aplicado al derecho penal tiene en *BECCARIA* uno de sus precursores⁴². Este es un dato muy significativo, ya que no deja de llamar la atención que una de la más trascendentes propuestas hacia un derecho penal humanitario provenga nada menos que desde la economía del delito. Por otra parte, no deja de imprecionar en la actualidad la relación (aunque sólo sea de principios) entre el funcionalismo radical de *JAKOBS* y algunas consecuencias que el análisis económico del crimen efectúa sobre la función de la pena. En cuanto a la legitimación de algunas aportaciones del análisis económico del derecho a la dogmática penal, resulta muy alentador que el propio *SILVA SANCHEZ* dedicara un interesante trabajo a poner de manifiesto algunas relaciones entre ésta y el estudio económico del delito⁴³.

El llamado *law and economics* o análisis económico del derecho se caracteriza por constituir un estudio económico del fenómeno jurídico. La idea central de dicha disciplina es que las normas jurídicas crean costos y beneficios para la realización de determinadas acciones, con lo cual el derecho deviene susceptible de un tratamiento a la luz de la teoría de los precios, a su vez una rama de la teoría macroeconómica. Por otra parte, el análisis económico del derecho posibilita el empleo de técnicas analíticas que visualizan las soluciones a controversias como elecciones sociales que implican sopesar costos y beneficios. En definitiva, se sostiene que detrás de todo razonamiento jurídico existe un análisis económico.

La ecuación económica costo – beneficio presenta peculiaridades muy interesantes incluso para el derecho penal. A partir del trabajo de *BECKER* (1968)⁴⁴ sobre crimen y castigo, se han efectuado numerosas estimaciones empíricas del modelo económico del crimen confrontándolas con la teoría⁴⁵.

El modelo económico del crimen expuesto por *BECKER* asevera que un delincuente comete un crimen solamente si los beneficios esperados de hacerlo exceden sus costos. Ya que los delincuentes maximizan su utilidad, y esta es función de la riqueza, ellos perpetrarán sus actos solo si hacerlos contribuye a maximizar su nivel esperado de utilidad. Obviamente, la decisión de cometer un crimen dependerá de la probabilidad de ser capturado y de los distintos costos y beneficios asociados a tal acción. Los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles (en el caso de los delitos pecuniarios) o intangibles (en el caso de los llamados delitos pasionales) derivadas del acto criminal. Los costos incluyen varios gastos directos (para comprar armas,

⁴² Conforme *POSNER*, Richard A., “*An Economic Theory of the Criminal Law*”, 85 Colm. L. Rev. 1193 (1985).

⁴³ El título del trabajo es por sí mismo muy ilustrativo de las ideas allí plasmadas: “*eficiencia y derecho penal*”, ANPCP, Tomo XLIX, Fascículo I, Enero-Abril MCMXCVI, Madrid, pág. 93 y siguientes. El análisis económico y su repercusión en derecho penal también ha despertado en España el interés de María Teresa *CASTIÑEIRA*. Nada menos que su proyecto docente para la Universidad Pompeu Fabra, incluía un capítulo sobre “*El análisis económico del derecho penal*”.

⁴⁴ *BECKER*, Gary, “*Crime and Punishment: an Economic Approach*”, “*Journal of Political Economy*”, 76, 169-217, 1968.

⁴⁵ Entre los diversos trabajos que tratan el análisis económico del delito, pueden mencionarse: “*The Economics of Crime Deterrence: a Survey of Theory and Evidence*” de *CAMERON*, S., “*Kylos*”, 1988; “*Violent Crime and Punishment: an Application of the Lisreal Model*” de *CLONINGER*, Dale, and *BRUMUN*, Harold J., en “*Applied Economics*”, august, 1995, 27, 719-725; “*Estimating the Economic Model of Crime with Panel Data*” de *CORWELL*, C., and *TRUBULL*, W., en “*Review of Economics and Statistics*”, 360-367, 1994; “*Crime, Punishment, and the Market for Offenses*” de *ENRLLICH*, I., en “*Journal of Economics perspectives*”, winter 1996, ps. 43 a 67; “*A Time Series-Cross Section Analysis of International Variation in Crime and Punishment*” de *WOLPIN*, K., en “*Review of Economics and Statistics*”, 62, 417-423, 1980, entre otros.

herramientas, máscaras, etc.), los costos de oportunidad del tiempo del criminal y los costos esperados del castigo penal⁴⁶. Mi análisis se centrará en este último costo: la probabilidad de ser descubierto (en sentido general) y la probabilidad de ser condenado (de modo particular). Entiendo que limitarnos a la probabilidad de un castigo efectivo sería reducir el sentido comunicacional del derecho penal. En efecto, el ser detenido por la policía; el ser puesto a disposición de un Juez; el prestar una declaración indagatoria; el ser llevado a juicio oral; son factores decisivos de política criminal y de prevención general positiva. Son actos comunicacionales de sentido y las formas adquieren así una importancia trascendente⁴⁷.

