

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

UNA APROXIMACIÓN AL TEMA DE LOS DELITOS ECONOMICOS

EDMUNDO S. HENDLER

Los bienes jurídicos colectivos

En el terreno de la dogmática jurídico-penal la cuestión de la definición y deslinde de los delitos económicos está, fundamentalmente, hoy en día, centrada alrededor de concepto de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Se trata de un objeto de tutela jurídica caracterizado por su naturaleza complementaria. Al decir de Bustos Ramírez, mientras que los bienes jurídicos individuales están en las bases mismas de existencia del sistema social, aquéllos operarían con relación a su funcionamiento. En la misma categoría complementaria estarían los que tutelan las instituciones y los que atienden a un estricto control. Lo que está en juego con esa noción de bienes jurídicos, que Bustos Ramírez prefiere designar como colectivos antes que supraindividuales, son las necesidades de carácter social y económico o, dicho en otras palabras, la participación de todos en el proceso económico-social.¹

Mientras que los intereses de contenido económico, por un lado, siempre están referidos a un titular determinado, la economía, en cambio, concierne al "régimen económico de la

comunidad" y de esa discriminación es de donde puede deducirse el deslinde de los delitos económicos.² También se puede decir, siguiendo a otro autor, que se trata de la tutela del orden económico estatal en su conjunto o bien el flujo de la economía en su organicidad de lo que sería sinónimo, en definitiva, la economía nacional.³ O, si se quiere, la protección de intereses económicos de tipo colectivo o social.⁴

Bajo una perspectiva bastante diferente, como es la que suelen emplear los autores anglosajones, se encuentra una aproximación semejante. En el trabajo ya clásico de Stanford Kadish sobre el empleo de sanciones penales

2. Es la distinción que propone Manuel de Rivacoba y Rivacoba en "Los llamados delitos socio-económicos en los Códigos Penales y en los proyectos iberoamericanos y en la propuesta de anteproyecto español de nuevo Código Penal" (trabajo incluido en el volumen *La Reforma Penal. Delitos Socio-Económicos*, ed. de Barbero Santos, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, pp. 71-98).

3. Es el punto de vista de Klaus Tiedeman: *Poder económico y delito*, (trad. A. Mantilla Villegas), Barcelona, 1985, ed. Ariel.

4. En la nomenclatura que utiliza Jorge de la Rúa, aunque su punto de vista resulta bastante escéptico acerca de posibilidad de encontrar una noción de delito económico a partir de la determinación de los bienes jurídicos tutelados ("Los delitos económicos" en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año III, 1980, nro. 9, pp. 11-44).

1. Juan Bustos Ramírez, "Los bienes jurídicos colectivos", en *Revista de Derecho*, Universidad Complutense, Monográfico 11, 1986, pp. 147-164.

para la imposición de reglamentaciones legales de la economía, se señala como una de las características más importantes de las leyes que así lo hacen, el propósito perseguido con ellas de "proteger el orden económico de la comunidad".⁵

Pero esta especie de nociones tienen una sustancia problemática: la de su escasa utilidad para la función que siempre ha desempeñado el concepto de bien jurídico, es decir, la de servir como instancia crítica y de delimitación de los tipos penales. Hace poco lo señaló Winfried Hassemer. El Derecho Penal moderno, al proteger la economía, tiende a disolver el concepto de bien jurídico, puesto que no se trata de intereses humanos concretos sino de instituciones sociales o "unidades funcionales de valor".⁶

Para superar esta disfuncionalidad Hassemer propone una fórmula conciliatoria: los intereses generales de la sociedad se deben funcionalizar a partir del individuo. La idea es retornar a la noción personal de bien jurídico, limitando la protección de los de carácter colectivo a aquellos que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre individual. En otras palabras, sólo se justifica el castigo cuando el objeto de tutela colectivo sea el medio para proteger concretos intereses del individuo. La proposición es, desde luego, sensata, pero lo que no está dicho es cuál sería la fórmula para reconocer la mediación. Lo único que se puede establecer es una conclusión de política

criminal que vale la pena consignar tal como la expone, a manera de regla, el propio Hassemer: "Cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo".

El carácter problemático de la determinación de los bienes jurídicos en los delitos económicos es, desde luego, una constante en la bibliografía del tema. Los comportamientos aislados constitutivos de esta clase de delitos no suelen ser, en sí mismos, mayormente dañosos. La dañinidad está relacionada con su eventual generalización y con el desajuste del modelo económico imperante. Esto último implica una gran relatividad histórico-geográfica y ha hecho decir que los delitos económicos, a diferencia de los delitos tradicionales, no tutelan "valores humanos inmutables".⁷ O, con una perspectiva algo semejante, que la determinación está supeditada al distingo del modelo de organización económica que adoptan los estados de la comunidad internacional, es decir, esquemáticamente, los estados del sistema capitalista, los del sistema socialista y los regímenes intermedios.⁸

Esta diversidad de los modelos económicos no sería óbice, sin embar-

5. Stanford H. Kadish: *Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations* (The University of Chicago Law Review, vol. 30, 1973, § 3, pp. 423-449).

