



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
A. C.
México

Caterini, Mario

La ética económica y la responsabilidad penal

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IX, núm. 35, enero-junio, 2015, pp. 123-144

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293242147007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La ética económica y la responsabilidad penal*

Economic ethics and penal responsibility

Mario Caterini**

RESUMEN

En el presente trabajo se delinea la separación entre la ética y el derecho penal mediante la garantía formal del principio de legalidad. Posteriormente aborda las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal en los contextos de la ética económica, llegando a la conclusión de que recientemente el legislador italiano ha desarrollado una política asimétrica, mediante un proceso éticamente reforzador de los clásicos delitos pertenentes a la criminalidad de los sujetos marginados, y adoptando soluciones que se alejan del reforzamiento de la ética en los crímenes típicos de los conocidos como de "cuello blanco".

PALABRAS CLAVE: Legalidad penal, ofensividad, ética, crímenes económicos.

ABSTRACT

In the first part of the paper there is an approach on the separation between ethics and criminal law, through the formal guarantee of the legality principle. Through the possible connections between cultural norms and criminal law, the principle of offensiveness is reached, which is considered as a significant parameter of laity of the criminal law, as it allows contrasting the ethical pushes that can find shelter inside the same formal law. The paper presents the issues connected to the criminal responsibility in the context of the economic ethics, coming to the conclusion that the Italian legislator has recently developed an asymmetric policy.

KEY WORDS: Penal legality, offense principle, ethics, economic crimes.

* Recibido: 31 de julio de 2014. Aceptado: 5 de septiembre de 2014.

** Profesor de Derecho penal en la Universidad de la Calabria, Italia (mario.caterini@unical.it).

Sumario

1. La separación entre ética y derecho penal: la garantía de la legalidad formal
2. Normas de civilidad y derecho penal
3. La laicidad del derecho penal: la garantía sustancial de la ofensividad
4. La sobreposición entre la ética económica y la responsabilidad penal
5. Los desequilibrios éticos del legislador penal contemporáneo
6. Conclusiones

1. La separación entre ética y derecho penal: la garantía de la legalidad formal

Aunque sea vasta la literatura en el tema de relaciones entre ética, moral y derecho penal, en esta sede no se puede eximir de puntear, sea incluso con extrema síntesis, algunas consideraciones que podrán resultar útiles.¹

Según las adquisiciones provenientes de la tradición iusnaturalista profana, ilustrada y liberal, el modelo garantístico penal está inspirado en algunos axiomas fundados, entre los que se encuentran, por aquello que aquí interesa prioritariamente, los actuales principios de legalidad y ofensividad. El derecho penal, pues, con base en el primero de estos principios, debería ser estrechamente y formalmente “convencional”, en el sentido de que la relevancia penal no es atribuible a una acción en cuanto inmoral o éticamente censurable, o de algún modo socialmente dañina, sino que se refiere exclusivamente a aquellas conductas taxativamente descritas en una ley.² El convencionalismo legal, así,

¹ En esta sede no es posible darse cuenta, tampoco bajo forma de indicación bibliográfica, de la vasta producción científica sobre el tema. Puede limitarnos a citar algunas contribuciones más recientes como aquellas recogidas en VARIOS AUTORES. *Laicità e diritto*, Bolonia, 2007, con amplias reexpediciones a la literatura en su argumento; FIANDACA, G. “Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati”, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milán, 1991, vol. I, pp. 165 y ss.; FORTI, G. “Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici”, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milán, 2006, vol. I, pp. 283 y ss.; MANTOVANI, F. “Problemi della laicità nell’esperienza giuridico-penale”, *Scritti in memoria di R. Dell’Andro*, Bari, 1994, vol. I, pp. 519 y ss.; PULTANO, D. “Laicità e diritto penale”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 55 y ss.; ROMANO, M. “Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 477 y ss.; STELLA, F. “Laicità dello Stato: fede e diritto penale”, en *Diritto penale in trasformazione*, Milán, 1985, pp. 309 y ss. En la doctrina alemana, entre muchos otros, véase WELZEL, H. “Recht und Sittlichkeit”, en *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, pp. 45 y ss.; KAUFMANN, A. “Strafrechtspraxis und sittliche Normen”, en *JuS*, 1978, pp. 361 y ss.; HENKEL, H. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2a. ed., Munich, 1977, pp. 66 y ss.

² Mientras que en la cultura jurídica consiguiente del pensamiento medieval existió una completa identificación entre delito y pecado, y el derecho penal teocrático se caracterizó por la regla de las penas *extraordiniae*, en evidente contradicción con el principio de legalidad, ya con la obra de U. GROZIO, *De jure belli ac pacis* (1625), empieza a perfilarse una clara contraposición entre la responsabilidad penal y la responsabilidad moral. En este sentido, véase MOCCIA, S. *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Nápoles, 1979, *passim*. Es conocido, luego, que con la Ilustración se consolidó el principio de legalidad. Si leemos a MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), 5a. ed., trad. it. de B. Boffito Serra, Milán, 1989, libro v, capítulo xv y libro vi, capítulo III, pp.

determina la separación entre la recta cláusula penal y ética, en el sentido de que un comportamiento inmoral podrá ascender eventualmente a un crimen sólo si aparece descrita en una ley, pero eso no significa que un crimen sea de por sí también inmoral.

Es conocido, en cambio, que las ideologías autoritarias han ideado un concepto de responsabilidad penal desatado por el convencionalismo formal, sustentando que el crimen sea una conducta ontológicamente inmoral o antisocial, que prescinde de una taxativa previsión legislativa. En tales hipótesis se tiene una devaluación de la función definitoria de la ley, a ventaja, en el mejor de los casos, de cláusulas elásticas e indeterminadas, si no hasta de una completa eliminación de la conducta material como fundamento de la punibilidad, para dejar éticamente el sitio a un tipo de autor delincuente.³ Se produce por tanto confusión entre derecho penal y ética, en cuanto es una pretendida verdad ontológica y no la fuerza de la ley, a fundar la responsabilidad penal.

Si las teorías sustancialísticas presentan una clara matriz ética, ya que el crimen es castigado en cuanto *peccatum*, también aquellas que son formales pueden conservar implicaciones éticas en caso de que no se limiten a sustentar que los crímenes están prohibidos por la ley, pero añadan que por esta sola razón tienen que ser considerados *peccata*. También en este caso existe una confusión entre ética y derecho penal, y se habla de legalidad o formalismo ético en cuanto un comportamiento es considerado inmoral por el sólo hecho de estar prohibido formalmente por la ley. Tales teorías legitiman los crímenes de mera transgresión justo en cuanto se trata de una desobediencia al poder soberano encarnado por la ley. El delincuente es sencillamente un rebelde.⁴ Todos los deli-

206 y ss., 224 y ss., que consideró típica de los Estados despóticos la ausencia de leyes, mientras que localizó justo en el principio de legalidad la esencia de los Estados modernos. ROUSSEAU, J. J. *Il contratto sociale* (1762), trad. it. de J. Bertolazzi, Milán, 2003, libro II, capítulo 4, p. 99, según el cual el poder soberano no puede superar los límites de las convenciones generales. Se advierte, así, la intuición del célebre filósofo, que dirige a encauzar la misma autonomía del legislador con el principio de autonomía absoluta pero no ilimitada, con eso revelando la preciosa señal de los riesgos conexos a las derivas plebiscitarias y la toma de decisiones que se habrían revelado sucesivamente. BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene* (1764), Milán, 1991, § III, p. 39, según el cual [...] sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el Poder Legislativo, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social" (t.d.r.).

³ Para permanecer en Italia, es suficiente recordar que eminentes juristas propusieron una impostación del género. Véase CARNELUTTI, F. "L'equità nel diritto penale", en *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, pp. 105 y ss., el que sustentó que no hubo razón para no castigar incluso un acto socialmente dañino si no estaba expresado por la ley. MAGGIORE, G. "Diritto penale totalitario nello Stato totalitario", en *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 140, deniega los principios liberales que todavía connotaron el código Rocco, y propuso modificar su artículo 1 de este modo: "Es un crimen cada hecho expresamente previsto por la ley penal y oprimido con una pena establecida. Además, es crimen cada hecho que ofende la autoridad del Estado y es merecedora de pena según el espíritu de la revolución fascista y la voluntad del caudillo, único intérprete de la voluntad del pueblo italiano. Tal hecho no está previsto por una precisa norma penal, es punible en fuerza de una disposición análoga" (t.d.r.).

