

RAMIRO M. RUBINSKA
DANIEL SCHURJIN ALMENAR
(Coordinadores)

DERECHO PENAL ECONÓMICO

Tomo I

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA
2010

ÍNDICE

Pág.

TOMO I

ABREVIATURAS	17
PRESENTACIÓN	
<i>Ramiro M. Rubinska y Daniel Schurjin Almenar</i>	19

PARTE GENERAL

I. MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO	21
1. Aspectos introductorios	23
LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO	
<i>Klaus Volk</i>	23
APROXIMACIÓN CONCEPTUAL INTEGRADA AL DERECHO PENAL ECONÓMICO	
<i>Raúl Cervini</i>	33
ORIGEN MULTIDISCIPLINARIO Y ESTABILIZACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO	
<i>Fabián I. Balcarce</i>	71
2. Legitimación del Derecho Penal en la actividad económica	93
LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA	
<i>Gabriel Adriasola</i>	93
DERECHO PENAL ECONÓMICO: SU LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
<i>Fernando M. Machado Pelloni</i>	115
LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO ECONÓMICO	
<i>Hugo Castiglione</i>	143

	Pág.
INFLACIÓN NORMATIVA, ERROR Y DERECHO PENAL ECONÓMICO <i>Francisco Castex</i>	171
ALGUNAS REPERCUSIONES DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO PENAL ECONÓMICO ARGENTINO <i>María V. Azzato y Mariela E. Mazzón</i>	187
3. Cuestiones de política criminal	239
ALTERNATIVAS METODOLÓGICAS PARA UNA ADECUADA COMPRESIÓN Y TIPIFICACIÓN DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICO - FINANCIERA <i>Raúl Cervini</i>	239
DEL WITHE COLLAR CRIME AL DELITO CORPORATIVO. ÉTICA Y POLÍTICA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO <i>José María Monzón</i>	277
UNA APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL ARGENTINA EN MATERIA DE DELITOS ECONÓMICOS <i>Hernán De Llano</i>	303
4. Derecho Penal y criterios económicos	323
UN ACERCAMIENTO AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO <i>Ricardo M. Rojas</i>	323
LEGALIDAD Y EFICIENCIA EN MATERIA PENAL EMPRESARIA <i>Juan M. Rodríguez Estévez</i>	343
II. MARCO DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO	391
1. Principio de legalidad y delitos económicos	393
DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LEYES PENALES EN BLANCO <i>Marta E. Nercellas</i>	393
EXTRAACTIVIDAD DE LA LEY MÁS BENIGNA EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO: SUS IMPLICANCIAS CON REFERENCIA A LAS LLAMADAS LEYES PENALES EN BLANCO <i>Jorge M. Ilharrescondo</i>	431
2. Derecho penal económico y práctica forense	465
LOS DELITOS COMPLEJOS <i>Marcelo Agüero Vera</i>	465
BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PENAL ECONÓMICO PROCESAL <i>Gustavo A. Arocena y Fabián I. Balcarce</i>	491
LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL, EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN Y SU TRATAMIENTO EN EL FUERO PENAL ECONÓMICO <i>Sergio Meirovich</i>	505

	Pág.
LOS AVANCES TECNOLÓGICOS EN LA INSTRUCCIÓN PENAL DE DELITOS ECONÓMICOS <i>Marcos J. Cassani y Pablo L. Emlek</i>	545
LA NOTICIA REBELDE: ENSAYO SOBRE CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE UNA SUGESTIVA OMISIÓN MEDIÁTICA <i>Fernando A. Vallone</i>	565
III. CUESTIONES DE IMPUTACIÓN	589
1. Protagonismo de la empresa en los delitos económicos	591
NOCIONES SOBRE LOS ENTES IDEALES COMO SUJETOS DE IMPUTACIÓN CRIMINAL <i>Karina R. Perilli de Cozzi</i>	591
PERSONA JURÍDICA: ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE SU RESPONSABILIDAD PENAL <i>Eduardo J. Vicente y Andrea M. Zabala Duffau</i>	599
BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS APORTES DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO AL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS <i>Félix R. Hernández Galarza</i>	621
RESPONSABILIDAD Y CASTIGO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL COMPARADO EN TORNO A LA AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL <i>Diego Zysman Quirós</i>	641
ESTADO DE DISCUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA: INCIDENCIA DEL FALLO <i>FLY MACHINE S.A.</i> <i>Ximena M. Rodríguez Fontela y Gustavo D. Meirovich</i>	665
2. La atribución de responsabilidad penal	691
DELITOS EMPRESARIALES: IMPUTACIÓN A LAS PERSONAS FÍSICAS <i>Marco A. Terragni</i>	691
¿RESULTA DOGMÁTICAMENTE POSIBLE APLICAR LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO A TRAVÉS DE UN APARATO ORGANIZADO DE PODER A LOS DELITOS EMPRESARIALES? <i>Ignacio C. Fornari</i>	709
LA POSICIÓN DE GARANTE Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS DE EMPRESAS. EL CASO DE LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO <i>Eugenio C. Sarrabayrouse</i>	767
POSICIÓN DE GARANTE Y ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA EMPRESA <i>Germán D. Soria</i>	797
LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ÁREA DE LA ADMINISTRACIÓN. ABUSO DE PODER POLÍTICO Y ECONÓMICO <i>Jorge E. Buompadre</i>	829

PARTE ESPECIAL
Actualidad en materia de delitos de competencia del Fuero
Penal Económico y Tributario