6. Winfried Hassemer: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" (traducción castellana de Patricia Ziffer) en *Doctrina Penal*, nro. 46-47, pp. 275/285 (Buenos Aires, ed. Depalma, 1989).

7. Cesare Pedrazzi, "El bien jurídico en los delitos económicos" (incluido en *La reforma penal. Delitos socio-económicos*, ed. de Marino Barbero Santos, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, pp. 279/298. La negación de esa característica está implícita en la afirmación de Pedrazzi de que el Derecho Penal económico se contrapone a los capítulos centrales de los Códigos en los que sí se tutelan esa clase de valores.

8. Eduardo Novoa Monreal, "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXV, 1982, pp. 44/45.

go, en opinión de Novoa Monreal, para reconocer una rama del Derecho original y autónoma designada Derecho Económico así como un bien jurídico específico denominado "orden público económico". Tampoco lo sería para admitir un rasgo de universalidad: la existencia de fenómenos semejantes al actual Derecho Penal Económico en todas las épocas de la historia.⁹ El dato es altamente significativo. En todos los tiempos, dice, por su parte, Jorge de la Rúa, el derecho ha sancionado atentados graves a la actividad económica de la comunidad. El ejemplo está en las normas sobre acaparamiento de trigo en Roma o el castigo de la caza furtiva en el Medioevo.¹⁰

No hay dudas, sin embargo, de que se trata de un fenómeno de características peculiares en nuestro tiempo y, sobre todo, de que esas características surgen a partir del llamado proceso de industrialización de las naciones. Está claro, entonces, que la peculiaridad está constituida por una intensificación. A la manera de esas bacterias que son huéspedes permanentes del organismo pero que, en ciertas circunstancias, se multiplican y conforman un cuadro patológico.

Y lo que es todavía más importante, en todos los tiempos también, esa clase de transgresiones han tenido una esencia problemática. Si ella se debe, como entiende Pedrazzi, a la misma complejidad del fenómeno económico¹¹ igual se impone indagar más a fondo sobre sus características.

Transgresiones económicas y solidaridad social

9. Obra y lugar citado en nota anterior, p. 57 y nota al pie 21.

10. Jorge de la Rúa, "Los delitos económicos" en *Doctrina Penal*, año III, 1980, n.º 9, pp. 11/14.

11. En el trabajo ya citado, *El bien jurídico en los delitos económicos*.

Las precisiones que pueden conseguirse a partir de las reseñadas observaciones de distintos autores no son, desde luego, de gran alcance. Puede, eso sí, establecerse una base problemática inicial. La proposición de Hassemer ya comentada, en definitiva, no hace sino señalar los graves inconvenientes que se derivan de la creación misma de delitos de carácter económico. Las dificultades con que se tropieza para su delimitación conceptual en la doctrina serían, por ende, una consecuencia de esos mismos inconvenientes. El punto de partida que, más allá de las divergencias, parece posible adoptar, conduce a un único común denominador: los bienes jurídicos a cuya protección corresponden los delitos económicos conciernen a la tutela de la economía de una comunidad en su conjunto. Y esta última noción, como es fácil advertir, se denota, exclusivamente, por su contraposición a la de protección de intereses económicos individuales o de grupos más reducidos o familiares.

Los términos de la contraposición pueden ser varios. Se ha señalado, por ejemplo, el carácter dialéctico de la relación de convergencia y antagonismo entre intereses de distinta naturaleza identificados como: individuales, de grupo, difusos, y de la comunidad.¹² Pero para la verdadera utilidad de la reflexión se impone hallar el conjunto binario de términos antagónicos.

La familia y la sociedad civil son, en ese sentido, las variables más significativas que entran en juego. El fortalecimiento de la cohesión en una debilita la otra y viceversa. Beccaria, que se ocupó del "carácter de la familia", en uno de los capítulos de su obra clásica, lo advertía claramente. Considerar a la sociedad como una reunión de familias,

12. Lo expresa así Cesare Pedrazzi en el trabajo ya citado, "El bien jurídico...".

decía el autor de "De los delitos y las penas", es erróneo y contrario al espíritu regulador de la república.¹³ Lo mismo que Ortega y Gasset que, en varias partes de su obra, mostró el carácter contrapuesto y hasta contradictorio de la familia y la sociedad civil.¹⁴ También es, finalmente, una tesis sustentada por la "Antropología estructural" de hoy en día. Levi-Strauss, el creador de la corriente de pensamiento así llamada, lo expresa sintéticamente en estos términos: "... la existencia de la familia es, al mismo tiempo, la condición y la negación de la sociedad".¹⁵