⁴ En este sentido MAGGIORE, G. "Diritto penale totalitario...", *op. cit.*, p. 155.

tos, al final, pueden ser considerados al criterio de un *crimen laesae maiestatis*,⁵ como meras violaciones de un deber, como una infidelidad al Estado o al jefe que lo personifica. Los valores tutelados por las normas positivas se vuelven de naturaleza ética por el solo hecho de ser protegidos con una sanción penal, y los comportamientos dirigidos a su ofensa son moralmente censurables por el solo hecho de contrastar con la ley del soberano.⁶

Semejantes modelos éticos, por lo demás, están en patente contradicción con los fundamentos del moderno Estado de derecho, siendo adquisición imprescindible de la civilización liberal aquella según la cual no hay una inevitable conexión entre derecho penal y moral. Tal adquisición del positivismo jurídico ha sido puesta a fundamento del principio de legalidad del Estado de derecho, con base en el hecho de que el derecho penal laico no tiene la tarea de reproducir las reglas morales de cierta ética, sino que es el resultado de una convención predeterminada ontológicamente.⁷

⁵ Comprobación de lo difícil que es distinguir la ética del derecho penal, encontramos en ROUSSEAU, J. J. *Il contratto sociale*, cit., libro II, cap. 5, p. 101, que después de haber afirmado el convencionalismo del derecho, de algún modo reduce todos los delitos a un tipo de *crimen laesae maiestatis*, representando a cualquier culpable como "enemigo" del Estado.

⁶ Son éstos los resultados del proceso de formalización y vaciado del bien jurídico, culminado en la Alemania nazi a través de su sustitución con la "violación del deber" o con el concepto de "infidelidad" al Estado, basando así el sistema penal sobre los valores éticos sacados directa y exclusivamente de las leyes, también por calle analógica. La referencia es a la escuela de Kiel, y, en particular, DAHM, G. "Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, pp. 225 y ss.; ib., *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940; SCHAFSTEIN, F. "Das Verbrechen als Pflichtverletzung", en VARIOS AUTORES. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, 1935, p. 108.; ib., "Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?", en *Deutsches Strafrecht*, 2, 1935, pp. 97 y ss.; ib., "Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma", en *Deutsches Strafrecht*, 4, 1937, pp. 335 y ss. A ese respecto véase WÜRTENBERGER, T. *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania* (1959), Milán, 1965, p. 75; BARATTA, A. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milán, 1963, pp. 65 y ss.; MUSCO, E. *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milán, 1974, pp. 73 y ss.; ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, 1983, pp. 46 y ss.

⁷ En este sentido véase KELSEN, H. *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. de S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milán, 1959, pp. 4 y ss. y 379 y ss.; HART, H. L. A. *The Concept of Law* (1961), trad. it. de M. A. Cattaneo, *Il concetto del diritto*, Turín, 1965, p. 217. También BOBBIO, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965, pp. 105 y ss., ha afirmado la separación entre el derecho real y derecho ideal. La moral no encuentra su fundamento en el derecho, exclusivamente en la conciencia del individuo. En sentido opuesto J. A. RATZINGER, que, antes de subir al solio pontificio, en una entrevista concedida a M. Politi sobre *la Repubblica* del 19 de noviembre de 2004, *Il laicismo nuova ideologia, l'Europa non emarginò Dio*, pp. 16 y 17, a propósito del matrimonio entre homosexuales, ha sustentado que "el derecho crea la moral o una forma de moral, ya que comúnmente la gente normal cree que cuanto afirma el derecho sea también moralmente lícito" (t.d.r.). Eso justificaría, en contradicción con la concepción liberal del Estado, el empleo del derecho, también de aquél penal, como sostén de cierta moral. Por algunas indicaciones sobre la relación entre ética cristiana y responsabilidad penal, vemos que es S. NUNNARI, "Etica e giustizia penale", en *Corti cal.*, 2006, pp. 799 y ss., quien afirma que el concepto jurídico de ética, en la tradición cristiana, es aquél de una verdad por la que se atribuye a cada uno lo que le compete por derecho.

2. Normas de civilidad y derecho penal

Las relaciones entre derecho penal y ética han sido indagadas también en el ramo general más conocido como normas culturales o de civilización (*Kulturnormen*), entendidas como el conjunto de aquellas prohibiciones y comandos impuestos por las relaciones sociales y por la vida profesional, por razones religiosas, morales, económicas o convencionales.

Estos posibles casos pueden ser reconducidos a tres principales esquemas.⁸ El primero, según el cual las normas jurídicas coincidirían plenamente con aquellas culturales. Ya que los *Kulturnormen* serían la materia primera de la que el legislador también extrae la norma penal; por consiguiente, el Estado no prohibiría alguna conducta que no esté prohibida por las normas de la civilización.⁹

A este esquema en buena parte puede ser reconducida la teoría como un mínimo ético, con base en el cual existiría una cierta superposición entre las normas penales y una particular categoría de *Kulturnormen*, para aquellos ético-morales.¹⁰ En sustancia, el derecho penal prohibiría conductas éticamente censurables, aunque no todas, sino sólo las que superan un umbral mínimo de moral reprochable.¹¹

⁸ La división tripartita es adoptada por C. ROXIN, "Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca", en *Arch. pen.*, 1982, pp. 24 y ss.

⁹ La teoría ha sido elaborada por MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, reimpresión Frankfurt am Main, 1977, pp. 16 y ss., el que, exemplificando las posibles categorías de relaciones sociales y vida profesional, también se refirió, por los primeros, a los cambios económicos, y, por los segundos, a la actividad del empresario. También el primer propagador de la teoría finalista de la acción, H. WEIZEL ("Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW*, 1939, pp. 491 y ss., actualmente en *Abhandlungen zum Strafrecht, und zur Rechtsphilosophie*, Berlín-Nueva York, 1975, pp. 139 y ss.) ha sustentado que una conducta está penalmente prohibida en cuanto es socialmente inmoral. En Italia, la tesis es retomada por G. BETTIOL (*Diritto penale* (1945), Padua, 1976, pp. 99 y ss.), que en el esfuerzo de localizar el contenido metajurídico de la voluntad ha sustentado que la materia a la que el legislador penal hace referencia está constituida por los valores ético-político-sociales, llegando a la conclusión de que el manantial sustancial del derecho penal es la moral. Más recientemente, con muchos matices, véase FIANDACA, G. *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padua, 1984, p. 79; CARBONI, G. "Diritto ed etica", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1241; CADOPPI, A. *Il reato omissivo proprio*, Padua, 1988, vol. I, pp. 673 y ss., que, acudiendo a los conocimientos sociológicos, trata de desmentir la autenticidad de la afirmación de que entre la cláusula de derecho penal y ética habría alguna conexión, reexaminando la teoría de los *Kulturnormen* a la luz de un derecho penal adecuado al Estado social de derecho. Véase también CADOPPI, A. y VENEZIANI, P. *Elementi di diritto penale, parte generale*, Padua, 2007, pp. 94 y ss. En relación con la dependencia del derecho penal a la ética, en la literatura alemana contemporánea, con una visión sociológico "funcionalista", se pueden señalar a AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 287 y ss.; HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 127 y ss. En general cfr. LUHMANN, N. *Sociologia del diritto*, trad. it. de A. Febbrajo, Bari, 1977, *passim*, según la cual el derecho es el espejo de las normas sociales.

¹⁰ La teoría de la ley como "mínimo ético" se debe a JELLINEK, G. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Viena, 1878, reimpresión anastática, Hildesheim, 1967, p. 48. Véase, también, WUNDT, W. M. *Ethik* (1886), 2a. ed., Stuttgart, 1902, p. 573.

¹¹ La teoría, en Italia, ha sido retomada por MANZINI, V. *Trattato del furto*, 2a. ed., Turín, 1913, y después en *Trattato di diritto penale italiano*, Turín, 1926, vol. I, pp. 21 y ss., el cual, incluso distinguiendo el derecho de la moral, afirmó que el derecho se presenta como la mínima ética necesaria para la seguridad y el orden de la convivencia civil.

La idea según la cual las normas penales coincidirían, incluso sólo en parte, con las normas de cultura ha sido fuertemente criticada.¹² Los ordenamientos jurídicos vigentes en las sociedades contemporáneas occidentales, de hecho, poseen características que hacen que conductas gravemente inmorales sean penalmente irrelevantes y, a la inversa, comportamientos éticamente indiferentes o, nada más y nada menos, correctos, pueden revestir relevancia penal.¹³

Si el primer esquema de las relaciones entre ética y derecho penal, aquel de la coincidencia, no ha tenido suerte, no la ha tenido tampoco aquel opuesto, es decir, el de completa distinción. Es difícil sustentar, de hecho, que entre las normas penales y las *Kulturnormen* no hay relación de género o ninguna conexión.¹⁴ Efectivamente, según el esquema que suscita mayor éxito, o sea el tercero, entre derecho penal y reglas éticas, genera un enredo. Inmovilizando la autonomía de los planes y los papeles, el derecho penal y la ética resultan en todo caso sinérgicamente implicados y no extraños el uno a la otra, enlazados también en razón de la consideración que el legislador a menudo cree oportuno cristalizar en las normas incriminatorias, o interesa que constituyan la proyección de un cierto orden ético-social históricamente determinado.¹⁵

¹² En el sentido crítico BELING, E. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 (reimpresión: Aalen, 1964, pp. 33 y ss.). Critica duramente la teoría de la coincidencia BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung*, 2a. ed., 1914, vol. II, primera parte (reimpresión: Aalen, 1965, pp. 366 y ss.), y KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923), reimpresión: Aalen, 1960, pp. 370 y ss. En Italia, para una primera censura, véase LEVI, N. "Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel progetto", en *Studi economico-giuridici della Facoltà di giurisprudenza di Cagliari*, 1928, pp. 56 y ss.

