Crímenes económicos, derecho penal y economía: prueba de diálogo[1]

Eleonora Montani

Sumario: **I.** Introducción. **II.** El concepto de eficiencia. **A.** La eficiencia iuseconomica. **B.** Los reflejos penales. **III.** La necesidad de una valoración empírica y la dificultad del método. **IV.** La investigación empírica en el derecho penal: la eficacia de la sanción. **V.** La criminalidad económica. **A.** Algunas premisas conceptuales. **B.** Algunas aplicaciones. **C.** El análisis económico del derecho penal en los crímenes económicos: los estudios realizados en ultramar. **VI.** Una investigación empírica. **VII.** Conclusiones.

I. Introducción

Los recientes sucesos en EE.UU. —la debacle de Enron, Arthur Andersen, Global Crossing[2], World Com y otros—; pero también en Europa y en Italia, con los casos

1 Título original: «Economic Crimes. Diritto penale ed economia: prove di dialogo», publicado en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Eonomia 18* (2005, pp. 909-936), traducido al español por Joseph du Puit.

2 Para reconstruir los escándalos estadounidenses, ver: Brickey, 2003a, p. 917; Coffee, 2002, p. 57; Gordon, 2003, p. 4; Michaels, 2004, p. 551; Oesterle, 2004, p. 443; Szott Moohr, 2003, p. 5.

Parmalat y Cirio[3], han reabierto el debate y estimulado nuevas reflexiones sobre la eficacia «reguladora» del mercado. Como reacción a estos escándalos, el Congreso americano ha aprobado, en 2002, la *Sarbanes-Oxley Act*[4] (en adelante SOX) y, en el mismo año, ha entrado en vigencia, en Italia, la reforma de los delitos en el ámbito de las empresas[5].

Las previsiones penales introducidas en el SOX[6] aparecen más generales si se les compara con los tipos legales de fraude previstos en el título 18 del Código

3 Mattei & Sartori, 2003, p. 167 y ss.; Onado, 2003, p. 501 y ss.; Pardolesi & Portolano, 2004, p. 193 y ss.; Rordorf, 2004, p. 567; Sapelli, 2004, p. 139.

4 *Sarbanes-Oxley Act* (30 de julio de 2002), 107 PL 204, § 1, 116 Stat. 745.

5 DLeg. 61 (11 de abril de 2002): «*Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, N.° 366*».

6 Sección 802. Criminal Penalties for Altering Documents
(a) In General.- *Chapter 73 of title 18, United States Code, is amended by adding at the end the following:*
«Sec. 1519. Destruction, alteration, or falsification of records in Federal investigations and bankruptcy Whoever knowingly alters destroys, mutilates, conceals, covers up, falsifies, or makes a false entry in any record, document, or tangible object with the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency of the UnitedStates or any case filed under title 11, or in relation to or contemplation of any such matter or case, shall be fined under this title, imprisoned notmore than 20 years, or both».
«Sec. 1520. Destruction of corporate audit records
(a)(1) Any accountant who conducts an audit of an issuer of securities to whichsection 10A(a) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78j-1(a)) applies, shall maintain all audit or review workpapers for a period of 5 years from the end of the fiscal period in which the audit or review was concluded.
(2) The Securities and Exchange Commission shall promulgate, within 180 days, after adequate notice and an opportunity for comment, such rules and regulations, as are reasonably necessary, relating to the retention of relevant records such as workpapers, documents that form the basis of an audit or review, memoranda, correspondence, communications, other documents, and records (including electronic records) which are created, sent, or received in connection with an audit or review and contain conclusions, opinions, analyses, or financial data relating to such an audit or review, which is conducted by any accountant who conducts an audit of an issuer of securities to which section 10A(a) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78j-1(a)) applies. The Commission may, from time to time, amend or supplement the rules and regulations that it is required to promulgate under this section, after adequate notice and an opportunity for comment, in order to ensure that such rules and regulations adequately comport with the purposes of thissection.
(b) Who ever knowingly and willfully violates subsection (a)(1), or any rule or regulation promulgated by the Securities and Exchange Commission under subsection (a)(2), shall be fined under this title, imprisoned not more than 10 years, or both.
(c) Nothing in this section shall be deemed to diminish or relieve any person of any other duty or obligation imposed by Federal or State law or regulation to maintain, or refrainfrom destroying, any document».
Sección 807. Criminal Penalties for Defrauding Share holders of Publicly Traded Companies.
(a) In General.- *Chapter 63 of title 18, United States Code, is amended by adding at the end the following:*

estadounidense[7] y, probablemente, de más fácil aplicación debido a su flexibilidad. Además de la introducción de nuevos tipos legales, la SOX ha intervenido