I. CUESTIONES ADMINISTRATIVAS CON REPERCUSIÓN PENAL.....	839
1. Defensa de la competencia y Ley de Abastecimiento	841
ENFOQUE CRIMINAL Y ECONÓMICO A PROPÓSITO DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS Y VULNERACIÓN DE PRECIOS MÁXIMOS	
<i>Mariano H. Borinsky.....</i>	841
LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA	
<i>M. Alejandra Perícola.....</i>	857
VIGENCIA DE LA LEY PENAL DE ABASTECIMIENTO	
<i>Alejandro L. Rúa.....</i>	885
INDETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE EN LA LEY 20.680. TIPOS PENALES Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	
<i>Ezequiel Padilla.....</i>	905
2. Derecho tributario sancionador	921
APORTES PARA CONSTITUCIONALIZAR EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO (INFRACCIONAL Y DELICTUAL)	
<i>Aristides H. M. Corti y Claudio E. Luis.....</i>	921
ESTÁNDARES EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PARA LA SANCIÓN DE CLAUSURA	
<i>Diego Freedman</i>	931
3. Régimen Penal Cambiario.....	943
LOS TIPOS PENALES DEL RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO	
<i>Federico Roldán</i>	943
LA ILEGÍTIMA EXPANSIÓN DEL <i>IUS PUNIENDI</i> EN MATERIA PENAL CAMBIARIA	
<i>Facundo Sarrabayrouse.....</i>	967
II. DELITOS ECONÓMICOS DEL CÓDIGO PENAL	991
1. Fraudes al comercio e industria	993
EL AGIOTAJE: ¿UNA REMINISCENCIA SIMBÓLICA O UN DELITO ACTUAL?	
<i>Horacio J. Romero Villanueva.....</i>	993
EL DELITO DE BALANCE FALSO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA	
<i>Carolina L. I. Robiglio</i>	1019

	Pág.
2. Delitos cometidos mediante cheques	1055
INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS COMETIDOS MEDIANTE CHEQUES <i>Juan Manuel Nicolosi López</i>	1055
LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA TUTELA PENAL DEL CHEQUE <i>Fernanda A. Arancibia</i>	1075
EL LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS: ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LA FIGURA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 302, INCISO 1º DEL CÓDIGO PENAL <i>Juan Manuel Nicolosi López</i>	1093
EL LIBRAMIENTO DE CHEQUE A SABIENDAS DE SU IMPOSIBILIDAD LEGAL DE PAGO: ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LA FIGURA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 302, INCISO 2º DEL CÓDIGO PENAL <i>Alberto Vasser</i>	1117
TOMO II	
CUESTIÓN DE HÁBITO (ALGO MÁS SOBRE LA VALORACIÓN PENAL DE LA CASUÍSTICA JURÍDICO-MERCANTIL QUE AUTORIZA EL BLOQUEO DE CHEQUES EN EL ARTÍCULO 302 DEL CP) <i>Daniel Schurjin Almenar</i>	1137
SOBRE LA IMPUTACIÓN DEL DELITO DE FRUSTRACIÓN MALICIOSA DEL CHEQUE: EL CASO DE LA DIVISIÓN DE TAREAS <i>Mario H. Laporta</i>	1147
EL LIBRAMIENTO DE CHEQUE EN FORMULARIO AJENO SIN AUTORI- ZACIÓN: ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LA FIGURA PREVISTA EN EL ARTÍ- CULO 302, INCISO 4º DEL CÓDIGO PENAL <i>Ida Carolina Diz</i>	1163
3. Lavado de activos	1177
ANÁLISIS DEL DOLO DENTRO DEL LAVADO DE ACTIVOS DE ORIGEN DELICTIVO A LA LUZ DE LOS CRITERIOS SENTADOS POR LA LEGISLA- CIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ALEMANA <i>Leonardo G. Brond</i>	1177
III. DELITOS ECONÓMICOS EN LEYES ESPECIALES	1207
1. Régimen Penal Aduanero	1209
A) Cuestiones introductorias	1209
LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL ADUANERO <i>Héctor G. Vidal Albarracín</i>	1209
BREVÍSIMA SEMBLANZA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE CONTRABANDO <i>Gustavo A. Arocena</i>	1241

	Pág.
DIFERENCIACIÓN ENTRE DELITOS E INFRACCIONES ADUANERAS A PARTIR DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DE LOS ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES. <i>Maximiliano Padilla</i>	1255
B) Aspectos controvertidos del delito aduanero	1271
EL INGRESO Y EGRESO CLANDESTINO DE DINERO <i>Hernán Prepelitchi</i>	1271
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, IGUALDAD ANTE LA LEY Y REDUNDANCIAS NORMATIVAS. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL AGRAVANTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 865, INCISO «A», DEL CÓDIGO ADUANERO POR LA CANTIDAD DE INTERVINIENTES EN EL DELITO DE CONTRABANDO <i>Santiago Roldán</i>	1295
EL DELITO DE CONTRABANDO COMETIDO MEDIANTE DOCUMENTACIÓN ADULTERADA: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU ESTRUCTURA TÍPICA <i>Martín Castellano</i>	1333
EL CONTRABANDO MEDIANTE ENVÍOS POSTALES (PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN PARA SU INVESTIGACIÓN) <i>María Luz Rivas Díez</i>	1355
UN RECORRIDO POR LOS RECOVECOS DEL ARTÍCULO 866 DEL CÓDIGO ADUANERO <i>Hernán H. Re</i>	1375
EL PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i> : SU APLICACIÓN AL JUZGAMIENTO DEL CONTRABANDO DE IMPORTACIÓN Y DE EXPORTACIÓN DE ESTUPEFACIENTES <i>Romina E. Pezzot</i>	1397
MODALIDADES CULPOSAS EN LA SECCIÓN XII DEL CÓDIGO ADUANERO <i>Mariana Barbitta y Nancy B. Garçon</i>	1417
ALGUNOS NUEVOS ARGUMENTOS SOBRE LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA EN EL DELITO DE CONTRABANDO <i>Gustavo A. Beade</i>	1435
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL FUERO EN LO PENAL ECONÓMICO ANTE EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO DE CONTRABANDO POR RECEPCIÓN <i>Elizabeth A. Marum y Enrique A. Arce</i>	1461
C) Plano de las responsabilidades penales y sus derivaciones procesales	1479
LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN MATERIA PENAL ADUANERA – SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y PROPUESTA DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS <i>Guillermo Vidal Albarracín (h)</i>	1479