¹³ En el sentido de que la llamada a los principios éticos no es argumento suficiente para la pena, recientemente vemos a PULITANÒ, D. *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milán, 1976, pp. 135 y ss.; PEDRAZZI, C. "Diritto penale", en *Dig. disc. pen.*, Turín, 1990, vol. IV, p. 67. Aun en los manuales la afirmación es generalizada; véase ANTOISEI, F. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16a. ed., Milán, 2003, p. 12; MANTOVANI, F. *Diritto penale. Parte generale*, 5a. ed., 2007, p. 15; FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte generale*, 6a. ed., Bolonia, 2009, p. 33; MARINUCCI, G. y DOLCINI, E. *Corso di diritto penale*, 3a. ed., Milán, 2001, pp. 416 y ss.; CANESTRARI, S. et al. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bolonia, 2007, pp. 225 y ss. En la doctrina alemana reciente véase ROXIN, C. "Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen", en *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milán, 2006, t. I, p. 722. Para una crítica de carácter criminológico véase MANNHEIM, H. *Trattato di criminologia comparata*, trad. it. de F. Ferracuti, Turín, 1975, vol. I, pp. 66 y ss.

¹⁴ Se podría argumentar la aspiración para separar definitiva y claramente las normas éticas y morales de las leyes penales en algunas de las ideas expresadas por la literatura filosófica de la teoría anglosajona de "autoprotección" de MILL, J. S. *On Liberty*, Londres, 1859, de los cuales escribe FORTI, G. *Per una discussione, cit.*, pp. 310 y ss. En efecto, en su ensayo *Sobre la libertad* (trad. it. de O. Bellini, Roma, 1996, *passim*), clásico del pensamiento liberal, MILL, analizando la relación entre individuo y sociedad, afirma que el único objetivo por el cual los hombres son autorizados a interferir con la libertad de acción de cada uno es la autoprotección; mientras que el único motivo por el que el poder puede ser legítimamente ejercido sobre cualquier miembro de la comunidad civilizada, contra su voluntad, es prevenir un daño a los demás. Sobre el plan de criminalización, para poner un ejemplo, MILL creyó que si la pedofilia es un crimen, porque hace violencia a los niños, la homosexualidad es el derecho a una minoría, y prohibirla o sancionarla sería un crimen a su vez.

¹⁵ En el sentido de la implicación entre el derecho penal y la ética véase ROXIN, C. *Sul rapporto tra diritto e morale, cit.*, pp. 28 y ss.; MANNHEIM, H. *Trattato di criminologia, cit.*, p. 81; PULITANÒ, D. *L'errore di diritto, cit.*, p. 139; STELLA, F. *Laicità dello Stato, cit.*, p. 316; PEDRAZZI, C. *Diritto penale, cit.*, p. 67.

3. La laicidad del derecho penal: la garantía sustancial de la ofensividad

Las implicaciones naturales entre el derecho penal y la ética, de otra parte, no significan que las *Kulturnormen* sean de por sí un válido y suficiente criterio legislativo de legitimación de la intervención penal.¹⁶ Si el principio de legalidad es útil para evitar que reglas éticas puedan prevaricar la fuerza de la ley, el otro y opuesto riesgo a evitar es aquel de que el legislador pueda ascender a relevancia penal las conductas que poseen una connotación meramente contraria a cierta ética. Contra este riesgo, como es conocido, socorren la teoría del bien jurídico y el principio de ofensividad, que, con su función crítica de política criminal, son útiles (por lo menos teóricamente) para imponer límites a la potestad punitiva del Estado. Son éstos los mejores instrumentos teóricos para contrastar los empujones meramente éticos que pueden encontrar hospitalización dentro de la misma ley, y para guiar al juez a reconstruir hermenéuticamente los casos de manera tal que se pueda evitar que el castigo también sea justificado por argumentos puramente éticos.¹⁷

Naturalmente aquí no es posible recorrer nuevamente los largos, atormentados y alternos acontecimientos de la teoría del bien jurídico y el principio de ofensividad, ni tan siquiera por etapas esquemáticas.¹⁸ Nos podemos limitar a

¹⁶ En la doctrina italiana, por la clara afirmación de la inadmisibilidad del recurso al derecho penal a una garantía de valores éticos en cuanto tales, vemos que S. Moccia (*Il diritto penale tra essere e valore*, Nápoles, 1992, pp. 215 y ss.) motiva su posición en un lógico interés al sistema penal con base en argumentos de teoría de la pena. La perspectiva de la integración social, en efecto, no puede tolerar que la criminalización ocurra sobre presupuestos meramente éticos, en cuanto eso comprometería la agregación difusa de los consentimientos alrededor de las reglas y la aceptabilidad por parte del individuo de la concreta intervención penal.

¹⁷ FERRAJOLI, L. "L'etica della giurisdizione penale", en *Quest. giust.*, 1999, pp. 483 y ss. A la separación entre derecho y ética se le atribuyen dos sentidos, conectados entre ellos. El primero es de naturaleza asertiva y consiste en creer que la validez de la norma jurídica no depende de su intrínseca justicia, pero sí de las formas de su producción. Es, pues, un principio metaético y metajurídico, fundamento de la certeza del derecho. El segundo sentido asignado a la separación, de naturaleza prescriptible, pues es ética o axiológica, afirma que el derecho penal no tiene que coincidir con la moral. Es este un principio de tolerancia y sirve para que se castiguen sólo hechos ofensivos, siempre y cuando produzcan daños o peligro a otros, y también hechos no sólo éticamente deplorables. Por otra parte, el mismo autor reconoce que la afirmación según la cual el derecho penal no tiene que coincidir con la moral no significa negar el mismo contenido moral y que en ello intervengan inevitablemente juicios morales.

¹⁸ Para el origen histórico de la teoría del bien jurídico pueden verse los escritos clásicos de BIRNBAUM, J. M. F. "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge, 1834, pp. 149 y ss., y especialmente LISZT, F. v. "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft", en *ZStW*, 1888, pp. 138 y ss.; ib., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1905, p. 140. En la reconstrucción histórica de la teoría del bien jurídico véase DONINI, M. *Teoria del reato. Una introduzione*, Padua, 1996, pp. 147 y ss. Para la elaboración de la teoría en la doctrina penal italiana véanse los aportes fundamentales de MUSCO, E. *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milán, 1974; ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni, cit.*; FIANDACA, G. "Il «bene giuridico» come problema teórico e como criterio de política criminal", en MARINUCCI, G. y DOLCINI, E. (eds.). *Diritto penale in trasformazione, cit.*, pp. 139 y ss.

resumir el resultado al que ha llegado la doctrina más madura, según la cual el legislador debería elevar a crimen solamente aquellas conductas ofensivas de bienes jurídicos dotados de relevancia constitucional, y el intérprete debería contener la afirmación de la responsabilidad penal solamente a conductas ofensivas de dichos bienes, evitando también el castigo de aquellos hechos sólo en apariencia típicos, pero realmente inocuos.¹⁹

Al legislador no le debería estar permitido penalizar conductas para perseguir, por ejemplo, objetivos meramente éticos o socioeconómicos, si a eso no se acompaña la ofensa a un bien jurídico, constitucionalmente significativo, existente y perceptible en la realidad externa como una situación de valor ofendible y tutelable. Por lo tanto, no deberían ser perjudicadas todas aquellas conductas en las que faltara una concreta peligrosidad social por la ausencia de una ofensa al bien jurídico; en primer lugar, los delitos meramente éticos.²⁰

Aunque ya no se ponga mucho en discusión la legítima tutelabilidad de intereses supraindividuales como los que pueden presidir a la vida colectiva económica, y por lo tanto difusa entre todos los ciudadanos o entre un círculo indeterminado de ellos, en las últimas décadas se ha asistido a un proceso cada vez más marcado de “sublimación” de estos intereses, al punto tal que dejan de ser tangibles, contradiciendo así la laicidad del derecho penal moderno.²¹ Los tipos penales de este género no parecen injuriosos de verdaderos bienes jurídicos (ni tanto menos de bienes con significado constitucional, ni tan siquiera de manera instrumental), pero frecuentemente se reducen a satisfacer exigencias éticas de orden puramente formal, mediante técnicas de incriminación (como el esquema puramente omisivo, de peligro abstracto, de la norma penal en blanco, o aquel de la tutela de funciones), por mucho que ellos contrasten con el principio de ofensividad.