«Sec. 1348. Securities fraud
Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice [--]
(1) to defraud any person in connection with any security of anissuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); or,
(2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any money or property in connection with the purchase or sale of any security of an issuer with a class ofsecurities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); shall be fined under this title, or imprisoned not more than 25 years, orboth».
Sección 902. Attempts and Conspiracies to Commit Criminal Fraud Offenses.
(a) In General.- *Chapter 63 of title 18, United States Code, is amended by inserting after section 1348 as added by this Act thefollowing:*
«Sec. 1349. Attempt and conspiracy
Any person who attempts or conspires to commit any offense under this chapter shall be subject tothe same penalties as those prescribed for the offense, the commission of which was the object of the attempt or conspiracy».
Section 906. Corporate Responsibility for Financial Reports.
(a) In General.- *Chapter 63 of title 18, United States Code, is amended by inserting after section 1349, as created by this Act, the following:*
«Sec. 1350. Failure of corporate officers to certify financial reports
(a) Certification of Periodic Financial Reports.- Each periodic report containing financial statements filed by an issuer with the Securities Exchange Commission pursuant to section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78m(a) or 78o(d)) shall be accompanied by a written statement by the chief executive officer and chief financial officer (or equivalent thereof) of the issuer.
(b) Content.- The statement required under subsection (a) shall certify that the periodic report containing the financial statements fully complies with the requirements of section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act pf 1934 (15 U.S.C. 78m (d)) and that information contained in the periodic report fairly presents, in all material respects, the financial condition and results of operations of the issuer.
(c) Criminal Penalties.- Whoever [--]
(1) certifies any statement as set forth in subsections (a) and (b) of this section knowing that the periodic report accompanying the statement does not comport with all the requirements set forth in this section shall befined not more than $ 1,000,000 or imprisoned not more than 10 years, or both; or,
(2) willfully certifies any statement as set forth in subsections(a) and (b) of this section knowing that the periodic report accompanying the statement does not comport with all the requirements set forth in this section shall be fined not more than $ 5,000,000, or imprisoned not more than 20 years, or both».

7 18 U.S. Code § 1001. St. atements or entries generally.
«(a) Except as otherwise provided in this section, whoever, in any matter within the jurisdiction of the executive, legislative, or judicial branch of the Government of the United States, knowingly and will fully [--]
(1) falsifies, conceals, or covers up by any trick, scheme, or device a material fact;
(2) makes any materially false, fictitious, or fraudulent statement or representation; or
(3) makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any materially false, fictitious, or fraudulent statement or entry;

incrementando de manera significativa las sanciones previstas para determinados delitos existentes en materia de criminalidad económica[8], una respuesta que ha colocado decisivamente a la sanción penal en el centro del escenario.

Siguiendo una directiva de desarrollo de hecho divergente, la reforma italiana[9] ha retomado los tipos legales tradicionales agregando nuevos elementos en la construcción del tipo legal, con la consecuencia de reducir, en tal modo, el ámbito de aplicación de los mismos tipos. El legislador, además, ha intervenido reduciendo drásticamente el espectro sancionador[10].

Las perspectivas de desarrollo delineadas aparecen, pronto, profundamente diferentes, por no decir diametralmente opuestas: la cuestión planteada sobre la opción óptima en una perspectiva de prevención y eliminación de la criminalidad económica.

Resulta claro que una discusión sobre la eficacia de la sanción penal en relación con la criminalidad económica o una propuesta de sustituir la sanción criminal con una medida de tutela alternativa no se presenta, en la actualidad, sobre

---

Shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years or, if the offense involves international or domestic terrorism (as defined in section 2331), imprisoned not more than 8 years, or both. If the matter relates to an offense under chapter 109A, 109B, 110, or 117, or section 1591, then the term of imprisonment imposed under this section shall be not more than 8 years.
(b) Subsection (a) does not apply to a party to a judicial proceeding, or that party's counsel, for statements, representations, writings or documents submitted by such party or counsel to a judge or magistrate in that proceeding.
(c) With respect to any matter within the jurisdiction of the legislative branch, subsection (a) shall apply only to [--]
(1) administrative matters, including a claim for payment, a matter related to the procurement of property or services, personnel or employment practices, or support services, or a document required by law, rule, or regulation to be submitted to the Congress or any office or officer within the legislative branch;
(2) any investigation or review, conducted pursuant to the authority of any committee, subcommittee, commission or office of the Congress, consistent with applicable rules of the House or Senate.

8 A manera de ejemplo, la Section 903. Criminal Penalties for Mail and Wire Fraud.
«(a) Mai l Fraud.- Section 1341 of title 18, United States Code, is amended by striking «five» and inserting 20.
(b) Wire Fraud.- Section 1343 of title 18, United States Code, is amended by striking «five» and inserting 20.

9 Para una primera lectura de la reforma, cfr. Alessandri, 2002, p. 79.

10 El título XICC, comprendiendo los artículos 2621 al 2642, ha sido sustituido por el artículo 1 del DLeg. 61 del 11 de abril de 2002. Sucesivamente, los artículos 2621 y 2622, concerniendo respectivamente la regulación en materia de «falsedad de comunicaciones empresarial» y «falsedad de comunicaciones empresariales en perjuicio de la empresa, de los socios o de los acreedores», han sido reemplazados por el artículo 30 de la ley 262 del 28 de diciembre de 2005. Esto último no ha aportado sustanciales modificaciones a los tipos legales ya existentes y seguramente no ha significado un cambio de dirección en los criterios de decisión del legislador.

bases suficientemente sólidas. En efecto, las indagaciones teóricas, en especial en la doctrina italiana, abordan la problemática en una óptica exquisitamente «cualitativa»: a esto se adiciona que indagaciones empíricas, relativas a la eficacia de las sanciones penales dirigidas a disciplinar la actividad económica, resultan ser totalmente inexistentes[11].