	Pág.
LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DESPACHANTE DE ADUANA ANTE EL DELITO DE CONTRABANDO <i>Luis F. Charró</i>	1495
TRATAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE QUIENES SE DESEMPEÑAN EN UN CARGO PÚBLICO. ALCANCES, CRÍTICAS Y POSIBLES CONTRADICCIONES CON OTRAS NORMAS <i>Marysol Mora y Osvaldo G. Radicich</i>	1509
2. Régimen Penal de la Ley de Jubilaciones y Pensiones	1533
BREVES REFLEXIONES ACERCA DE ALGUNAS FIGURAS PENALES PREVISTAS POR LA LEY 24.241: ¿CONSAGRACIÓN DE TIPOS DOLOSOS O CULPOSOS? <i>Roberto Occhiuzzo</i>	1533
3. Régimen Penal Tributario	1549
A) Cuestiones introductorias	1549
ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO DE LA LEY PENAL TRIBUTARIA Y PREVISIONAL NÚM. 24.769: DOCE AÑOS DESPUÉS <i>Marcelo A. Riquert</i>	1549
CUANDO LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL Y EL DERECHO TRIBUTARIO DEVIENE EN UNA CONTRADICCIÓN QUE ATENTA CONTRA LA SEGURIDAD JURÍDICA <i>Silvana M. Yanichevsky</i>	1583
B) Aspectos controvertidos del delito fiscal	1609
CONSIDERACIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL DOLO EN EL DELITO DE EVASIÓN TRIBUTARIA SIMPLE <i>Nicolás Ramayón</i>	1609
LAS ETAPAS EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO DE EVASIÓN TRIBUTARIA <i>Pablo N. Turano</i>	1659
PAUTAS PARA LA DELIMITACIÓN DEL MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO DE EVASIÓN TRIBUTARIA <i>Mariana A. Fernández Amallo y Patricia R. Mieres</i>	1677
LA EVASIÓN TRIBUTARIA Y EL LAVADO DE DINERO <i>Fernanda A. Arancibia</i>	1705
LA ¿RELEVANCIA PENAL? DE LAS SALIDAS NO DOCUMENTADAS <i>Lucio Simonetti</i>	1723
ACERCA DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON BENEFICIOS FISCALES Y SUBSIDIOS NACIONALES DIRECTOS DE NATURALEZA TRIBUTARIA <i>Evelina V. Sarratea</i>	1749

	Pág.
C) <i>Plano de las responsabilidades penales</i>.....	1765
RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÓRGANOS DE LA EMPRESA EN MATERIA PENAL TRIBUTARIA	
<i>Juan Trujillo</i>	1765
CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 14º DE LA LEY PENAL TRIBUTARIA. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA TEORÍA DEL OBRAR EN LUGAR DE OTRO	
<i>Carolina A. Vanella</i>	1813
PROBLEMAS DE AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO. CONSIDERACIONES SOBRE EL SUPUESTO DE DELEGACIÓN DE FUNCIONES	
<i>Hernán Jáuregui Lorda</i>	1859
DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL DELITO DE EVASIÓN TRIBUTARIA	
<i>Ramiro M. Rubinska</i>	1891
CASOS ESPECIALES DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD: EL REPRESENTANTE DEL OBLIGADO TRIBUTARIO. PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN Y ROL DE GARANTE DEL DEBER TRIBUTARIO DEL OBLIGADO	
<i>Claudio R. Navas Rial</i>	1929
LA PARTICIPACIÓN DEL PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS EN EL DELITO DE EVASIÓN FISCAL	
<i>Alejandro David</i>	1993
LA RESPONSABILIDAD PENAL TRIBUTARIA DE LOS PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS	
<i>Pablo A. Lafuente</i>	2039
D) <i>Salidas alternativas del proceso penal tributario</i>.....	2071
LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PAGO: VÁLVULA DE ESCAPE Y HERRAMIENTA PARA PENSAR EN ALTERNATIVAS A LA PENA	
<i>María L. Bienati</i>	2071
LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PAGO EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS. ¿POLÍTICA CRIMINAL O ECONÓMICA?	
<i>Deborah Lichtmann</i>	2085
EL TÉRMINO «INCONDICIONAL» PREVISTO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY PENAL TRIBUTARIA	
<i>Marcelo Vázquez Aguiar</i>	2105
EL INSTITUTO DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA EN MATERIA PENAL TRIBUTARIA: LA LÍNEA DEL TIEMPO	
<i>Mariana Barbitta y Nancy B. Garçon</i>	2115