¹⁹ Relativo al principio de ofensividad en esta sede remito a algunos trabajos, algunos de ellos ya clásicos, que afirman con muchos argumentos y matices la constitucionalización de dicho principio. Véase GALLO, M. "I reati di pericolo", en *Foro pen.*, 1968, pp. 8 y ss.; BRICOLA, F. "Teoria generale del reato", en *Noviss. dig. it.*, Turín, 1973, vol. xix, pp. 82 y ss.; MUSCO, E. *Bene giuridico*, cit., pp. 116 y ss.; FIORE, C. "Il principio di offensività", en *Indice pen.*, 1994, pp. 275 y ss.; CATERINI, M. *Reato impossibile e offensività*, Nápoles, 2004, *passim*.

²⁰ En la penalística alemana, una contribución fundamental a la teoría de la "nocividad social" del crimen y a la necesidad de despenalizar los comportamientos puramente antiéticos ha venido de JÄGER, H. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957, p. 121; ROXIN, C. "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *JuS*, 1966, pp. 377 y ss.; ib., "Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs", en *ZStW*, 1969, pp. 613 y ss.; RUDOLPHI, H. J. "Die verschiedenen Aspekte der Rechtsgutsbegriffs", en *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, pp. 154 y ss.; AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 318 y ss.

²¹ A pesar de la teoría del bien jurídico, y de sus raíces en la literatura alemana, la misma ha encontrado algunas justificaciones teóricas por la introducción, en la dogmática del bien jurídico, del concepto de "pretensión de observancia" y la distinción entre bien jurídico, objeto del bien jurídico y objeto del hecho. Según esta teoría, en efecto, la necesaria ofensa al bien jurídico se sentaría en la violación de la pretensión, naciente del mismo bien, a que no sean violadas las correspondientes situaciones de hecho, pues un tipo de violación de la obligación, y viceversa, no se sentaría, por ejemplo, en la lesión efectiva de un objeto tangible, que bastante concerniría el objeto del bien jurídico o el objeto del hecho. Cfr. SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1970, pp. 24 y ss.

Algunas veces, pues, ha ocurrido que el legislador penal ha dado cuerpo a nuevas objetividades jurídicas –no atribuibles a la legítima función del bien jurídico–, abstracciones impalpables de la posmodernidad, que se presentan más como los fundamentos de la protección o como una síntesis conceptual de los diferentes objetivos perseguidos por el legislador.²² El bien jurídico, por esta vía, se vacía de su función crítica y garantista a favor de una concepción metodológica que agota el bien jurídico en la *ratio legis* del caso, o sea en un concepto sinóptico que se limita a expresar el sentido y el objetivo únicamente del precepto.²³

La creación de nuevas objetividades jurídicas a través de un sustancial vaciado de la función del bien jurídico ha ocurrido también, y en particular por los crímenes en materia económica, sobre el presupuesto de que algunos intereses, a cambio de una cierta titularidad difusa, necesitarían una tutela penal reforzada por medio de una incriminación bastante anticipada y, por tanto, lejana de la efectiva ofensa a un bien jurídico.²⁴ En todos estos casos se asegura una tutela penal a finalidades propias de algunos órdenes socioeconómicos, y el derecho penal no tutela víctimas sino meras funciones. O sea, un derecho penal de molde formal, compuesto de delitos de mera transgresión, orientado a la pura infracción de reglas éticas.²⁵

4. La sobreposición entre la ética económica y la responsabilidad penal

En muchos aspectos se ha asistido recientemente a un proceso de remodelación de la legislación penal, que no sólo ha interesado a ámbitos tradicionalmente

²² Véase Moccia, S. "Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343 y ss., con copiosa literatura italiana y alemana citada.

²³ La teoría metodológica se remonta a Grünhut, M. "Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *Festgabe für R. Frank*, Tübingen, 1930, vol. I, pp. 1 y ss.; pero antes aún en Honig, R. *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, vol. I, pp. 94 y ss.; también ha encontrado eco en la doctrina italiana de Antolisei, F. "Il problema del bene giuridico", en *Riv. it. dir. pen.*, 1939, pp. 3 y ss.; y, subsiguientemente, en Pagliaro, A. "Bene giuridico e interpretazione della legge penale", en *Studi in onore di Antolisei*, Milán, 1965, vol. II, pp. 389 y ss. En un sentido crítico Baratta, A. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milán, 1966, pp. 69 y ss.; Musco, E. *Bene giuridico, cit.* pp. 77 y ss.; Angioni, F. *Contenuto e funzioni, cit.* pp. 20 y ss. Sobre este tema véase, también, Stella, F. "La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 y ss.; Ameling, K. *Rechtsgüterschutz, cit.* pp. 130 y ss.

²⁴ Para una defensa fuerte e influyente de la función crítica y garantista del bien jurídico véase Hassemer, W. "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale", *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 104 y ss.

²⁵ Sobre el tema véase Mazzacuva, N. "La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 509 y ss.; Scubbi, F. *Il reato come rischio sociale*, Bolonia, 1990, pp. 16 y ss.; Fornasari, G. *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milán, 1994, pp. 142 y ss. Recientemente vemos que A. Alessandri (en VARIOS AUTORES, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bolonia, 2000, pp. 22 y ss.) y G. Losappio (*Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004) han sustentado que en el derecho penal de los intermediarios financieros y la tutela penal de las funciones no contrasta con la función del bien jurídico, y por ello se priva de válidas alternativas.

más sensibles a la moral, sino que ha implicado en general amplios sectores con intervenciones penalistas dirigidas a contrastar fenómenos a través de la incriminación de conductas preparatorias, colaterales o accesorias, incapaces en sí de ofender un bien jurídico, y que ni siquiera están bajo la forma de peligro concreto.²⁶

Por cuanto concierne específicamente a la materia económico-patrimonial, en el pasado, los empujes liberal-burgueses y conservadores (señas propias de la política del *laissez-faire* y el desempeño del Estado de la economía típica del siglo xix y las primeras décadas del siglo xx) han inducido al legislador hacia soluciones dirigidas predominantemente a criminalizar ilícitos patrimoniales en sentido tradicional, mientras resultaba casi completamente ausente una eficaz estrategia para combatir el inaceptable fenómeno de la criminalidad económica, caracterizado por una fuerte peligrosidad social, también en términos exquisitamente patrimoniales, con efectos mucho más serios de aquellos derivados de los clásicos crímenes patrimoniales. Sucesivamente, a las legítimas instancias, ampliamente compartidas en la sociedad, dirigidas a la exacerbación de la intervención penal en el campo económico, ha sido dada una respuesta legislativa incoherente con los principios inspiradores de un Estado laico, mediante la creación de nuevas e impalpables objetividades jurídicas, como el correcto funcionamiento del sistema económico, la creación de los presupuestos necesarios para un racional desarrollo de la vida económica, la correcta gestión económica, el orden estable de la economía, etcétera.²⁷ El sistema económico se ha vuelto de algún modo el objeto de la intervención penal con una notable anticipación del umbral de la punibilidad. No se trata más del patrimonio del socio, de los acreedores o de la sociedad, sino de valores cuya anormalidad los hace inaprensibles, emancipándolos completamente del bien final que debería ser representado por los intereses patrimoniales de fondo.

Se trata, entonces, de conceptos vagos que corresponden a una especie de orden ético y abstracto de las razones económicas que deberían justificar la tutela penal, y, entonces, se trata de intereses que carecen de un sustrato real económico-patrimonial. Si el bien tutelado no es de naturaleza patrimonial

²⁶ En tal punto, G. FIANDACA ("Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e «post-secolarismo»", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 546 y ss.) considera que el contraste a este fenómeno no logra tampoco encontrar una respuesta plenamente eficiente en la teoría del bien jurídico, porque de algún modo siempre es posible una manipulación hermenéutica del texto constitucional, invocándolo a cobertura póstuma de opciones axiológicas ya acabadas sobre la base de prejudiciales elecciones políticas o éticas.

²⁷ Sobre estas objetividades jurídicas véase ROMANO, M. "Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti", en VARIOS AUTORES. *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milán, 1979, pp. 190 y ss.; PEDRAZZI, C. "Interessi economici e tutela penale", en VARIOS AUTORES. *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Nápoles, 1985, pp. 293 y ss.; más recientemente *Id.*, en VARIOS AUTORES. *Il nuovo diritto penale delle società*, Assago, 2002, p. xx; ALESSANDRI, A. "Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari", en *Le società*, 2002, p. 800.

concreta, este bien se convierte en algo indeterminado e incierto y la conducta incriminada difícilmente será reconducible a hechos precisos, porque el legislador tendrá que referirse a una vasta gama de comportamientos, considerados, según una presunta experiencia, como idóneos a ofender los intereses abstractos de tutelar comportamientos que en este caso resultan excesivamente adelantados con respecto a los efectos realmente dañinos o concretamente peligrosos.