II. Concepto de eficiencia

El asunto, propio al análisis económico del derecho, según el cual el hombre es racional y maximalista de sus necesidades, pone necesariamente como fundamento de la escala de los valores del iuseconomista la eficacia económica[12]. Todo esto se traduce en un análisis dirigido a valorar la eficacia interna de las reglas jurídicas, para responder a la demanda de asignación eficaz de los recursos, en términos de logro del fin disuasivo, que los iuseconomistas consideran como objetivo primario del derecho penal. El análisis económico del derecho, aplicado al derecho penal, puede ser útil, en una perspectiva dogmática, como instrumento de valoración de la coherencia del sistema sancionador respecto a los objetivos perseguidos mediante la amenaza y la imposición de la pena y, en una perspectiva de *lege ferenda* de política criminal, como instrumento de formulación de proposición de reforma del sistema mismo. Se trata de valorar, según la conocida fórmula de Becker[13], perfeccionada con los estudios realizados en la materia, la correcta relación entre certeza y severidad de la sanción; de individualizar la sanción más eficiente en términos de costos-beneficios entre aquellos aplicables (de la pena pecuniaria a la medida restrictiva de la libertad hasta las «sanciones propias a perjudicar la reputación») y muchas otras.

El criterio de eficacia viene, entonces, comprendido como «idoneidad», científicamente pronosticada *ex ante* y empíricamente verificada *ex post*, para inhibir los comportamientos socialmente disfuncionales realizando un beneficio social sensiblemente superior al daño social que el delito produce[14]. En otras

11 Para un tratamiento de las problemáticas relativas a tales carencias, más en general, las relaciones entre actividad de la empresa y responsabilidad penal, cfr. Alessandri, 2005, p. 538.

12 «La indicación que el análisis económico del derecho proporciona es la de preferir, entre las diversas posibilidades de un cierto fenómeno, aquella que produce los resultados más eficientes (esto es, aquella que aumenta al máximo el bienes social total)» (Denozza, 2002, p. 3). Para un reconocimiento de las intepretaciones iuseconómicas del concepto de eficiencia, cfr. Zerbe, 2001, p. 147; Posner, 1992, p. 12 y ss.

13 Becker, 1968, p. 169; Becker & Landes, 1974, pp. 1-54.

14 Paliero, 1990, p. 447.

palabras, más marcadamente económicas, se trata de internalizar la externalidad negativa producida por la conducta criminal.

Condiciones de validez para continuar esta reflexión es que el derecho penal sea concebido como instrumento de control social: «la criminalización se legítima solo sobre la base de una prueba (o claramente pronosticada) efectiva de la pena respecto al fin escogido y no simplemente por la probada inefectividad de los instrumentos del control social»[15].

En esta perspectiva, el principio de eficacia afirma la propia autonomía funcional y se agrega, interactuando, a justicia y equidad —principios cardinales del derecho penal— cual ulterior aproximación analítica en una perspectiva exegética de política criminal[16].

Otra cuestión es valorar, todavía, si la eficacia económica —entendida como asignación eficaz en abierta contradicción con la que se quiera considerando la índole distributiva vinculada a instancias de justicia sustancial y de equidad[17]— pueda ser considerada por el jurista un valor en sí[18]. Una solución jurídica eficiente no es necesariamente equitativa y/o justa, mientras que una solución equitativa y/o justa puede no ser eficiente, según una prospectiva iuseconómica[19]. Justicia y equidad, entonces, actúan, en una óptica penal, como límites a la utilidad en la orientación de la selección de política criminal: «La política criminal se ocupa de la cuestión de cómo debe ser estructurado el derecho penal para satisfacer

15 Paliero, 1990, p. 446.

16 Forti, 2000, p. 91 y ss.

17 Hirsh, 1999, pp. 6-11; Denozza, 2002, p. 7 y ss.

18 Cfr. Cooter, 1989, p. 817. Por su parte, Mattei y Monateri sostienen que: «Presupuesto fundamental del análisis económico es que la justicia, tradicional estrella polar del jurista, sea un criterio no idóneo al fundamentar un discurso científico sobre la organización social. Tal criterio se presenta excesivamente subjetivo. El análisis económico del derecho propone al respecto de sustituir al criterio de justicia por el de eficiencia. Una norma jurídica, una decisión judicial o una doctrina serían escogidas o preferidas no por ser "más justas" sin por ser "más eficientes". En el plano descriptivo, el análisis económico del derecho enseña a considerar y a valorar los costos sociales de cada regla y de cada decisión institucional. Enseña a ver quién soporta estos costos, quiénes son los favorecidos y los perjudicados de cada escogimiento público. Una regla ineficiente es aquella que permite alcanzar cierto objetivo social a un precio mayor del que representa una posible alternativa» (1997, p. 86). En contra, Polinsky y Shavell (1998, p 223 y ss.) han sostenido la necesidad de integrar en la ecuación de criminalidad una variante equitativa, grandeza que se puede parametrar en relación a la entidad del daño ocasionado por el agente-ofensa, al grado de culpabilidad y del riesgo de apliación de la pena a sujetos inocentes. De tal modo, según los autores, los cosocios llegarían a percibir la sanción como justa.

19 En realidad, equidad y eficiencia están mucho más relacionadas de lo que aparece a primera vista. Para profundizar sobre el análisis de las interrelaciones entre los dos conceptos en la perspectiva de lectura iuiseconómica, véase Mattei & Monateri, 1997, p. 20 y ss.

mejor su función de tutela de la sociedad. La política criminal se interesa de las causas del delito; se preocupa cómo los elementos de los tipos legales deben ser concebidos para adecuarse a la realidad del crimen; busca determinar la eficacia de las sanciones empleadas por el derecho penal; valora hasta qué punto el legislador está legitimado para extender el derecho penal de modo que la libertad del ciudadano sea restringida más allá de lo que es absolutamente necesario; verifica que el derecho penal sustancial sea configurado de manera tal que pueda ser aplicado en el proceso. Si la política criminal, como toda otra ciencia, es libre en su propio campo de investigación y sujeta solo a la verdad, la realización de los fines legislativos por ella determinados tiene ciertos límites. No todo lo que es útil es justo. Como parámetros de la justicia en política criminal debe asumirse ante todo el principio de culpabilidad, los principios del Estado de derecho y el principio de humanidad»[20].