	Pág.
E) Cuestiones procesales	2143
LA POSIBILIDAD DE AFECTACIÓN DE LA GARANTÍA DEL <i>NEMO TENETUR PRODERE SE IPSUM</i> EN EL PROCESO PENAL TRIBUTARIO, A TRAVÉS DE LA REALIZACIÓN DE INSPECCIONES Y REQUERIMIENTOS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO FISCAL <i>Fernando Lisicki</i>	2143
LA DETERMINACIÓN DE OFICIO DE LA DEUDA COMO CUESTIÓN PREVIA A LA DENUNCIA DE LOS DELITOS TRIBUTARIOS <i>Carlos Edwards</i>	2209
MEDIDAS URGENTES – ARTÍCULO 21 DE LA LEY 24.769 <i>Marcela Basso Craig y J. Alejandro Zabala</i>	2221
ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, ¿QUERRELLA O AUXILIAR DE LA JUSTICIA? <i>Diego F. Arce</i>	2235
ÍNDICE GENERAL	2243

PRESENTACIÓN

Han transcurrido cincuenta años desde que, el 24 de septiembre de 1959, tuvo lugar la publicación oficial de la ley 14831. Dicha ley, inserta en la tendencia que asomaba en otras latitudes, creó en la República Argentina los tribunales judiciales en lo Penal Económico.

Tan significativo transcurso despertó en nosotros el interés y compromiso de encarar el ambicioso emprendimiento académico que se ve materializado a lo largo de las páginas de esta obra colectiva, que versa sobre las más salientes y diversas temáticas del Derecho Penal Económico.

Se ha consolidado, desde hace tiempo, una idea fundamental: se trata de una disciplina de abordaje complejo, por requerir conocimientos técnicos profundos, no sólo de la materia penal, sino también de otras importantes ramas del saber jurídico (tributaria, aduanera, cambiaria, comercial, administrativa, etc.). Es por ello, justamente, que se acentúa la necesidad de una especialización cada vez más intensa y multidimensional en torno a este eje, que acrecienta de modo exponencial su protagonismo dentro de los vaivenes económico-legales que rigen la evolución de la sociedad toda.

Nuestro objetivo al idear y perfilar el proyecto quedó centrado en la posibilidad de brindar un escenario dotado de la suficiente aptitud y amplitud como para que los propios operadores de la especialidad pudieran aportar sus visiones intelectuales sobre los tópicos más controvertidos. Tal plataforma fue dividida de acuerdo a un meditado esquema metodológico.

En el segmento inicial, denominado parte general, se trazan los límites conceptuales y se define el marco de aplicación del Derecho Penal Económico. Lo primero a partir del abordaje de ciertos aspectos introductorios, de política criminal y de relaciones entre el Derecho Penal y los criterios económicos; y lo segundo desde el tratamiento del principio de legalidad y de asuntos asociados a la práctica forense.

A su vez —siempre dentro de la sección primera— se trabajan cuestiones de imputación, teniendo en consideración el rol protagónico de la empresa en este tipo de delitos y los distintos criterios de atribución de responsabilidad penal.

El segundo gran capítulo es el que corresponde a la parte especial. Allí se estudian las distintas interpretaciones y conflictos que informan al elenco de

delitos que son competencia del fuero Penal Económico, no sin antes trabajar sobre relevantes temáticas administrativas con repercusión penal, como ser la defensa de la competencia, la Ley de Abastecimiento, el Derecho Tributario Sancionador y el Régimen Penal Cambiario.

En cuanto atañe a los delitos económicos contenidos en el Código Penal, son tratados los aspectos que mayores discusiones traen aparejadas en relación a los fraudes al comercio e industria, los ilícitos cometidos mediante cheques y el lavado de activos de origen delictivo.

Dentro del terreno de las modalidades contenidas en leyes especiales, en primer lugar se somete a análisis el Régimen Penal Aduanero, discurrendo en torno a sus cuestiones introductorias, aspectos mayormente controvertidos, el particular plano de las responsabilidades penales y sus derivaciones procesales. Seguidamente se abarca el Régimen Penal de la Ley de Jubilaciones y Pensiones. En último término se traza un estudio sobre el Régimen Penal Tributario, donde se incluyen las cuestiones introductorias, los aspectos críticos del delito fiscal, el plano de las responsabilidades penales, las salidas alternativas del procesal penal tributario y las cuestiones procesales.

Aún a riesgo de trasponer los límites que la prudencia aconseja para esta clase de exposiciones preliminares, deseamos manifestar nuestra sentida gratitud al profesor Alejandro C. Altamirano, por alentarnos con esta iniciativa y hacer posible su edición y publicación; a los directivos de la acreditada editorial Marcial Pons, y a los profesores Daniel Pastor y Carlos Ernst, quienes nos alentaron facilitando la participación del profesor Klaus Volk, empresa que pudo concretarse definitivamente gracias a la intermediación de Alberto Nanzer.

Es nuestro más franco deseo que esta obra propenda a dimensionar ajustadamente el desarrollo del Derecho Penal Económico, habilitando un espacio de meditación —y, acaso, de resolución— de los distintos problemas que pueden presentarse en el seno de la especialidad y motorizando el surgimiento de renovadas propuestas sobre la disciplina.