Investigaciones recientes sobre la transformación de la familia europea, aun emprendidas con el propósito de refutar la contraposición entre estado y familia, deben conceder que esta última ya no es la institución dominante em función de la cual se organizan las otras esferas de la sociedad.¹⁶ Las mutaciones experimentadas en su estructura, en el aspecto demográfico, en el rol desempeñado por la mujer o en las relaciones intergeneracionales, a partir de la llamada "revolución industrial", son de tal magnitud que resulta imposible prescindir de ellas en la explicación de un fenómeno que se entiende característico

del proceso de industrialización como lo es el de los delitos económicos. Aun cuando tal característica sólo sea una intensificación de hechos que tienen vigencia permanente, como ya antes fue puesto de manifiesto, igual salta a la vista la correlación entre ambas variables: la transformación de los vínculos solidarios de parentesco y la organización económica a escalas mucho mayores que las que permite el entorno familiar.

Mientras que las unidades en que aparece organizada la actividad económica son los individuos y su grupo familiar, cada una de esas unidades opera independientemente y contrapuesta a las demás. Las reglas necesarias son las que aseguren el *fair play* dentro de la contraposición: se trata de evitar las transferencias furtivas, violentas, con engaño o con abuso de confianza. Más allá de eso impera el *caveat emptor* y el libre comercio entre los individuos. Los castigos de índole criminal se requieren únicamente cuando las transferencias tienen alguna de aquellas características. En el interior de cada unidad, y fuera de las normas que rigen las transmisiones de riqueza en el orden familiar por medio de las herencias y las asociaciones conyugales, el derecho se desentiende y descansa en el control doméstico generalmente ejercido por un jefe o *paterfamilias*.

Esa verdadera actitud prescindente de la ley está claramente reflejada en la circunstancia de que la mayoría de los hechos delictivos de carácter patrimonial ocurridos en el seno de la familia se hallen al margen de la ley penal. Es la regla que exime de castigo a los delitos contra la propiedad entre parientes próximos que muchas legislaciones consagran, entre ellas la argentina (artículo 185 del Código Penal en vigor). Aún en aquellas legislaciones que no establecen expresamente la exención, como ocurre en las de tradición germana,

13. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, traducción de N. Doppelheim, Barcelona, ed. Sopena, p. 133.

14. Por ejemplo: en el ensayo: "Socialización del hombre" (incluido en el volumen *El Espectador* VII-VIII, Madrid, ed. Rev. de Occidente, colección El Arquero, 1961, pp. 183/284).

15. Conf. el ensayo, "La familia" incluido en el volumen *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, ed. Anagrama, Barcelona, 1974, pp. 47/49.

16. Es el caso de la investigación llevada a cabo por Martine Segalen con el título "La revolución industrial: del proletario al burgués" que integra la obra *Historia de la familia*, dirigida, junto con los autores, por la misma Segalen (versión en castellano de ed. Alianza, Madrid, 1988, vol. II, pp. 387/424).

igual se verifica una situación semejante. En ellas se condiciona el ejercicio de la acción penal por los delitos de esa especie ocurridos entre parientes próximos, a la exclusiva instancia de la parte damnificada. Los Códigos Penales modernos afines a la tradición romana se han mantenido firmes en consagrar la excusa aunque con diferencias en cuanto a su mayor o menor amplitud. Su origen ancestral se hace remontar al Derecho Romano y a la ficción de la unidad de persona. Se la explica como inspirada en el propósito de no relajar los vínculos parentales más directos pero también se reconoce que juegan en ella consideraciones de comunidad patrimonial familiar.¹⁷

El funcionamiento de esa regla resulta, por eso mismo, indicativo del carácter de unidad económicamente solidaria de cada grupo familiar. Pero las necesidades de la producción industrial y masiva exigen unidades mucho más extensas que las del clan familiar. Toda la sociedad está abarcada y, por lo tanto, pierde significado el segmento constituido por el orden solidario interno de la familia.