El principio de efectividad, por tanto, puede dar la propia contribución en una perspectiva de política criminal contextualizada en una progresión exegética donde, después de haber individualizado la conducta del sujeto activo como merecedora de pena y después de haber indicado la sanción penal como necesaria a la luz de la disconformidad de los instrumentos alternativos, cuyo valor debe ser sometido a un examen científico y riguroso del todo ausente en las recientes reformas legislativas[21], interviene para verificar si la decisión de incriminar responde a un criterio de asignación eficaz de los recursos, proyectando la posibilidad, racionalmente aceptable y empíricamente verificable, de alcanzar el objetivo perseguido[22].

Desde el punto de vista del legislador, del juez y del jurista, dedicarse a verificar si una norma es, además de justa y equitativa, también iuseconómicamente eficiente, puede constituir —en términos de política criminal— un argumento más a favor de la solución de la cuestión. No necesariamente, luego, el juez y el jurista deberán adoptar la solución más eficiente en términos económicos, contrastada con ulteriores principios considerados prevalentes.

---

20 Jescheck & Weigend, 1996, citados por Forti, 2000, pp. 99-100.

21 Ver el texto de reforma de los delitos empresariales ya citado (DLeg. 61, del 11 de abril de 2002, «*Disciplina degli illeciti penali eamministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, N.º 366*»); las recientes disposiciones en materia de abuso de mercado (artículo 9, «*Recepimento della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativo al abuso de información privilegiada y a las manipulaciones del mercado, y las directivas de la Comisión de actuaciones 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE*», legge 62, del 18 de abril de 2005); y, por último, la ley sobre la tutela del ahorro (legge 262, del 28 de dicembre de 2005, «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari»).

22 Paliero, 1990, p. 461 y ss., con referencia especial a la p. 506 y ss.

A. La eficacia iuseconómica

¿Pero cuál es el concepto de eficacia económica propio del iuseconomista? En términos de una simplificación extrema, con un análisis que solo puede ser tratado someramente, procederé a delinear un cuadro sintético del rico panorama de los estudios existentes.

Sobre la base del criterio propuesto por Pareto[23], una situación se considera eficiente cada vez que no es posible configurar ningún tipo de cambio idóneo para mejorar la posición de alguien sin empeorar la de un tercero[24]; es decir, los recursos son distribuidos de manera tal que cualquier otra distribución se revelaría desventajosa para al menos uno de los sujetos operando en el mercado. La evolución de esta perspectiva, llamada «optimización paretiana», es aquella de la superioridad paretiana, en la cual una atribución de los recursos es más eficiente —o «*Pareto superiore*»—, respecto a una diversa atribución, si al menos un individuo está mejor que antes y ninguno otro está peor. Se habla, en los casos antes ilustrados, de «eficacia paretiana» o de «situaciones Pareto-eficientes».

Sobre la base de un segundo criterio, denominado de Kaldor-Hicks[25], deberían considerarse como mejores también aquellos cambios capaces de acarrear a ciertos sujetos ventajas mayores de los daños ocasionados a terceros; todo esto sin que, en concreto, ventajas compensen efectivamente las desventajas, en cuyo caso, en efecto, se recaería en el criterio de la eficiencia paretiana[26].

B. Los reflejos penales

El cuestionamiento, para el penalista, debería orientarse, entonces, en el pronóstico de eficacia de cierto conjunto de reglas, precedido de sanciones, en el sentido de su capacidad de imponerse como cánones de comportamiento, explicando efectos disuasivos y persuasivos; y, una vez comprobada la violación de la norma, la eficiencia es comprendida como aplicabilidad concreta de la sanción conminada a un número importante de casos.

23 Pareto, 1906, p. 356.

24 «Diremos que los componentes de una colectividad gozan, en una determinada situación, de una búsqueda de maximizar sus beneficios, cuando es imposible alejarse poquísimo de aquella posición beneficiando, o perjudicando, a todos los componentes de la colectividad, cada pequeñísimo desplazamiento de esa posición comportando necesariamente de beneficiar a una parte de la colectividad y de dañar a otra» (Pareto, 1906, p. 357).

25 Kaldor, 1939, p. 549; Hicks, 1939, p. 696.

26 Kaldor, 1939, p. 551; Hicks, 1939, p. 706.

Los dos momentos delineados se entrecruzan estrechamente, dependiendo de la eficacia intimidadora de la percepción del riesgo (o sea de la probabilidad adversa) de aplicación de la sanción. Se recupera así un concepto unitario de efectividad del fin alcanzado en orden a la valoración del biunívoco vínculo de congruencia entre medio/pena y fin/tutela, y se reconduce a una prospectiva preventiva el papel del precepto.

A consideraciones de esta orientación se tiene como corolario, en virtud del principio de subsidiaridad del uso del instrumento penal, valoraciones en términos de posibilidad de recurrir a medidas alternativas, eficaces y practicables para afrontar las patologías de la actividad de empresa —sector que aquí nos ocupa— que no pueden faltar en una perspectiva integrada de política criminal, a riesgo de alentar una restructuración miope del sistema puesto en manos de una diosa vendada[27].