Ramiro M. RUBINSKA
Daniel SCHURJIN ALMENAR
(Coordinadores)

PARTE GENERAL

I. MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Aspectos introductorios

LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO *

Klaus VOLK **

SUMARIO: 1. LAS PARTICULARIDADES DE LA PARTE GENERAL.—2. DELITOS DE OMISIÓN.—2.1. La diferenciación entre acción y omisión.—2.2. La equiparación legal de acción y omisión.—3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.—3.1. La idea del bien jurídico.—3.2. La identificación legal de autoría y complicidad.—3.3. Delitos de dominio y de deber.—3.4. Dominio de la organización.—4. TENTATIVA.—4.1. Preparación y tentativa.—4.2. Desistimiento y arrepentimiento activo.

1. LAS PARTICULARIDADES DE LA PARTE GENERAL

La tradicional obra maestra de la teoría del Derecho penal alemán, la parte general, contiene en su forma corriente una «dogmática de tribunal por jurados». Diferenciaciones entre dolo e imprudencia, autoría y participación, acción y omisión, etc., no han sido desarrolladas para circunstancias del Derecho penal económico y no son trasladables a él sin más. La transferencia fuerza modificaciones (como por ejemplo en el dolo eventual). Muchas estructuras organizacionales de la vida económica, tales como «competencia», «delegación» o «decisión colegiada» deben primero ser traducidas a las categorías jurídico-penales. Lo mismo vale para el modelo de acción. La «decisión bajo riesgo» naturalmente no es *per se* una decisión con dolo eventual. La «Business-Judgement-Rule» del Derecho accionario anuda elementos objetivos y subjetivos de una manera extraña para el modo de pensar jurídico-penal: no actúa objetivamente en infracción al deber, quien (objetivamente) tuvo buenos motivos (subjetivamente) para aceptar que actuaba a favor de los intereses de la empresa.

Algunas figuras jurídicas de la parte general del Derecho penal funcionan en el vacío. No hay delito económico en legítima defensa. Tampoco nadie podrá acoger-

* Título original: *Der Allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrechts*, publicado en su idioma original en: Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, Hrsg. C. H. K. VOLK, Beck Verlag, München, 2006, pp. 35-50. Traducido al español, especialmente para esta obra, por A. NANZER.

** Doctor en Derecho y catedrático (Ludwig-Maximilians-Universität). Doctor honoris causa (Universidad de Urbino).

se al estado de necesidad supralegal. La «decisión existencial» en la economía trata por cierto a menudo de la supervivencia y la existencia, aunque precisamente de empresas (y recién en segunda línea de personas afectadas «colateralmente»). La capacidad de culpabilidad¹ no es un tema. Todo aquel que defiende en cuestiones penales económicas tuvo ya alguna vez un mandante psíquicamente afectado con vivencias traumáticas de la infancia, sin haberse por ello animado a solicitar una evaluación psiquiátrica. Trastornos de la personalidad, que naturalmente son examinados en los delitos capitales, permanecen del mismo modo sin investigación, naturalmente, cuando se trata del capital.

Junto con estos estadios, *per se* más o menos irrelevantes de la imputación penal, hay una clara tendencia hacia la nivelación de las diferencias dogmáticas. Esto se explica, en parte, por motivos vinculados a la materia, y en parte es el legislador quien se preocupa de ello. Este desarrollo será explicado ahora para algunos ámbitos. Se limita principalmente al campo de acción de la defensa.

2. DELITOS DE OMISIÓN

2.1. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

Éste es un profundo problema abstracto-teórico. Concretamente, la diferenciación es o bien evidente, o bien carente de significación para la punibilidad².

a) En la *responsabilidad por el producto* (a modo de ejemplo), la irrelevancia de la diferenciación es evidente. Para el que tuvo que sufrir el producto defectuoso, no es interesante si el producto es defectuoso o peligroso porque alguien, en el ciclo de la producción, ha hecho algo mal o ha omitido intervenir contra los errores de otros o del sistema. Tampoco el Derecho penal debería permitir decidir la cuestión sobre si existe un hecho penal según la acción o la omisión. De lo contrario se la haría dependiente de la organización del sistema de producción respectivo y con ello de la casualidad o de decisiones discrecionales de la conducción empresarial. La diferenciación entre acción y omisión dentro de un complejo sistema es con frecuencia apenas posible. Pero ella tampoco es necesaria. La dirección de la empresa obtiene una posición de garante sobrecargada, a fin de que no pueda refugiarse en la «irresponsabilidad organizada» (una frase clave de la discusión sobre la punibilidad de la empresa que también cabe en este contexto).

En la distribución de productos defectuosos puede distinguirse por cierto claramente entre medidas que traen el producto al mercado y medidas que fueron omitidas para sacarlo del mercado. La diferenciación entre acción y omisión es por tanto muy sencilla, aunque sin significación para la punibilidad de la conducta. En el caso de una omisión no debe uno preocuparse por el deber de garante. Él

¹ Mencionada en MÜLLER-GUGGENBERGER/BIENECK, *Wirtschaftsstrafrecht*, § 17, n.m. 25.

² VOLK, *FS Tröndle*, pp. 220 y ss.

reside siempre en una acción precedente (y junto con ello, como recientemente se mencionó, en el dominio sobre cosas y ciclos).

b) En el *Derecho penal patrimonial* acción y omisión se encuentran también al mismo nivel.

1) En los delitos de deber esto se sigue de su estructura. Para la punibilidad por abuso de confianza no hace a ninguna diferencia si la obligación de cuidado patrimonial ha sido incumplida a través de medidas infieles ejecutadas u omitidas.