El legislador, por tanto, al describir la conducta imputada, basa ésta no sobre el daño ni sobre el peligro, sino sobre el riesgo.²⁸

En este cuadro es evidente la tentación de sobreponer visiones éticas y la responsabilidad penal, en un momento en el que el buen curso de la organización económica presupone el respeto a valores como la lealtad, la confianza y la buena fe en las relaciones entre los operadores del mercado.²⁹ De hecho, por ética de los asuntos (volcando pues la clásica visión del mundo económico carente de connotación ética alguna) se sobreentiende el procesamiento de algunos parámetros de moralidad que se utilizarán en el sistema económico de libre empresa, en los negocios que se realizan dentro de la misma y en el comportamiento individual de los operadores, a través de una combinación de las perspectivas económicas, jurídicas, filosóficas, sociológicas y teológicas.³⁰ Es así como la tarea de la ética en la economía debería ser aquella de encontrar el justo equilibrio entre el objetivo del provecho propio de la empresa capitalista y el imprescindible respeto de las reglas de correcta gestión de las mismas empresas y la tutela de los derechos sociales y colectivos.³¹

Es verosímil, entonces, que las patologías del sistema económico encuentren principalmente su génesis en causas ético-sociales, como en primer lugar, la opacidad de la gestión de las empresas caracterizada “aguas arriba” de una irresponsabilidad ética y de una “corrupción” moral producida por un entorno sociocultural fecundo capaz de ofuscar el sentimiento de reprobación de los

²⁸ Cfr. PALIERO, E. "L'autunno del patriarca, rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1228.

²⁹ A. CASTALDO ("Accesso all'attività bancaria e strategie penalistiche di controllo", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 83) advierte el peligro que el empujón pedagógico a orientar los comportamientos según cánones de lealtad, transparencia y sana competencia, también a través de códigos de autorregulación, pueda prestarse a un empleo ético del derecho penal en materia económica.

³⁰ Para una completa y eficaz definición de la ética de los asuntos véase SEMINARA, S. "L'insider trading nella prospettiva penalistica", en *Giur. comm.*, 1992, pp. 637 y ss., que analiza rápidamente el génesis y las razones del desarrollo y la afirmación del campo de investigación. Referente a la relación entre ética y economía, en perspectiva ético-social, véase, también, ACCOCELLA, G. "Introduzione", en DE ANGELIS, A. y SCOPETUOLO, A. *La ragione economica tra etica e norma*, Soveria Mannelli, 2006, p. 12, donde afirman que "la selecta ética presupone que no sea necesario todo lo que es posible (hacer), pero lo que es *bien*, verdadero, justo hacer, es lo que se tiene que hacer, mientras que la acción económica pudiera creer legítimamente necesario solamente lo que la *libertad* –y no la *verdad* de la acción– permite hacer" (t.d.r.).

³¹ Así GROSSO, C. F. "Responsabilità penale delle persone giuridiche", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 951.

ciudadanos hacia conductas éticamente inaceptables.³² Si dichas causas son ético-sociales, también las disfunciones deberían ser sanadas a través de intervenciones concernientes a la ética de los negocios, preferiblemente mediante un circuito virtuoso capaz de inducir una fuerte repartición social de valores éticos como parámetro útil para condicionar las mismas elecciones en el mercado. De hecho, si los ciudadanos orientaran sus consumos en razón de la reputación ética de los operadores del mercado, marginando éticamente a aquellos desviantes, sería el mismo mercado quien por defecto produciría comportamientos éticos.³³

En este sentido, la ética económica podría desarrollar dos principales funciones: una, de instrumento para orientar al legislador;³⁴ otra, de auxilio en las elecciones del operador económico en el momento en que cierta situación no resulta disciplinada por una norma jurídica. Por esta vía, sin atribuirle alguna virtud salvadora, la ética de los negocios podría ser atraída al derecho a través de una relación más realista y útil, basándose en el presupuesto de que la economía no puede sostenerse de otro modo sino sobre comportamientos y principios éticos.³⁵ Estas consideraciones, por un lado, no pueden justificar el hecho de que la ética económica sustituya la hetero-regulación;³⁶ por otro, dejan sin perjuicio el rol del derecho penal. Rol que sería ilusorio creer apto para imponer con la fuerza el respeto de las reglas éticas. En sustancia, no es posible imaginar que las normas penales por sí mismas puedan *d'emblée* solucionar las

³² Sobre el tema véase SAPELLI, G. *Giochi proibiti. Enron e Parmalat capitalismo a confronto*, Milán, 2004, pp. 42 y 78.

³³ Véase SEMINARA, S. "Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio", en *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 511, quien afirma la necesidad de acercar más la economía a la ética; considera que "el fundamento de las expectativas en orden a la observancia de las reglas éticas, de parte de los operadores financieros y comerciales, es directamente dependiente del grado de su división dentro de la colectividad, a su vez expresada por la medida de la relación, en términos de pérdida de la reputación y marginación social, respecto a los autores de las conductas desviantes" (t.d.r.).

³⁴ G. Rossi ("L'etica degli affari", en *Riv. soc.*, 1992, p. 548) habla de una ética capaz de desempeñar un papel en la formación de las leyes, imponiendo la adopción de reglas morales prejuiciales, pero socialmente compartidas. En el momento en que, según el mismo autor, la regla ética se hace ley, el orden jurídico y el ético abandonan cualquiera relación, en cuanto la regla jurídica que disciplina el mundo de los asuntos ya no tiene ningún contenido ético. Él cree que si es obvio que en los valores éticos se tiene que inspirar individualmente quien obra en los asuntos, eso concierne, en cambio, exclusivamente a la conciencia del individuo, mientras la comunidad económica no necesita valoraciones morales, pero sí de naturaleza jurídica con las consiguientes sanciones.

³⁵ En este sentido, en particular en estas dos posibles funciones de ética económica, véase PATALANO, V. "Etica degli affari e diritto penale", en *Crit. dir.*, 2006, pp. 39 y ss., y BUONOCORE, V. "Etica degli affari e impresa etica", en *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 183 y ss.

³⁶ A. ALESSANDRI ("Attività d'impresa e responsabilità penali", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 534 y ss.) escribe: "La ética es una noción difícil de manejar en tiempos de modernidad líquida, en el que son desmovilizados órdenes, reglamentos, certezas, referencias comunes. Habría que dudar (o al menos entregué el problema) si y cuánto las instancias *de-regulation*, fuertes en el campo que interesa aquí, sean el efecto de un viento liberal, a su vez producido por los cambios económicos, o sean atribuibles, también culturalmente, a esta gran desmovilización, que querría jubilar muchas reglas y entre ellas, en seguida, aquellas sancionadas con castigos (en el campo económico; fuera de ello el discurso se pondría muy diferente)" (t.d.r.).

disfunciones del sistema económico que además de ser jurídico y económico, sobre todo es social.³⁷

Como ya he escrito, por otra parte, la tendencia que emerge en la legislación económica contemporánea es aquella de insinuar valores éticos en la responsabilidad penal. Sólo a título ejemplificativo, en Italia se piensa en el viejo delito de falsas comunicaciones sociales basado en el carácter de la información, realizable a través de valoraciones escasamente controlables por parte de los destinatarios, o también a través de comportamientos activos que eluden sustancialmente la obligación de información social. Siempre en el sistema italiano, se piensa también en la infidelidad patrimonial (artículo 2634 c.c.) basada en el conflicto de interés, situación de por sí fugaz, y potencialmente caracterizada por un reproche ético; no estando basada en elementos objetivamente ciertos. Se piensa, en fin, en el delito de abuso de informaciones privilegiadas, el llamado *insider trading* (artículo 184, Decreto legislativo núm. 58, del 24 de febrero de 1998, texto unificado de las disposiciones sobre la intermediación financiera), establecido en una verdadera y real “filosofía de la transparencia” dirigida al correcto funcionamiento del mercado.³⁸ Estos ejemplos demuestran cómo la norma penal, al menos en parte, ha sido utilizada para tutelar principios e intereses a la libre competencia y el desarrollo económico, con técnicas preventivas inspiradas para una general moralización de las relaciones entre los operadores económicos que deberían ser caracterizados por una superior corrección deontológica.