III. La necesidad de una valoración empírica y la dificultad del método

El modelo económico del crimen supone, de manera bastante simplificada, que un individuo decide dedicarse a una actividad ilícita valorando de manera racional los costos y los beneficios que tal decisión comporta. En dicho proceso de decidir, es precisamente la acción disuasiva del sistema de justicia penal la que asume un papel fundamental.

De acuerdo con este esquema analítico y disponiendo de dimensiones mesurables, representativas de las variables de disuasión y de los factores socioeconómicos relevantes, se puede tratar de delinear un modelo empírico utilizable para describir el funcionamiento de la norma, destinada a prever los éxitos en razón de los objetivos de la norma misma, según un paradigma pronóstico-diagnóstico.

No obstante las afirmaciones del principio, dirigidas a destacar la utilidad y la necesidad de una valoración empírica para verificar los efectos disuasivos generales

27 La confusión en la que cae el legislador en este sector, además de un diseño coherente y unitario de política criminal que lo guíe al momento de legislar, son los estudios empíricos en la medida que indican la vía a seguir para lograr la asignación eficaz de los recursos punitivos que aparecen en las previsiones en materia de *market abuse* (artículo 9, legge 62, del 18 de abril de 2005), en el cual la sobrepuesta de sanciones penales y administrativas conforman un conjunto de normas entrecruzadas creando un enredo interpretativo difícil a resolver (artículo 9, «*Recepimento della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato —abusi di mercato— e delle direttive della Commissione di attuazione 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE*» (legge 62, del 18 de abril de 2005).

del sistema de justicia penal[28], el análisis empírico desempeña un papel hasta ahora marginal. Numerosas son las razones que concurren para explicar tal paradoja: la dificultad objetiva vinculada a la investigación empírica, demasiado lejana de la mentalidad común de los estudiosos del derecho; los altos costos para establecer los datos; la escaza disponibilidad de los mismos; la complejidad de la búsqueda; la mayor consideración que la investigación teórica goza en el ámbito académico en relación con la empírica[29]. En pocas palabras, según Friedmann, «la investigación empírica constituye un trabajo arduo»[30].

Indudable es, aún, la utilidad del estudio empírico, el cual puede proporcionar indicaciones en el plano de la optimización efectiva de las sanciones, comprobando los modelos teóricos del comportamiento criminal y los efectos de la probabilidad y severidad de la sanción. Pero aún en el plano de la *ratio* de la sanción misma y de la exégesis de las normas jurídicas, entendida como conjunto de procesos interactivos y de decisiones mediante las cuales las normas son aplicadas[31], contextualizando y completando tal panorama con la valoración de los beneficios y costos de la actividad legal e ilegal, del mismo modo son innegables los problemas metodológicos connaturales a tal aproximación.

Los estudios econométricos del delito se fundamentan, en primer lugar, en la constatación que los individuos tienen preferencias constantes. Tal presupuesto, derivado de la teoría de la decisión racional colocada como fundamento de los estudios económicos del derecho, distingue los estudios «criminométricos» de la mayor parte de los estudios criminológicos y es consecuencia del empleo, en los trabajos empíricos, de los datos agregados: serie histórica o datos longitudinales relativos a cocientes de criminalidad, variabilidad de persuasión e indicadores socioeconómicos medidos para un específico país, región o ciudad, que imponen, en el paso de la oferta individual a la oferta agregada, abstracciones y generalizaciones. Al axioma del hombre racional se objeta, en efecto, que no todos los sujetos llegan a cometer un crimen mediante un iter de reflexión influenciable por la amenaza de una sanción (teoría de la decisión racional). Además, existen circunstancias en las cuales para el agente es objetivamente imposible decidir de forma racional, debido a la insuficiencia de informaciones en su poder o las de las incorrecciones de estas.

28 «No basta que el legislador traduzca en palabras precisas el sentido conceptualmente comprensible de sus decisiones punitivas, si luego su contenido queda en el aire sin reflejar una fenomología verificable por la experiencia y/o con leyes científicas» (Marinucci, 1985, p. 196 y ss.). Cfr. también Alessandri, 2005, p. 551; y Forti, 2000, p. 41 y ss.

29 Heise, 1999, p. 807 y ss.; Landes, 2003, p. 167.

30 Friedman, 1986, pp. 779-780.

31 Forti, 2000, p. 117 y ss.

En estos casos, en los que el sujeto obra de manera irracional o impulsiva, como en el caso de sujetos equivocados, el precepto penal mismo deviene ineficaz[32].

Sin embargo, por las limitaciones de los análisis empíricos referidos, los trabajos a nivel individual son muy poco difundidos. Los motivos son diversos, pero indudablemente uno de los elementos fundamentales está constituido por los elevados costos necesarios para la búsqueda y gestión de los datos representativos de la población en general[33].

Los estudios empíricos aplicados a la criminalidad encuentran sustancialmente la misma dificultad que caracteriza las áreas de investigación más tradicionales, con la salvedad de la peculiaridad del sector.

En cuanto a los problemas que surgen para la identificación de la ecuación de la criminalidad, puede establecerse una relación bidireccional entre las tasas de criminalidad y la variabilidad de la severidad y de la probabilidad de la sanción. Incluso, existen posibles errores de medición: la variable dependiente de una ecuación de la criminalidad es representada, en la mayor parte de los casos, por el cociente de criminalidad, global o específico, para un tipo legal de delito, definido como el vínculo entre el número de los delitos denunciados y la población residente en una determinada área. Tal función no tiene en cuenta las «cifras oscuras» (número de delitos que no son denunciados)[34] y a esto se agrega que frecuentemente los datos conciernen solo a las personas condenadas.