2) En los delitos de dominio esto sólo es diferente a primera vista. El estafador domina a su víctima porque le informa falsamente. Si eso no sucede a través de un hacer positivo, sino a través de una explicación omitida, se necesita una posición de garante. Para ello depende de si él estaba obligado a poner al otro en conocimiento. Sin embargo, ese deber de informar es, en verdad, también el momento decisivo en caso de datos falsos (engaño a través de un hacer). Los hechos informados más allá de ello son excluidos por irrelevantes, o bien porque no fueron «causales» para la disposición (esencialmente un problema de la teoría de la imputación objetiva que aún no ha sido desarrollado para la parte especial del Derecho penal)³, o bien porque se les deniega la relación patrimonial.

Junto con esta equiparación dogmática se encuentra aquélla efectuada por el legislador.

2.2. LA EQUIPARACIÓN LEGAL DE ACCIÓN Y OMISIÓN

La encontramos fundamentalmente en los delitos de peligro. Será penado quien:

- «no instruyere al otorgante de la subvención acerca de hechos relevantes para la subvención» (§ 264, párr. 1, inc. 1 del Código Penal);
- «hiciera declaraciones ventajosas falsas o callare hechos desventajosos» [§ 264.a), párr. 1, inc. 2 del Código Penal];
- «no comunicare (...) desmejoramientos (...) de las condiciones económicas» [§ 265.b), párr. 1, inc. 2 del Código Penal];
- «mantuviere indebidamente en la ignorancia a la autoridad competente para el ingreso de los aportes acerca de hechos jurídico-previsionales relevantes y de ese modo el empleador retuviere a la autoridad los aportes a ingresar» [§ 266.a), párr. 1, inc. 2 del Código Penal —omisión conectada en dos etapas una detrás de la otra—];
- «omitiere hacer el balance de su patrimonio o el inventario en el tiempo prescripto» [§ 283, párr. 1, inc. 7.b) del Código Penal].

La enumeración permitiría extenderse, por ejemplo, a tipos de la ley de papeles de comercio (*WpHG*). El motivo para la identificación entre acción y omisión

³ *Vid.*, asimismo, SCHÜNEMANN, *NStZ* 2005, p. 473.

reside en que estos tipos protegen instituciones y funciones, como la institución de la subvención, la capacidad funcional de la economía crediticia, la garantía de la recaudación de los medios para la seguridad social, etc. Ya resulta punible la puesta en peligro (que no podría diferenciarse de todos modos de una «lesión»). En lo que respecta ahora a la vulnerabilidad para las perturbaciones de estos bienes jurídicos supraindividuales y funcionalistas, resulta así claro que la acción y la omisión se consideran iguales. Aquellas instituciones y unidades funcionales que se encuentran bajo la protección penal están a merced de las informaciones de los potenciales autores. No tiene importancia si la información falta por completo o es falsa, uno y otro caso son disfuncionales.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En el Derecho penal económico se refuerza la tendencia hacia la autoría unitaria⁴.

3.1. LA IDEA DEL BIEN JURÍDICO

La explicación dogmática fundamental estriba en que las ideas recién mencionadas del bien jurídico, introducidas sobre todo para la lucha contra la criminalidad organizada y la criminalidad económica, son por principio enemigas de las diferenciaciones. Las descripciones gráficas de figuras marginales y centrales tienen sentido inmediato y evidente cuando están referidas a acciones que han provocado daños a un individuo. No es ninguna casualidad que la doctrina elija sus casos sobre autoría y participación mayormente del ámbito de los delitos capitales.

Si se protegen en cambio instituciones y funciones *per se*, cualquier contribución al hecho es un ataque a la existencia de la institución y al funcionamiento «incólume» de un sistema. El bien jurídico nivela las contribuciones al hecho.

Así, cuanto más ampliamente se impulsa la abstracción del bien jurídico, cuanto más uno se aleja de ideas individualistas, será siempre más difícil —y carente de sentido para el bien jurídico— separar los casos menores (complicidad) del «caso normal» de estas conductas disfuncionales. El ámbito de aplicación de la complicidad disminuye. La mayoría de los actores son «provocadores» de la perturbación del sistema o de la función (esto es, autor, coautor, autor mediato, instigador).

La legislación más reciente ordena tratar en muchos casos como autor a quien «en realidad» sería cómplice.

⁴ En detalle, VOLK, *FS Roxin*, pp. 563 y ss.

3.2. LA IDENTIFICACIÓN LEGAL DE AUTORÍA Y COMPLICIDAD

a) En el *delito de organización* del § 129 del Código Penal —un tipo utilizado en el ámbito de la criminalidad económica normalmente sólo para el control de las telecomunicaciones, pero no para el castigo— el apoyo a una asociación criminal está equiparado a la condición de miembro. La opinión dominante constata que se trata de una «complicidad emancipada hacia la autoría»⁵, pero no lo critica demasiado⁶. Se ha acostumbrado a ello. Lo mismo vale para el autor que «hace publicidad» para una asociación criminal. Si se lo mira bien, este caso luce todavía más grosero. Aquí la instigación a la complicidad es tratada como autoría: la publicidad por simpatía frecuentemente no es más que la exhortación general o la pretendida instigación a la colaboración. También se ha acostumbrado a que esto, por fuerza de la ley, constituya autoría, de modo que la complicidad para la publicidad es ahora nuevamente posible y punible⁷, es decir, estructuralmente, complicidad para la instigación a la complicidad.