Se puede entonces decir que por muchos lados en la materia, el papel del derecho penal ha sido enfatizado como remedio de todas las inmoralidades éticas. Su tarea, en cambio, debería ser reconducida alrededor de una rigurosa observancia de los principios que caracterizan un derecho penal laico y moderno; en primer lugar por aquellos que aquí más interesa: de ofensividad, subsidiariedad, dignidad de pena y precisión-taxatividad. Es necesario, entonces, encontrar un justo equilibrio entre la impostación clásica del derecho penal –marcada sobre todo a una anticuada tutela del patrimonio en sentido estrecho y la conservación del *statu quo*– y las instancias, también de huella ética, dirigidas a reglamentar la vida económica, que han encontrado sobre todo respuestas caóticas en la legislación especial de las últimas décadas, hipertróficas, indeterminadas, sustancialmente ineficaces, mediante discutibles técnicas incriminantes e irracional-

³⁷ Sobre la insuficiencia del derecho penal para resolver todas las disfunciones del sistema económico véase ALESSANDRI, A. “La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario”, en *Corr. giur.*, 2001, pp. 1552 y ss.; DE MAGLIE, C. *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Milán, p. vii.

³⁸ Para estos ejemplos de implicación entre el derecho penal y la ética, con las consideraciones adicionales, véase AMBROSETTI, E. M. et al. *Diritto penale dell'impresa*, Bolonia, 2009, pp. 12 y ss.

mente extensivas de la punibilidad, basadas sobre un bien jurídico irreconocible y sobre el peligro abstracto, la tutela de funciones o el esquema omisivo.³⁹

La deseable solución debería pasar, en primer lugar, mediante la identificación de un bien jurídico cierto a través de una conexión clara y fuerte con los intereses patrimoniales. Patrimonio, de otra parte, entendido no en sentido tradicional y en términos estáticos, sino más bien desarrollado como unidad estructurada según las exigencias del titular, atribuyendo así al bien una dimensión personal que cementa a sus componentes jurídico-económicos, haciendo de ello una concreta unidad funcional. Por esta vía, tutelar el patrimonio equivale a la tutela de la personalidad del sujeto titular. La razón que justifica la tutela, entonces, no reside tanto en la relación jurídica o de hecho existente entre el sujeto y el patrimonio, sino prioritariamente en la garantía ofrecida a la disponibilidad de los bienes con el fin de asegurar al titular el desarrollo del propio ser en el campo económico, de acuerdo con un concepto de bien no estático, sino dinámico-funcional, fuertemente caracterizado por una sustancia personalista.

Puesto que el patrimonio como bien jurídico pretende ser individualizado en la potencialidad económica de un sujeto, no es relevante que este último no sea una persona física, lo cual abre importantes perspectivas en relación con los delitos económicos. Esta categoría de ilícitos, de hecho, podría ser caracterizada por un bien jurídico promanado del complejo de valores económicos, funcionalmente orientados al persegimiento de fines supraindividuales. Pensar, luego, una ofensa de este bien en término de daño no equivale necesariamente a entender un evento de difícilísima realización y comprobación, como por ejemplo un tipo de daño al sistema ideal económico en su conjunto. En un modo más modesto y real, sin embargo, se debería pensar en un perjuicio al ejercicio de una concreta función económica. Esta perspectiva, que encuadra los delitos contra la economía en el ámbito general de los delitos contra el patrimonio está, potencialmente, en grado de discutir los tipos penales antes nombrados, con inaprensibles y gigantescos ideales de objetividades jurídicas posmodernas que comprometen los principios de ofensividad, subsidiariedad y taxatividad.⁴⁰

³⁹ Sobre la ineficacia y la incongruencia de la legislación penal en materia económica véase ALESSANDRI, A. "Il reati societari, prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 487 y ss.; LO MONTE, E. "Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma", en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pp. 325 y ss.; FOFFANI, L. y VALLA, F. "«Nuovo» falso in bilancio: un passo indietro nel cammino verso l'Europa", en *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 126.

⁴⁰ La concepción de patrimonio aquí vuelve a llamar con las ulteriores implicaciones. MOCCIA, S. *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padua, 1988, pp. 65 y ss., quien, sobre el plan sistemático, cree que los casos penales contra la economía pudieran ser insertados en los crímenes contra el patrimonio, si acaso en una sección autónoma. En sentido análogo, *ibid.*, *Il diritto penale*, *cit.*, pp. 266 y ss., donde se evidencia que la inserción de los crímenes económicos en el código perseguiría el objetivo con una mayor eficiencia en el control del fenómeno criminal, que no es otro que la defensa de las garantías individuales. Eso porque, de un lado, los tipos penales,

La demostración de que los delitos económicos son reconducibles al “bien patrimonio” ha sido tratada también por la observación de los tipos de agresión individual en la sección especial dedicada a los crímenes contra la economía del *Alternativ-Entwurf*, que sigue siendo un modelo de codificación moderna y, por lo que aquí interesa más, no como reforzador de la ética. En tal proyecto, los tipos penales propuestos en materia económica son sobre todo imputables a las hipótesis de agresiones unilaterales, del fraude y de la deslealtad, que revelan su naturaleza de agresiones patrimoniales en cuanto perjudican la disponibilidad de los recursos económicos.⁴¹

La reconducibilidad de los delitos económicos al “bien patrimonio”, entonces, podría ser capaz de desactivar la carga ética del derecho penal económico mediante la construcción de tipos penales más fiables, que se distinguen por una clara ofensa al patrimonio, como hemos dicho antes, en la cual el daño, y también el peligro concreto, son imputables a fenómenos acaecidos y comprobables.

La constatación de la actual ineficacia del derecho penal económico, de otra parte, no es suficiente para avalar soluciones dirigidas a la desaparición del derecho penal del sector de la economía, que quien se nota en abierta desconfianza hacia los remedios heteronómicos no ve posible otra respuesta, sino la de una rigurosa recuperación de la ética individual.⁴² El instrumento penal en materia

redactados con la técnica propia del derecho penal, deberían caracterizarse por la extrema claridad, favoreciendo la real peligrosidad de la conducta. Eso sería de auxilio a la más eficaz aplicación judicial, haciendo perder al derecho penal de la economía con aquel carácter meramente sancionatorio que lo caracteriza. Del otro lado, la inserción en el código determinaría una importante función de integración social, en cuanto a estos casos haría perder la consideración de crímenes de la aristocracia.

⁴¹ Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tübingen, 1977, pp. 5 y 6. El proyecto es dividido en siete títulos: crímenes contra la competencia y los consumidores; crímenes contra la empresa; crímenes contra el ejercicio del crédito y el regular curso de los pagos; crímenes en materia de bolsa; crímenes pertinentes a los procedimientos concursales; crímenes relativos al balance y otras comunicaciones de empresa y, por fin, crímenes contra las finanzas públicas. En el apéndice, luego, son formulados los casos penales pertinentes a la criminalidad informática, a la tutela de los derechos de autor e inventor, además de una reformulación de los crímenes de usura. La confirmación, derivada del proyecto alternativo, de la pertinencia de los delitos económicos o patrimoniales se toma de Moccia, S. *Dalla tutela di beni*, cit., pp. 366 y 367. El diseño alternativo empieza de la parte general del de 1966; como es conocido, se contrapuso al Proyecto gubernativo de la República Federal alemana de 1962 –inspirado con una visión fuertemente ética–, con una idea de derecho penal más allá de lo metafísico, liberal y humano, tampoco moralizante, en el sentido de la insuficiencia con el fin de imponer la sanción de una conducta puramente contraria a la ética, y la necesidad de una alteración concreta de la convivencia social pacífica. Sobre el diseño alternativo véase Moccia, S. *Politica criminale e riforma del sistema penale: alternativ-entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Nápoles, 1984, *passim*.

⁴² Véase Rossi, G. *Il conflitto epidemico*, Milán, 2003, p. 19, *passim*, que valora favorablemente la convergencia entre legislación y ética: “Es ciertamente la primera vez en la historia que [...] la legislación que regula desde hace siglos el régimen capitalista llama en causa principios externos, o para ser más explícitos la ética –y esto no para solucionar un problema individual, sino para encontrar una solución global a las disfunciones de un sistema que ya parece incontrrollable–” (t.d.r.). De otra parte, aunque valore como mero paliativo el recurso a los códigos de autorreglamentación de empresa y a la ética de los asuntos, considera el conflicto de intereses no incluido dentro de sistemas autopoéticos, tales como el derecho o la economía (p. 137). En su pronóstico pesimista sobre la patología

económica tiene sentido; sin embargo, es reconducido a una perspectiva no reforzadora de la ética, a través de la rigurosa recuperación de los tradicionales principios de legalidad y ofensividad. El primero está dirigido a expulsar, al menos en la materia penal, posibles lecturas de las normas que —en el intento de sancionar conductas que sustancialmente eluden determinadas obligaciones— podrían conducir a castigar comportamientos que en modo concreto lesionan determinados intereses, pero formalmente son respetuosos para con la norma. Por tanto, la responsabilidad penal no puede conformarse, como fundamento, de una aplicación éticamente incorrecta de la norma.