Además, cuando se utilizan datos agregados para estimar una ecuación de criminalidad, el individualizar los componentes empíricos de las variables sugeridas por la teoría constituye un posible error. Variantes relevantes pueden ser individualizadas en los más heterogéneos fenómenos[35] y esto comporta, además de la dificultad de individualización y selección de los indicios representativos, el riesgo de omitir en el análisis algunos determinantes significativos[36].

32 Forti, 2000, p. 132 y ss.

33 Marselli & Vannini, 1999, pp. 163-164.

34 Forti, 1985, p. 53 y ss.; Forti, 2000, p. 128 y ss.

35 En esta perspectiva pueden de hecho incidir los gustos y las preferencias individuales, las propensiones a respetar las normas, las características personales, el accionar del sistema judicial, las oportunidades legales, el contexto social, el funcionamiento de la economía, etc. Para muchos de estos factores, como la influencia de las normas y los gustos personales, es bastante difícil identificar variables demostrables; sin embargo, en los otros casos son mayores las probabilidad de demostración. Si bien la versatilidad y la pluralidad de estas variables permiten garantizar una actuación en mayor libertad, adolescen de un fuerte grado de arbitrariedad. Cfr. Marselli & Vannini, 1999, p. 174; Makkai & Brathwaite, 1993, p. 271.

36 Eide, 2000, p. 345 y ss.

IV. La investigación empírica en el derecho penal: la eficacia de la sanción

El tema de la eficacia y de la efectividad de las sanciones punitivas es central en un sistema que —nunca tanto como ahora— vive una contradicción entre severidad de fachada e indulgencia de sustancia[37]. Esto ha sido escasamente investigado por la doctrina italiana, concentrada esencialmente sobre problemáticas conectadas a las particulares instituciones de derecho sustantivo, procesal y penitenciario. Tales carencias se acentúan si se supera el nivel de análisis puramente teórico para dirigirse hacia la investigación empírica, de modo que la efectividad de los modelos punitivos son abstractamente previstos por el legislador en el momento en que los mismos son concretamente aplicados.

Estos temas son aún centrales en la búsqueda de un fundamento racional del sistema sancionador, indispensables para alcanzar el objetivo de disuadir de manera eficaz y económica a los sujetos que efectúan comportamientos criminales.

La sanción penal padece una crisis de identidad científica y los embrionarios estudios empíricos han evidenciado cómo el factor decisivo para la denominada función de orientación del derecho penal es representado, actualmente, no tanto por el sistema de preceptos que deben garantizar la efectividad, ni por la *ratio* de la pena; sino por la certeza y la severidad de las penas materialmente impuestas. En esta perspectiva, el análisis económico de la sanción constituye un argumento central de la doctrina sobre el análisis económico del derecho penal, cuyo objetivo es evitar la comisión de actividades criminales. El papel del análisis económico del derecho penal es la identificación, de entre las diversas sanciones posibles, aquella que sea «esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibles en la circunstancias dadas, proporcionada a los delitos»[38], aquella económicamente eficiente en términos de asignación de recursos y de aumento al máximo del bienestar social.

Prescindiendo entonces, como se ha indicado, de consideraciones distributivas en beneficio de una aproximación meramente indicadora[39] —de aplicación del

37 Las contribuciones de la doctrina sobre el tema de la crisis del sistema sancionador son numerosísimas, considerada también la pluralidad de las claves de lectura utilizables para profundizar tal argumento. Cfr. Di Giovanni, 2001, p 37 y ss.; Dolcini, 1999, p. 857 y ss.; Eusebi, 1993, p. 493 y ss.; Giunta, 1998, p. 414 y ss.; Maccora, 2000, p. 221 y ss., y 1999, p. 1091 y ss.; Marinucci, 2000, p. 160 y ss.; Neppi Modona, 1995, p. 315 y ss.; Padovani, 1992, p. 419 y ss.; Paliero, 1992a, p. 510 y ss.; Pittaro, 1998, p. 3 y ss.; Presutti, 1998, p. 57 y ss.

38 Beccaria, 1973, p. 133.

39 Denozza, 2002, p. 7 y ss.

concepto económico de externalidad al derecho penal[40]—, el límite de la actividad preventiva será fijado en la relación entre los costos sociales asociados a la intervención punitiva y aquellas que logra la comisión de delitos[41]. El escoger las sanciones más eficientes está en relación con el objetivo que el análisis económico fija al derecho penal. Este objetivo puede consistir en la disminución de los costes directos (costos producidos por la actividad criminal) y en los costes de administración del sistema de justicia penal (los costos de la actividad policial, de los jueces, del sistema penitenciario, etc.).

Aún para responder de manera satisfactoria dicho propósito e individualizar, fuera de dudas, la decisión punitiva óptima, es necesario, paralelamente, valorar las opciones ofrecidas por otras ramas del derecho y volver a admitir, dada la peculiaridad del sector investigado, consideraciones distributivas[42] que no pueden dejarse de considerar en una perspectiva de análisis integrada.