b) Los *hechos penales conexos* de favorecimiento, frustración de la punición y receptación fueron en tiempos antiguos *auxilium post delictum*. El primer paso, cumplido históricamente hace largo tiempo, para establecer tales conductas de complicidad como autoría, ha sido continuado por un segundo, destinado a calificar la ayuda en la comercialización como comisión por autoría de receptación. El principio restrictivo de la accesoriedad —no hay participación sin hecho principal— provocó la ampliación de la punibilidad. La opinión mayoritaria no sólo admite que el castigo del colaborador (en la praxis: depósito de mercaderías) como cómplice o autor dependa ahora de su mayor o menor posicionamiento casual entre las «partes» del autor precedente y el receptor⁸. Acepta también que la jurisprudencia aplique reglas de la complicidad a una complicidad que, por fuerza de la ley, es considerada autoría. Para una comercialización consumada debe bastar, como es sabido, con que hubiera sido desplegada una actividad preparatoria dirigida a fomentar la venta⁹ (actualización de las reglas según las cuales la complicidad puede prestarse en el estadio preparatorio y según las cuales la actividad «promotora» es suficiente para la complicidad).

c) La regulación legal del *lavado de dinero* no ha sido diseñada de otro modo. Quien «oculta» un objeto, «disimula su origen» (etc.), puede hacerlo en su propio interés o como figura marginal en un encargo ajeno; siempre es autor, aunque su rol podría estar todavía supeditado según las reglas del arte para diferenciar autoría y participación. Quien pone en riesgo, o bien dificulta, «la investigación del origen, del hallazgo» (etc.), hace ya pura y lingüísticamente aquello que los cómplices suelen hacer, si bien en una versión negativa (él procura las dificultades para encontrar el objeto). Sin embargo, él es autor. En el caso *Zlof*, el *BGH* ha puesto en claro cuán lejos han sido corridas las fronteras. La acción del hecho no debe

⁵ LACKNER/KÜHL, § 129, n.m. 6.

⁶ *Vid.*, sin embargo, SOMMER, JR 1981, p. 490.

⁷ BGHSt 29, 258, 263; 36, 363.

⁸ BGHSt 26, 358, 362; 33, 44, 49 (con nota de ARZT en JR 1985, p. 212).

⁹ BGHSt 29, 239.

estar inmediatamente referida a la cosa producto del lavado; el autor no necesita haber obtenido él mismo el objeto; autor es también quien «actúa total o preponderantemente en interés de otro», ya la promesa de ayuda es típica¹⁰. «El legislador clasifica también por eso (...) como una actuación de autor a tales acciones, en las que, según las reglas generales, se trataría de complicidad»¹¹.

d) Quien en el *cártel* «presente en una licitación pública sobre mercancías o servicios comerciales una oferta que se base en un acuerdo ilegal» (§ 298 del Código Penal), es castigado como autor aun cuando pertenezca a los «pequeños» que presentan una oferta protectora paralela. La versión del tipo excluye que sea tratado como cómplice. Si él pertenece al *cártel*, es autor¹².

e) Quien hace desaparecer una cosa asegurada con el propósito de ayudar al tomador del seguro en su *estafa de seguro*, podría ser cómplice, si la versión del § 265 del Código Penal no lo estampara como autor por su colaboración en la etapa preparatoria.

f) Lo esencial de la *corrupción* es el cambio de ventajas a través de una violación a las reglas¹³. Quien toma la «iniciativa», no es sólo instigador; quien ya se declara no actúa en la etapa preparatoria de la participación. Se debe tratar de combatir el «entramado de la corrupción», y en un entramado cualquiera es autor.

g) Quien se propone hacerse de un botín *para sí mismo o para un tercero*, puede ser autor o cómplice. La delimitación del tipo a la actuación en beneficio propio fuerza que los que coejecutan, lo hagan en el rol del cómplice; la ampliación de la intención a un tercero abre la posibilidad de tratar como autoría una actuación altruista. De esta manera, en los delitos de apropiación, el ámbito de la coautoría «se acrecienta en una medida no imaginable»¹⁴. En las estructuras objetivas, en las relaciones entre los partícipes, no se ha modificado nada.

h) Cómplices y autores son equiparados en numerosas *disposiciones penales extrañas al Código Penal* que no han de detallarse aquí (por ejemplo, § 332 del Código de Comercio: el cómplice del auditor contable al auditor contable).

Esta enumeración es sólo ejemplificativa y todo menos exhaustiva.

i) Las *consecuencias para la defensa* son evidentes: sólo puede invocarse que el mandante, como figura marginal, es «realmente» un cómplice. Esta argumen-

¹⁰ BGH, NStZ 1999, 83, 84.

¹¹ *Ibid.*, p. 84.

¹² Para la delimitación entre autoría y participación deben valer por cierto las reglas generales, habida cuenta de que no se trata de un delito especial; LACKNER, § 298 Rn 6; SCHROTH, BT, p. 155. Esto, no obstante, sólo tiene significación para los que no son miembros del *cártel*. La exposición de motivos del proyecto de ley lo entiende de otra manera. Quien promueve una oferta a través de la entrega de una oferta protectora, puede ser también cómplice (BT-Dr 13/5584, p. 14). No se indica cómo se concilia esto con el texto de la ley. La fundamentación menciona además a los participantes en el acuerdo que no participan luego en la licitación. ¿Ingresan en una posición de garante por la participación en el acuerdo? En caso afirmativo, ¿son entonces siempre autores o sólo cómplices?, ¿o eso depende, p. ej., de sus intereses?, ¿debe este interés ser relativo al proyecto o es suficiente cuando alguien no participa porque se le ha prometido la próxima gran obra? Crít. ACHENBACH, WuW 97, p. 958; KÖNIG, JR 97, p. 397.

¹³ En detalle, VOLK, FS Zipf, pp. 419 y ss.