Por ello, si la probabilidad de condena se interpreta como efecto disuasivo, el eficaz funcionamiento del sistema judicial será decisivo a la hora de evaluar las respuestas del Estado frente a la criminalidad económica, donde el delincuente ya no es un individuo marginal, sino que interactúa como un auténtico “*homo oeconomicus*” que se maneja prioritariamente con parámetros de costo – beneficio. La probabilidad de ser descubierto y sancionado seguramente actuará como un indicador de desaliento. Eso dependerá del sistema judicial principalmente.

7. Economía de la Justicia: ¿cuándo la Justicia es eficiente?

El funcionamiento del sistema judicial también ha logrado interesar a los economistas. Lamentablemente esta preocupación no ha sido tan común por parte de los dogmáticos y por los juristas en general, quienes salvo algunas notables excepciones, han estado más bien preocupados por otras cuestiones. Surge así dentro del análisis económico del derecho una rama específica que se dedica al estudio económico de la Justicia⁴⁸. En efecto, las repercusiones del funcionamiento del sistema judicial en el desarrollo económico de los países ha sido objeto de estudio interdisciplinario en diversas latitudes⁴⁹.

Para comprender de que se trata, son muy significativas las reflexiones de BRUNETTI y WEBER (1992): “...la ausencia de confiabilidad judicial le cuesta caro a un país en términos de crecimiento económico. Estos costos están generalmente ocultos. Los que viven y funcionan en este tipo de coyuntura no saben lo que se pierden, por así decirlo, y, por ende, no han aprendido a pensar en ... dicha pérdida. Probablemente, si esas pérdidas pudieran verse aumentaría la presión por parte de la comunidad para tener un sistema judicial confiable”⁵⁰.

⁴⁶ Todo ello conforme Richard A. POSNER, “El análisis económico del derecho”, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 214.

⁴⁷ Lamentablemente se percibe en la Argentina y hasta donde alcanzo también en España, una tendencia hacia la informalidad del proceso penal. Pero esto es otro tema.

⁴⁸ Los cimientos del análisis económico de la justicia partieron de trabajos sobre la teoría económica de la litigación de LANDES (1971), GOULD (1973), POSNER (1973) y SHAVELL (1982), entre otros. Una panorámica de esta materia puede verse en COOTER & RUBINSFELD (1989). Sobre el campo, más amplio, del análisis económico del Derecho, puede verse COOTER & ULEN (1988), PASTOR (1989), POLINSKY (1985) y POSNER (1986).

⁴⁹ En la Argentina se destaca “Justicia & Desarrollo Económico”, un proyecto encarado de modo conjunto por *fores* (foro de estudios sobre la administración de justicia) y por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Dicha investigación tuvo por finalidad determinar, entre otras cuestiones, el grado de incidencia del funcionamiento del sistema judicial en el desarrollo económico del país. Asimismo, puede verse el trabajo de GARAVANO, Germán, “La justicia argentina: crisis y soluciones”, *fores*, Buenos Aires, 1997 y Universidad Carlos III, Madrid, 1997 (en prensa) y del mismo autor “Eficiencia y justicia: ¿cuándo la justicia es eficiente?”, Universidad Siglo XXI, Fundación de Empresas, Córdoba, 1998. En España se destaca el trabajo de PASTOR PRIETO, Santos, “¡Ah de la Justicia! Política judicial y economía”, Civitas, Madrid, 1993.

⁵⁰ Citado por SHERWOOD, Robert M., DE SOUZA, Celso Marcos, SHEPHERD, Geoffrey, en “Judicial Systems and Economic Performance”, feb. 1994.

¿Qué tiene que ver esto con la política criminal judicial en materia socioeconómica? Mucho, veamos porque. Es cierto que si por eficiencia del sistema judicial penal se entiende la prevención de delitos en sentido estricto, el rol de la Justicia Penal es consustancialmente ineficaz⁵¹. Ahora bien, esta visión de eficiencia del sistema es en parte correcta y en parte no. Es correcta puesto que el sistema judicial penal actúa cuando el delito ya se consuma o por lo menos se intentó. La Justicia Penal no previene en sentido estricto los delitos (en cuanto a evitar su comisión) sino que juzga hechos ilícitos pasados. Sin embargo, este juzgamiento de hechos delictivos pasados adquiere una importante dosis de prevención para casos futuros. Un sistema judicial que funcione correctamente emite mensajes de prevención general al resto de la sociedad, tanto para el que cumple con la ley, ya que le expresa que tiene sentido cumplir con las normas (lo cual actúa como un incentivo para seguir cumpliendo), como para quien la vulnera, ya que le comunica que la norma tiene vigencia a pesar de su comportamiento disvalioso (lo cual actúa como un factor disuasivo).