Para proceder, según la directiva así delineada, hará falta evaluar la posibilidad de aplicar el análisis económico a categorías de la dogmática propia al derecho penal, de por sí pleno de juicios de valor. Tal operación, desde una perspectiva sistémica, es fundamental en la búsqueda de una clave de lectura común dirigida a reconducir a la unidad los múltiples abordajes argumentativos de esta cuestión. Haciendo comparaciones diferentes y desarrollando un lenguaje que individualice categorías homologas y permita valorar en paralelo la eficacia alternativa y/o acumulativa de los modelos sancionadores posibles, sean los procedentes del derecho penal, del derecho civil y del derecho administrativo[43].

V. La criminalidad económica

A. Algunas premisas conceptuales

En el modelo clásico del análisis económico del derecho[44], se afirma que los potenciales criminales son desanimados de cometer un delito por el aumento

40 Becker, 1974, pp. 24-27. Coleman (1985, p. 313 y ss.) profundiza la comprensión del concepto de externalidad en el derecho.

41 Becker, 1974, pp. 14-18. Ver al respecto, también, Klevorick, 1985, p. 289 y ss.

42 Cfr. cuanto se ha dicho supra, § 2, respecto de las relaciones entre el concepto de utilidad iuseconómica y los principios de justicia equitativa; además, § 5 sobre la *Behavioral Law and Economics*. En cuanto a las diferentes valoraciones de la entidad optimal de la sanción, cfr. Hlyton, 2005, p. 180 y ss.

43 Sobre una tentativa de análisis en tal sentido, cfr. Paliero, 2006, p. 539 y ss.

44 Becker ha extendido el «*teorema di Coase*» (Coase, 1960) al Derecho Penal evidenciando cómo el delito representa un costo social, independiente del perjuicio cometido a la víctima; en el análisis de las *optimal policies* frente a la criminalidad, considerada como parte del vasto discurso

de la probabilidad de ser capturados y condenados, también por la severidad de la sanción; ya que estos factores reducen la utilidad misma del desarrollo de la actividad criminal. Nuestro criminal racional tiende a llevar al máximo el propio bienestar (*Homo economicus*), balancea los costos y los beneficios del crimen y, además, se encuentra perfectamente informado en relación al riesgo propio a la actividad criminal, por lo que mantendrá el comportamiento ilícito mientras que los beneficios, que presume proceden del mismo comportamiento, sean superiores a los costos. En términos técnicos, la tesis de la disuasión —comprendida como reacción sicológica a la tendencia criminal (prevención general, denominada negativa, intimidación o persuasión)[45] y bajo forma de orientación cultural de las conductas del colectivo social (prevención general, llamada positiva)[46]— sostiene que la oferta del crimen es elástica respecto a la sanción. De modo que, aumentando los recursos que la sociedad destina al arresto, a la condena y a la punición del criminal, pueda reducirse el número de delitos cometidos y los costos sociales consustanciales al daño causado por aquellos[47].

Trabajos teóricamente más elaborados[48], usando un modelo de asignación del tiempo entre la actividad criminal y la lícita, indican que otros factores económicos pueden tener efectos sobre la actividad criminal, tales como la renta proveniente del empleo del tiempo en una alternativa actividad lícita, el provecho de la actividad criminal y la posibilidad de ocupaciones. En este modelo, un aumento del salario, una disminución proveniente de la actividad ilícita y un incremento de probabilidad y severidad de la sanción se dirigen a desanimar al individuo de iniciar una actividad criminal.

---

relativo a la estrategía de asignar recursos, el autor estima óptimas las estrategias penales que permiten disminuir las pérdidas producidas por la comisión de un delito y propone una explicación de la conducta criminal mediante la aplicación de la tradicional teoría económica del escogimiento racional en el ámbito. Cfr. Becker, 1974; Ulen, 2000, p. 790 y ss.

45 «Según este modelo sicológico, se presume que un hombre es un ser racional que, antes de actuar, sopesa los pro y los contra de la decisión delictuosa: este balance entre ventajas y desventajas debe ser resuelto en el sentido de una renuncia al delito, cada vez que la perspectiva de sufrimiento, que se asocia a la representación mental de la pena, supere la atractividad de las posibles ganancias relacionadas al delito (amenaza de la pena como incentivo sicológico al incentivo)» (Fiandaca & Musco, 2001, p. 661).

46 «De acuerdo con esta idea, la fuerte desaprobación social, de la cual la amenaza de la imposición de la pena es el simbolo, favorece y estabiliza la identificación de la mayoría de personas con el sistema de los valores protegido por el sistema jurídico. El temor de poder ser sancionado obraría, de hecho, también inconcientemente, como factor que facilita en cada uno de nosotros la formación de un Super-yo (conciencia moral) respetuoso de los mandatos legales» (Fiandaca & Musco, 2001, p. 662).

47 Cooter & Ulen, 2004, p. 484.

48 Ehrlich, 1972, p. 259; Ehrlich, 1973, p. 521; Ehrlich, 1974, p. 68.

Contituyen premisa de tales estudios, por ejemplo, que tanto la actividad criminal como las actuaciones lícitas no son decisiones recíprocamente excluyentes; antes bien, constituyen un *continuum* de actividad legal e ilegal generadora de ganancias. Muchos criminales se dedican a trabajos legales e ilegales, realizándolos simultáneamente (de manera concurrente); esta superposición sugiere una interacción fluida y dinámica entre las dos actividades[49].

El enlace entre el crimen y el trabajo legal implica un contrabalanceo, por un lado, entre los provechos del crimen y los costos de la sanción; y, por otro, entre el trabajo lícito, los gustos y preferencias respecto a cada tipo de actividad.