En una perspectiva utópica, y aparentemente inalcanzable por ahora, una sociedad organizada económicamente de manera verdaderamente solidaria debería conferir a los delitos contra la propiedad, en general, un *status* semejante al que hoy en día se les asigna cuando tienen lugar entre quienes son parientes próximos. Bajo esa perspectiva, los castigos criminales, como *última ratio* del sistema social, podrían quedar de lado y sería preferible no utilizarlos con esa clase de delitos. En otras palabras, una organización económica en que las

unidades productivas involucren a toda una comunidad y no sólo a un clan familiar debiera poder desentenderse del problema de algunos delitos que, aunque suponen la indebida apropiación de ciertos bienes, no trastornan la economía del conjunto. Al menos sería posible pensar que la criminalidad de esa clase de hechos no debiera ser mayor que la que, hoy en día, se atribuye a los que tienen lugar dentro del ámbito familiar. El castigo quedaría reservado a los hechos que afecten la estructura del sistema, cosa que no ocurre con las apropiaciones de bienes particulares que pasen de uno a otro individuo dentro de la misma comunidad. Los verdaderos delitos de índole patrimonial serían, en consecuencia, únicamente aquellos que hoy conocemos como delitos económicos.

De cualquier manera, la extensión de esas unidades comunitarias económicas está siempre determinada por su contraposición con otras. Solidaridad y oposición son las coordenadas de los hechos sociales y su intersección marca el punto que delimita cada segmento. Para expresarlo en las palabras de un etnólogo contemporáneo "a cualquier nivel de una determinada estructura social, la solidaridad de un grupo depende de la existencia de otro grupo al que puede oponérsele. Lejos de ser algo innato, el fenómeno solidario es una función de su relación con aquello que se halla conceptualmente excluido de él."¹⁸

Un autor ya clásico de la Antropología Social moderna, Franz Boas, al destacar las ideas ingenuas de progreso, propias del historicismo evolucionista, puntua-

17. Así lo explica un autor de la materia como A. Quintano Ripollés en su *Tratado de la parte especial del Derecho Penal* (2da. edición actualizada por E. Gimbernat Ordeig, tomo II, p. 141).

18. Lo expone en esos términos el antropólogo social inglés Julián Pitt-Rivers en "El análisis del contexto y el locus del modelo" (recogido en el volumen *Tres ensayos de antropología estructural*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1973. p. 18).

lizaba que el grupo cerrado al que pertenece un individuo reconoce un código de ética humana en cierta forma invariable. La diferencia, decía Boas, "reside más bien en la extensión del grupo social habia el cual se sienten obligaciones y un discernimiento más claro del dolor humano".¹⁹ Hoy en día, sin duda, esa extensión tiende a estar referida a las fronteras del estado así como en otros tiempos o en sociedades distintas de las que integran la civilización occidental, no puede imaginarse la más allá de los límites del clan o de la tribu.

La diferenciación propuesta por Boas es, posiblemente, la fórmula más acabada para deslindar los fenómenos sociales y da clara explicación de las dificultades con que tropieza el Derecho Penal Económico. La formación de una conciencia comunitaria que abarque segmentos sociales apropiados a un sistema económico de producción masiva exige que los individuos dejen de ver al entorno familiar, o al de los vecinos de la aldea, como los únicos susceptibles, de crearle deberes solidarios y piensen, en cambio, en comportarse de modo leal hacia muchos otros individuos (tal vez millones de ellos) con la mayoría de los cuales no tendrán el menor contacto en toda su vida.

A todo esto, la vigencia del Derecho Penal es, en cierto sentido; la instauración de un sistema de castigos que no sean una pura reacción indiscriminada

y supone, fundamentalmente, un criterio de coherencia racional y un relieve subjetivo en su aplicación. Esto es, en otras palabras, un cierto grado de comprensión humana hacia el transgresor y, por consecuencia, un reconocimiento del vínculo solidario de pertenencia a la comunidad. Y esse vínculo se da de manera estratificada. Dentro de una sociedad pueden distinguirse varios niveles de convivencia que confluyen y se contraponen. Las actividades económicas no escapan a esta regla y pueden estar organizadas de manera de corresponder a alguno de esos niveles. Cuando se trata de que lo sean en función de la comunidad toda los resultados tienden a optimizarse pero, al mismo tiempo, surgen otras dificultades, esencialmente, la ya mencionada concerniente a la creación de una conciencia comunitaria apropiada a la dimensión extendida de esa clase de actividades.

El fenómeno, como ya ha quedado de manifiesto, se aprecia desde las dos vertientes. Por un lado, en la proclividad a la transgresión por la dificultad de comprender la cuantía del daño comunitario que puede ser individualmente insignificante. Por el otro, y he aquí la esencia problemática que incumbe al tema de los delitos económicos, en la necesidad de instrumentar un régimen de sanciones que atienda a las necesidades de disuasión sin declinar de lo que es sustancial a la noción misma del Derecho Penal: conformar un mecanismo de castigos coherentemente discriminados y aplicados en función del relieve subjetivo de cada hecho.

19. Franz Boas, *Cuestiones fundamentales de Antropología Cultural*, Buenos Aires, 1964 (Ed. Solar-Hachette), p. 209.