¹⁴ LACKNER/KÜHL, StGB, 23. Aufl., § 2452, n.m. 26a; SCHROTH, BT, p. 97.

tación sobre el *quantum* de la pena, después de la modificación en el Derecho de casación, tiene acaso perspectivas de éxito en la instancia de hecho.

3.3. DELITOS DE DOMINIO Y DE DEBER

En los delitos de deber sólo puede ser autor quien se encuentra en la posición especial de obligado (ejemplos: abuso de confianza, delitos de funcionarios públicos, delitos de omisión impropia). La inversión de esta proposición conduce a la regla de que el especialmente obligado es siempre autor. Ésta vale para el abuso de confianza. Por lo demás, su alcance está muy controvertido. De acuerdo con la opinión dominante, la posición de garante en los delitos de omisión impropia no fundamenta automáticamente la autoría. En el Derecho penal económico, sin embargo, éste es siempre el caso. Esto reside en la estructura de los deberes.

Para un caso famoso que no necesite ser presentado demasiado, echaremos mano del caso Lederspray¹⁵. El problema de las *decisiones colegiadas*, enlazado a esto, será tratado más abajo. El *BGH* ha disimulado las fronteras de los ámbitos de responsabilidad de un administrador a través del principio de Derecho societario de la «responsabilidad general y competencia total de la dirección empresarial»¹⁶ (sin embargo, para situaciones de crisis y de excepción, el Derecho penal rara vez tiene algo que hacer con las otras ramas). Esto vale horizontal y verticalmente. «Incluso una estructura organizacional interna de la empresa que, en el plano de la dirección empresarial, genere extendidas relaciones societarias entre superiores y subordinados, no modifica fundamentalmente nada en la responsabilidad vinculada a los roles de conducción empresarial»¹⁷. El que uno de los directores «adapte una posición dominante, de manera que aparezca prácticamente excluida una decisión en contra de su voto»¹⁸, podría dejar presentar a los otros, marginados de esa figura central, como cómplices, si no existiera aquella nivelación normativa. Sus argumentos ya no son considerados desde la teoría de la autoría, sino «a lo sumo» desde la exigibilidad¹⁹. Esta tendencia hacia la autoría unitaria obedece —simplemente— a que, más allá de los criterios para la delimitación entre autoría y participación, depende aún de cómo son definidos los deberes y cuán ampliamente es trazado su círculo.

En los delitos de dominio no depende primariamente de la posición de deber, sino del dominio del hecho sobre el acontecer. Sólo es autor aquél que lo mantiene conscientemente en sus manos. Empero, corrientemente le es adjudicado un deber a quien tiene el dominio en general, de modo que ya no depende más del control sobre el proceso concreto. El centro de gravedad se desplaza desde el

¹⁵ *BGHSt* 37, p. 106.

¹⁶ *Ibid.*, p. 124.

¹⁷ *Ibid.*, p. 125.

¹⁸ *Ibid.*, p. 125.

¹⁹ *Ibid.*, p. 125.

dominio hacia el deber, con la consecuencia de que la diferenciación entre autoría y participación se vuelve insignificante según aspectos vinculados al dominio y la violación del deber conduce a la autoría. Esta conclusión es siempre extraída allí donde se tenga en cuenta un «modo de consideración fáctica». Éste es también su sentido. Quien (en general) domina fácticamente, debe ser igualmente obligado en el caso individual. El «directivo fáctico» es el prototipo (y lo mismo vale en el consorcio fáctico o fáctico-cualificado). Quien, según los criterios habituales, vendría en consideración primero como cómplice, se convierte en autor como consecuencia de que su poder fáctico se eleva al criterio jurídico de la posición de deber.

De esta manera es fundada dogmáticamente por el *BGH* la observación de la *defensa* de que las autoridades de la persecución penal tienden a equiparar la competencia surgida del organigrama con la responsabilidad.

La diferenciación entre dominio y deber se absorbe últimamente en el dominio sobre la organización.

3.4. DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

La autoría mediata en virtud del dominio de la organización se ha convertido en una forma propia de imputación. En el «caso de los guardianes del muro», por razones que son conocidas, el *BGH* ha equiparado en una frase al régimen injusto, a la mafia y a la criminalidad empresarial.²⁰ En la jerarquía del mando de la empresa se origina, como ha formulado ROXIN, «una cadena completa de autoría mediata»²¹ (para acentuar la estructura vertical, yo hablaría más bien de una «cascada» de autoría mediata). La diferenciación entre acción y omisión (esto es: dominio y deber) ya no tiene importancia. En la autoría mediata, normalmente, ya no depende de si el «instrumento» actuó él mismo delictivamente o si fue de buena fe. Viene a ser lo mismo la alternativa de la coautoría, según la cual una decisión común al hecho ausente o no acreditable es reemplazada por la «pertenencia a la misma empresa»²².

No toda criminalidad económica es criminalidad organizada, y viceversa. En el ámbito de la autoría y la participación, sin embargo, la diferencia (criminológica, político-criminal o como fuere) está nivelada, toda vez que depende únicamente del *faktum* y del significado jurídico de la «organización».

La exposición de ROXIN²³ de todos los «problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada» confirma que, dogmáticamente, se trata de imputar al «promotor» su rol exacto como autor, coautor, autor mediato o instigador.

²⁰ *BGHSt* 40. 218, pp. 236 y ss.

²¹ En *FS Grünwald*, p. 556.

²² TIEDEMANN, *Wirtschaftsstaftrecht*, n.m. 241.

²³ *Idem*.