En la situación contraria, en la cual no existe una ofensa sustancial al bien jurídico comprendido dentro de los términos antes mencionados, el principio que socorre es aquel de la ofensividad, en el sentido de que deberá ser evitado el castigo de todas aquellas conductas que no son concretamente ofensivas. Sólo un derecho penal económico orientado hacia estos principios no reforzadores de la ética, en la forma y en la sustancia, podrá aspirar a ser un instrumento eficaz contra el intolerable fenómeno de la criminalidad económica, caracterizada por un daño social ampliamente advertido. El obsequio a estos cánones, de hecho, es el presupuesto para un sistema penal constitucionalmente dirigido a una integración social que no puede tolerar una penalización hecha sobre bases meramente éticas, en cuanto esto determinaría el fenómeno inverso de la desocialización, comprometiendo la agregación difundida de los consensos en torno a las reglas y aceptabilidad por parte de cada uno de la concreta intervención penal.⁴³

5. Los desequilibrios éticos del legislador penal contemporáneo

En la última década, quizás instrumentalmente, el legislador penal económico parece haber escuchado el enseñamiento proveniente de la doctrina. De hecho, han sido introducidos algunos tipos penales que incriminan conductas contrarias a la ética de los negocios, pero sólo si tienen un daño patrimonial.

138 Puede ser útil cualquier ejemplo extraído del sistema penal italiano. Si se piensa en la antes recordada infidelidad patrimonial (artículo 2634 c.c., introducido con el Decreto legislativo núm. 62, del 11 de abril de 2002), dirigida a incriminar conductas de gestión “infiel” realizadas por exponentes de la sociedad, portadores de un interés en conflicto, pero sólo en caso de que provoque

del capitalismo, entonces, sólo queda la esperanza de que algo ocurra sobre un plan diferente, aquel de la ética individual y colectiva (p. 25).

⁴³ Para el concepto de integración social en términos de la síntesis de los componentes positivos de la prevención especial y general véase MOCIA, S. *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 83 y ss.

de manera intencional un daño patrimonial a la sociedad. Se piensa, todavía, en los tipos penales de falsas comunicaciones sociales con resultado de daño (artículo 2622 c.c., introducido con el Decreto legislativo núm. 62, del 11 de abril de 2002), que prevén la punición, por querella de la persona ofendida, de los exponentes de la sociedad que en las comunicaciones sociales expongan hechos materiales que no correspondan con la verdad u omitan informaciones obligatorias para inducir a los ciudadanos en el error, causando un daño patrimonial a la sociedad, a los socios o a los acreedores. Pensando, además, en la indebida percepción de erogaciones con daño del Estado (artículo 316 ter c.p., introducido con la Ley 300 del 29 de septiembre de 2000), que prevé una sanción administrativa cuando la suma indebidamente percibida sea inferior a 4 mil euros.⁴⁴

Otros ejemplos en el sistema italiano pueden ser las falsas comunicaciones sociales (artículo 2621 c.c., modificado por el artículo 30 de la Ley 262 del 28 de diciembre de 2005). El tipo penal está presidido por una serie de elementos que deberían asegurar la punición solamente en el caso de una efectiva ofensa al bien jurídico. Como bien se sabe, además del dolo, consistente en la intención de engañar a los socios o al público con el fin de conseguir para uno mismo o para otro un beneficio injusto, para la configuración del delito es necesario que la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad sea expuesta de un modo idóneo para inducir en el error a los destinatarios de esta situación. Posteriormente, la punición ha sido expresamente excluida si la falsedad o la omisión no alteran la representación de la situación económica expuesta, con la posterior explicitación según la cual la punibilidad es de todos modos excluida si la falsedad o la omisión determinan una variación del resultado económico del ejercicio no superior al 5%, o una variación del patrimonio neto no superior al 1%.⁴⁵

Mientras la hipótesis criminal expuesta en el anterior texto del artículo 2621 c.c. estaba comúnmente considerada como tutela de una pluralidad de intereses (transparencia de la información de la sociedad, fe pública documental, funcionamiento regular de la sociedad comercial en el ámbito de la economía pública), el nuevo tipo penal contra-convencional está dirigido con prevalencia a

⁴⁴ Los ejemplos se toman de PATALANO, V. *Etica degli affari*, cit., pp. 46 y ss.

⁴⁵ Sobre el tema, entre otras muchas contribuciones, véase FOFFANI, L. "La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)", en VARIOS AUTORES, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padua, 2002, pp. 231 y ss.; PATERNITI, C. *Manuale dei reati*, vol. III: *Delitti contro la fede pubblica, reati societari, reati del mercato dei valori mobiliari, reati in tema di tributi*, Milán, 2004, pp. 69 y ss.; MUSCO, E. *I nuovi reati societari*, Milán, 2007, pp. 39 y ss.; ZANNOTTI, R. *Il nuovo diritto penale dell'economia: reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milán, 2008, pp. 119 y ss.; MALAVASI, M. *I nuovi reati societari*, Turín, 2008, pp. 11 y ss.

la protección del patrimonio de los socios, de los acreedores y, generalmente, de cualquiera que pueda tener un interés económico en la sociedad.⁴⁶ La falsedad, por tanto, debe tener como objeto “hechos materiales” y poseer la abstracta idoneidad para conseguir el fin de engañar. Entonces, se hace evidente que el legislador ha querido puntualizar, en la forma de peligro concreto, la ofensividad necesaria del hecho, excluyendo del ámbito de las conductas penalmente relevantes, de un lado, aquellas que no introduzcan una alteración sensible de la situación económica de la sociedad y, del otro, aquellas que determinen variaciones por debajo de los previstos umbrales porcentuales de significatividad.

Todos estos ejemplos demuestran la reciente tendencia del legislador penal de abandonar el reforzamiento de la ética en el derecho penal económico; en cuanto a los diversos tipos penales, las conductas conservan un desvalor, algunas veces notable, si se pone en relación con la ética de los negocios, o sea con la transparencia, con la buena fe y con la correcta gestión de los intereses económicos. Desvalores que, sin embargo, se marginan o desaparecen a la luz de las nuevas perspectivas legislativas inspiradas en la ofensa patrimonial, al menos en forma de peligro concreto. El reproche ético, por lo tanto, por diversos motivos no está fundamentado en la responsabilidad penal económica.

El arrepentimiento, sin embargo, está en el “estrabismo” del legislador, que en otras materias ha conservado una fuerte connotación ética de la responsabilidad penal. Para mantener la comparación en el ámbito italiano de la falsedad, se debe pensar en los tipos penales de falsedad en el procedimiento de admisión a la asistencia jurídica a cargo del Estado (artículo 95 del Decreto del presidente de la República núm. 115 del 30 de mayo de 2002), que prevé la reclusión de uno a cinco años en caso de falsedad u omisión en las declaraciones previstas en la obtención del beneficio. El tipo penal –no siendo presidido por requisitos apropiados para individualizar de manera clara el bien tutelado y garantizar la necesaria ofensividad– ha consentido a las secciones unidas de la Corte de Casación italiana de pronunciarse en modo del todo inconciliable con el principio de ofensividad, afirmando que la norma incriminadora tutelaría intereses correlativos al *principio antielusivo* y al “deber de lealtad de cada individuo hacia las instituciones”⁴⁷ (t.d.r.). De aquí el origen de la posibilidad de punir, nada más y nada menos, todas las falsedades y omisiones en las declaraciones sobre la renta, también si la renta efectiva verificada está dentro del umbral previsto por la ley,

⁴⁶ AMBROSETTI, E. M. et al. *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 113 y ss, recuerdan que del peligro abstracto del viejo caso penal se ha pasado al peligro concreto de la nueva, con una acentuación de la tutela del patrimonio y una total disminución de penas determinadas por el paso de delito a contravención.

⁴⁷ Cfr. Cass. pen. it., sez. un., 27 de noviembre de 2008, núm. 6591, en *Riv. pen.*, 2009, núm. 4, pp. 435 y ss.

habiendo derecho al beneficio.⁴⁸ Es evidente una connotación irracionalmente portadora de ética, en cuanto, de un lado, se evocan de manera desconcertante los éticos y no liberales del Estado nacional-socialista, ya que en el centro de la incriminación era puesta, precisamente, la mera violación del deber de fidelidad al Estado; y del otro lado se contradice la misma irrelevancia “ética” de una falsedad dirigida a obtener un beneficio sobre el cual el autor de todos modos tenía derecho.

En definitiva, quien tiene una renta real que se encuentra dentro del umbral de admisión del beneficio establecido por la protección de gastos del Estado y, no obstante, declare una renta diversa se arriesga a una condena de uno a cinco años de reclusión, sin haber determinado un daño patrimonial, ni siquiera potencial, en cuanto él tenía derecho efectivamente al beneficio. Al contrario, el administrador de una sociedad que con la intención de engañar a los socios para conseguir un beneficio, en las cuentas de la sociedad exponga hechos que no correspondan con la verdad, se arriesga —sólo a querella de la persona afectada— a una pena decididamente más ligera, de seis meses a tres años de reclusión y sólo si ha causado un daño patrimonial.