Dentro de este esquema, prevención y eficiencia son dos cuestiones fundamentales al momento de decidir una política criminal judicial practicable. En primer lugar, la forma eficiente de reducir los costes sociales de la delincuencia es, a largo plazo, aumentar las posibilidades de obtención de ingresos por medios legítimos, especialmente para los jóvenes y personas de bajos ingresos, mediante cambios en la legislación sobre salarios mínimos y medidas análogas. A corto plazo, sin embargo, la forma más eficaz de reducir la criminalidad es aumentar los costes esperados de las actividades delictivas mediante el aumento de la certeza o de la severidad del castigo⁵². En lo personal, creo que resulta más eficiente la certeza de una sanción (por pequeña que sea) que la amenaza de una pena muy grave que no llega a hacerse efectiva.

No hay que perder de vista que en materia penal económica quien comete el delito no sólo no carece de trabajo, ni de oportunidades de desarrollo, sino que justamente comete el delito en el marco de sus actividades laborales y profesionales. En su afán por obtener mayores utilidades, viola la ley.

El propio *SCHÜNEMANN* señala que *“puede ser que los delitos cometidos espontáneamente, como enseña la investigación criminológica, no se consiga gran cosa con el agravamiento de la pena, pero existen razones de peso y, en mi opinión, las mejores razones para que rija algo distinto en el sector de la criminalidad económica, planteado según cálculos de utilidad – coste y, por ello, racionalmente calculado, en tanto que sólo el riesgo a ser descubierto no puede ser descuidado por el autor”*⁵³.

Si el delincuente no es, ni en alguna medida, racional, entonces la prevención por normas carece de sentido, quedando sólo la prevención técnica, así como la prevención especial por tratamiento o inocuización. En palabras de *SILVA SANCHEZ* *“no es razonable conminar con disutilidades a quien no incluye el cálculo de las mismas en su toma de decisiones”*⁵⁴.

En definitiva, el análisis económico del delito aplicado a la criminalidad económica aporta una perspectiva interesante (ni absoluta, ni la única) a fin de dar una respuesta integral al fenómeno de la delincuencia empresarial.

⁵¹ En este sentido *QUINTERO OLIVARES*, Gonzalo, *“La Justicia Penal en España”*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 29.

⁵² Conforme *PASTOR*, Santos, *“Sistema jurídico y economía”*, tecnos, Madrid, 1989, pág. 172.

⁵³ *SCHÜNEMANN*, Bernd, *“¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”*, trad. Rodríguez Montañes, en *Jornadas sobre la reforma de Derecho penal en Alemania*, Madrid, CGPJ, 1991, pp. 31 y ss.

⁵⁴ Conforme *SILVA SANCHEZ*, Jesús M., *“Eficiencia...”*, pág. 105.

7.1. Sistema Judicial y supuestos de ineficiencia por exceso y por defecto

Existen dos peligro en la tarea por lograr una real eficiencia en materia penal económica en el ámbito del sistema judicial. He decidido agruparlas en supuestos de exceso y en casos de defecto. Ambos verdaderamente nocivos para el sistema y para el grado de prevención general, asignado en este trabajo, al derecho penal y al sistema judicial.

Como un supuesto de exceso de eficiencia siempre esta latente el riesgo de que el sistema judicial incurra en supuestos de responsabilidad objetiva, esto significa que acreditada la condición de directivo del imputado, esa mera circunstancia sea la que genere responsabilidad penal, con independencia de todo otro factor relevante. Así, la parte acusadora no deberá limitarse a probar la calidad de directivo, ya sea formal o de hecho, para solicitar la sanción penal, sino que deberá acreditar todos los demás extremos de responsabilidad tendientes a demostrar el dominio social típico⁵⁵. De lo contrario la defensa tendría que asumir el absurdo papel de la carga de la prueba de la inocencia. En este contexto resulta interesante señalar la paradigmática repercusión positiva, en cuanto a evitar formar objetivas de responsabilidad penal, que tuvo la incorporación al sistema español de la cláusula de actuación por otro. Así, su recepción por parte del derecho positivo, que tenía que ver más con problemas de legalidad, configuró toda una línea jurisprudencial que hizo hincapié en no limitarse a la mera circunstancia de ser directivo de empresa para generar responsabilidad penal⁵⁶.