Es evidente la actitud operante del legislador, que ha adoptado soluciones que se alejan del reforzamiento de la ética para los *Kavalierdelikte* de la criminalidad “rica” y, por el contrario, refuerzan la ética en los tipos penales propios de una criminalidad “pobre”.

Los ejemplos podrían ser muchos otros. Si se piensa en el delito de clan-destinidad (artículo 10 bis del Decreto legislativo núm. 286, del 25 de julio de 1998, introducido por la Ley 94 del 15 de julio de 2009),⁴⁹ con cuya previsión se ha hecho punible el mero ingreso ilegal en el territorio italiano fuera de los límites y de los flujos migratorios establecidos anualmente, la conducta punible se consume con la mera desobediencia carente de ofensividad alguna, expresión de una concepción del tipo de autor, asemejada a la doctrina jurisprudencial del pasado.⁵⁰

Con esto, por otra parte, no se quiere sostener que el legislador tendría que haber enfatizado los caracteres éticos de los delitos económicos,⁵¹ sino que la

⁴⁸ En un sentido crítico véase CATERINI, M. "Sezioni unite versus offensività? Il falso impossibile in dichiarazione sostitutiva di certificazione", en *Crit. dir.*, 2009, pp. 96 y ss.

⁴⁹ Recientemente, con un apreciable cambio de curso, con la Ley núm. 67, del 28 de abril de 2014, artículo 2, parágrafo 3, letra b), el Parlamento italiano ha delegado al gobierno la abrogación de este delito, transformándolo en una infracción administrativa. El Parlamento, sin embargo, ha mantenido la calificación penal a la violación del acto administrativo adoptado en la materia.

⁵⁰ Otro ejemplo de caso penal introducido recientemente, atribuible a una perspectiva de algún modo ética, podría ser aquel del delito de mera detención de material pedo-pornográfico, hoy también “virtual” (artículo 600 *quater* del c.p., introducido con la Ley núm. 38 del 6 de febrero de 2006).

⁵¹ Cfr. PULITANÒ, D. "La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto", en *Riv. it. dir.*

tendencia a alejarse de la ética tenía que haberse interesado con mayor razón en los delitos característicos de las clases menos pudientes.

En los últimos tiempos se ha presenciado una orientación legislativa más clemente hacia la “aristocracia”, sin embargo, éticamente rigurosa de otra parte. “Cuando se trata de sujetos marginales, los principios de ofensividad y subsidiariedad parecen olvidarse [...] El resultado de estas líneas abiertas y contradictorias es el desquiciamiento de una «pasable» coherencia intrasistemática, es decir del principio de igualdad”⁵² (t.d.r.). Un ordenamiento que es “desigual” porque, se podría decir “éticamente” injusto, pierde su aptitud al ordenamiento cultural y puede volverse un factor criminogénico.⁵³

Suenan, por lo tanto, actuales las palabras de BECCARIA, según el cual “la mayor parte de las leyes no son más que privilegios”⁵⁴ (t.d.r.), y del liberal MILL: “en todas partes donde haya una clase dominante, gran parte de la moral del país emana de sus intereses de clase y de sus sentimientos de superioridad”⁵⁵ (t.d.r.). Ahora bien, si así tuviera que ser, quizás difícilmente las leyes penales, según las esperanzas de BAUMANN, lograrán efectivamente no ser sólo para los pobres y los estúpidos.⁵⁶

6. Conclusiones

Las ideologías autoritarias han concebido un concepto de responsabilidad penal guiadas por el convencionalismo formal, el cual trata de sustentar que el crimen es producto de una conducta ontológicamente inmoral o antisocial, y por ello, según tales concepciones, es necesario prescindir de una taxativa previsión legislativa, para dejar éticamente justificada la represión hacia un tipo de autor delincuente. Tales planteamientos deben ser rechazados en tanto producen confusión entre derecho penal y ética.

El Código Penal italiano, que data de 1930, no contiene verdaderos delitos de tipo económico en el sentido moderno, a excepción de algunas hipótesis

⁵² proc. pen., 2002, pp. 970 y 971, según el cual “la crítica más dura que creo se puede hacer a la reforma del derecho penal social es el no ser curada de la «calidad moral innata en el comportamiento en los asuntos», fundamento de la economía de mercado” (t.d.r.).

⁵³ Cfr. *ibidem*, p. 973.

⁵⁴ Sobre la actitud diferente de la legislatura, de los jueces y del público respecto a la acusación contra *white-collar crime* en comparación con otros delitos, en particular en los Estados Unidos de América, véase GREEN, S. P. *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Milán, 2008, p. 22 y ss.

⁵⁵ BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*, cit., § xli, p. 108.

⁵⁶ MILL, J. S. *On Liberty* (1859), *Sulla libertà*, cit., I, p. 50.

⁵⁶ BAUMANN, J. “Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes” (1972), en *Strafrecht im Umbruch*, Neuwied und Darmstadt, 1977, p. 55.

marginales que difícilmente han encontrado actuación desde un punto de vista práctico. Se trata de delitos típicos que son el resultado de un Estado autoritario, como el fascista de los años treinta, que hoy en buena parte están en contraste con los principios constitucionales y las garantías fundamentales de un Estado de derecho. Son, por lo tanto, crímenes contra la economía pública, la industria y el comercio, que constituyen una innovación de la legislatura fascista. Las actividades relacionadas con el trabajo y la producción tuvieron que ser instrumentadas para satisfacer los intereses de la nación, con la eliminación de los conflictos sociales; como un elemento “irracional” de asignación de recursos económicos a los objetivos prioritarios del “Estado ético”.⁵⁷

Los delitos económicos en Italia están regulados en distintas leyes especiales, de modo incoherente e inorgánico, sin un proyecto unitario; de ahí que resulte difícil sintetizar el contenido de la disciplina penal en el contexto y evaluación de los delitos económicos. Las proyecciones de reglamentar la ética como parte de la vida económica han encontrado respuestas hipertróficas, indeterminadas, caóticas y sustancialmente ineficaces en la legislación especial de las últimas décadas, mediante la utilización de discutibles técnicas incriminantes e irracionalmente extensivas de la punibilidad, basadas casi siempre en bienes jurídicos irreconocibles, delitos de peligro abstracto u omisivos, así como una contrastante tutela de funciones económicas o administrativas.

Asimismo, la variabilidad de los distintos comportamientos que son sancionados en esta materia es la consecuencia de un estrabismo del legislador penal italiano que frecuentemente adopta la postura de invocar y reprimir con severidad a los sujetos más débiles y de manera más suave a los más fuertes, los cuales son los delincuentes de cuello blanco.

Todo ello supone la necesidad de una profunda reforma legal en Italia que le dé respuesta a las problemáticas del delito y la delincuencia económica. Nuestra propuesta de *lege ferenda* se funda sobre la identificación de un bien jurídico cierto a través de una conexión clara y fuerte con los intereses patrimoniales. Patrimonio, de otra parte, entendido no en sentido tradicional y en términos estáticos, sino más bien desarrollado como unidad estructurada según las exigencias del titular, atribuyendo así al bien una dimensión personal que cementa sus componentes jurídico-económicos, haciendo de ello una concreta unidad funcional. Por esta vía, el patrimonio equivale a la tutela de la personalidad del sujeto titular. La razón que justifica la tutela, entonces, no reside tanto en la relación, jurídica o de hecho, existente entre el sujeto y el patrimonio, sino prioritariamente en la garantía ofrecida a la disponibilidad de los bienes con el

⁵⁷ PADOVANI, T. y STORTONI, L. *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bolonia, 2006, pp. 60 y ss.

fin de asegurar al titular el desarrollo del propio ser en el campo económico, de acuerdo con un concepto de bien no más estático, sino dinámico-funcional, fuertemente caracterizado por una sustancia personalista.

La demostración de que los delitos económicos son reconducibles al “bien patrimonio” ha sido tratada también por el proyecto alternativo alemán, que sistematiza, ordena y ubica a los delitos económicos dentro de la tutela del bien jurídico patrimonial, capaz de atribuir mayor concreción a algunas hipótesis delictuosas que de otra forma aparecen difusas entre los conocidos delitos de peligro y las regulaciones y funciones administrativas y económicas.

La reconducibilidad de los delitos económicos al “bien patrimonio”, entonces, podría ser capaz de desactivar la carga ética del derecho penal económico mediante la construcción de tipos penales más fiables, que se distinguen por una clara ofensa al patrimonio, en la cual, el daño y el peligro concreto son imputables a fenómenos acaecidos y comprobables. ■