En otro orden de ideas, uno de los principales problemas por defecto de eficiencia que percibo es que la investigación penal se quede en la periferia de las responsabilidades, tal como lo demostró la Justicia española en el paradigmático caso de la “*Central Térmica Cersc*”. Allí no sólo no se avanzó en la determinación de los verdaderos responsables del ámbito empresarial, sino que no se investigó la actuación de la Administración. Sin entrar en detalles, es criticable como ha operado en dicho pronunciamiento judicial el permiso para contaminar o denominado efecto bloqueo de la administración. Se terminó reprochando al empresario haber omitido deberes de control en comisión por omisión aún cuando una normativa administrativa le permitía actuar. Me pregunto: ¿es que el empresario debe ser el custodio de la legalidad? ¿Es el empresario quien tiene a su cargo establecer el riesgo penal permitido aún contra una resolución de la Administración que consideraba permitido su accionar? Sin dudas, verdaderamente problemático.

8. Conflicto entre eficiencia y garantía: ¿tiene solución?

Es un error pensar que la eficiencia resulta incompatible con el principio de garantía. Por el contrario, aquí se plantea una concepción ética de la eficiencia al servicio del desarrollo de los ciudadanos: ¿dónde se ha afirmado que un Estado que no respeta las garantías individuales sea eficiente? ¿quién ha sostenido que una política criminal judicial que se guíe por parámetros de responsabilidad objetiva sea eficiente?

⁵⁵ Sobre las proyecciones dogmáticas del concepto de “*dominio social típico*” puede verse GRACIA MARTÍN, Luis, ob. cit.

⁵⁶ Un interesante relevamiento de la jurisprudencia española puede verse en ALONSO de ESCALAMILLA, Avelina, “*Responsabilidad penal de los directivos y órganos de empresas y sociedades*”, Tecnos, Madrid, 1996. En la Argentina se afirmó en sede judicial que “*la sola circunstancia que el imputado integre el directorio de la sociedad no resulta suficiente para establecer su intervención en el delito investigado. Máxime si se tiene en cuenta que las declaraciones juradas correspondientes a los períodos denunciados, en principio, no aparecen suscriptas por el nombrado*”(conforme CNPenal Económico, Sala A, del 2/4/98, “*Alesia S.A.C.I.F. y A.G. s/infr. Ley 24.769, causa 39.566, LA LEY “Periódico Económico Tributario”, del 15/5/98.*

La noción de eficiencia, como la obtención de mayores utilidades a menor costo, no excluye la de garantía. Hay costos que la sociedad no está dispuesta a pagar en aras de una supuesta eficiencia. Es evidente que los costos que se traslucen en privación de garantías son superiores a los de la propia eficiencia y por ende rechazables incluso desde la perspectiva del análisis económico del derecho que aquí se defiende.

Como venimos señalando, si bien la tensión entre eficiencia y garantía es algo connatural al derecho penal, ésta se ha visto acentuada de modo significativo en los últimos tiempos, prioritariamente por la expansión del derecho penal en materia socioeconómica. Con lo cual, muchas veces se configurará la existencia de un conflicto entre eficiencia económica y derechos individuales. Señala *SILVA SANCHEZ* que “*la cuestión central radicaría en cómo resolverlo: en otras palabras, dónde se encuentra el límite normativo – valorativo de las consideraciones de eficiencia y cómo (desde que premisas) puede construirse, si es que realmente existe*”⁵⁷.

Aún reconociendo que el principio de eficiencia sea un principio integrador de todos los demás, no constituye un fin en sí mismo, sino que se limita a ser un medio con la persona como horizonte⁵⁸. La cuestión es establecer cuales son sus límites.

Una posible solución al conflicto: cuando dos principios entran en colisión (eficiencia y garantía son dos principios fundamentales del derecho penal) uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa⁵⁹. En definitiva, se trata de una cuestión de peso, prima el principio con más peso en el caso concreto⁶⁰.

En esta tarea encuentro el desafío fundamental de la política criminal judicial en el ámbito de la delincuencia socioeconómica.

⁵⁷ *SILVA SANCHEZ*, Jesús M., “Eficiencia ...”, pág. 126

⁵⁸ Conforme *SILVA SANCHEZ*, Jesús M., “Eficiencia ...”, pág. 127.

⁵⁹ Todo ello conforme *ALEXANDER*, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 89.

⁶⁰ Respecto al concepto de la dimensión de peso, conforme *DWORKIN*, R., “Taking Rights Seriously”, págs. 26 y siguientes.