Ulteriores desarrollos a lo largo de la directiva así individualizada han conducido al iuseconomista —cuyos esfuerzos buscan asimilar el *Homo economicus* al hombre real—, a acoger, desde una perspectiva integradora del análisis económico, disciplinas como la sociología, la psicología, la antropología y, en el ámbito de la aplicación del análisis económico al derecho penal, a la criminología. Tales premisas han conducido, en la segunda mitad de los años noventa, al desarrollo de una nueva aproximación denominada «*Behavioral Law and Economics*»[50].

El método behavioral revela los aspectos peculiares del hombre real y busca reconducir, con el aporte de las disciplinas antes indicadas, variables inteligibles al análisis económico del derecho. Efectuado este recorrido, devienen grandezas ponderables; por ejemplo, los límites propios de aquello que podremos llamar el *Homo criminalis* mediante el método del análisis económico aplicado al derecho penal[51].

Este último asunto, valorado a la luz de la dinámica del consenso social[52], reconduce el precepto, comprendido como canon de comportamiento, a la centralidad que le es propia, señalando la necesidad de formular normas con fines preventivos de modo tal que converjan y estimulen una adhesión consciente por parte del colectivo social.

---

49 Este aspecto asume una importancia particular aún en el campo de la criminalidad económica.

50 Precursor del análisis behavioral fue Herbert Simon, economista que, a mitad de los años cincuenta, se ocupó, introduciendo correctivos, de la teoría de las preferencias y de las decisiones de selección del consumidor (Simon, 1955, p. 99); esa teoría ha sido sucesivamente retomada y aplicada al análisis económico del derecho (cfr. Sunstein, 2000; véase, además, Gottfredson & Hirschi, 1990, p. 85; Harrison, 2002, pp. 452-521; Laibson, 1997, p. 443; Polinsky & Shavell, 2000, p. 1 y ss.; Robinson & Darley, 2004, pp. 173-205; Wilson & Abrahamse, 1992, p. 359.

51 Límites que pueden ser fijados en la facultad cognitiva, en la tendencia a dejarse influenciar mayormente por perspetivas de corto plazo (Jolls, Sunstein & Thaler, 1998b, p. 1593 y ss.) y, aún, en la incidencia de las normas interiorizadas en el proceso motivacional (Eide, 1994). Con relación a la criminalidad económica, cfr. Kahan, 1997b, p. 349.

52 Cfr. Paliero, 1992a, p. 239, en el análisis económico del derecho. Además, cfr. Kahan, 1998, p. 609.

El mismo Becker ha destacado recientemente, de otra parte, cómo el análisis económico no varía del presupuesto que los individuos sean motivados solo por el egoísmo o el provecho material, sino de la consideración que los mismos tienden a aumentar al máximo el propio bienestar como ellos lo perciben, actuando, además, condicionados por vínculos de ganancia, tiempo, memoria y capacidad analítica, así como por los límites relacionados a la disponibilidad de recursos y oportunidad[53]. Además, dicho autor ha destacado que por «racionalidad» del comportamiento criminal no se debe comprender solo el «materialismo», sino que es necesario considerar que muchos individuos obran bajo el influjo de consideraciones morales y éticas, a las que se agregan los determinantes ya evidenciados del medioambiente económico y sociocultural, por lo cual tales sujetos no cometen delitos aun cuando esto fuera económicamente sin riesgo[54].

Volviendo, entonces, a expresar en términos más estrictamente económicos, según las indicaciones modificadas por un análisis behavioral, aparece oportuno integrar el modelo original de Becker con las variables subjetivistas, adecuadamente parametradas, sobre los comportamientos originarios de la fórmula indicada que tengan en cuenta las particularidades del *Homo criminalis* antes destacadas[55].

B. Algunas aplicaciones

El paradigma del *Homo economicus* encuentra su campo de prueba natural en la criminalidad económica respecto a la cual es posible trazar, al menos en línea teórica, una perfecta correspondencia con la figura del *Homo criminalis*. La figura del reo racional que busca aumentar al máximo del propio provecho es fácilmente identificable con el autor de los delitos económicos *lato sensu*, en los cuales el obrar es gobernado por una valoración costos-beneficios de manera racional respecto al fin perseguido[56] y, en consecuencia, el comportamiento resulta ser flexible respecto a la oferta criminal.

53 Becker, 1996, p. 165 y ss. Versión revisada del discurso pronunciado el 9 de diciembre de 1992 en Estocolmo, con ocasión de la engrega del Premio Nobel. Originariamente publicado con el título *Nobel lecture: the economic way of looking at behavior*. Cfr. Becker, 1987, p. 15.

54 Becker, 2000, p. 170.

55 «El binomio central objetivamente orientado a la pena —relativo a la severidad (por tipo y medida) y la probabilidad de la aplicación de la sanción— va integrado con los componentes subjetivos, orientado hacía el autor, y representante tanto del componente estático de la sensibilidad individual ante la pena, como del componente dinámico de la propensión o tendencias» (Paliero, 2006, p. 545). Además, cfr. Klevorick, 1985, p. 289; Becker & Landes, 1974, p. 129; Eide, 2000, p. 346; Polinsky & Shavell, 1979, p. 880.

56 Sutherland, 1987, p. 135.

La doctrina más reciente, haciendo propias las consideraciones antes desarrolladas y remarcando cuanto ya ha quedado evidenciado en tema de incidencia de las normas interiorizadas sobre el proceso motivacional, ha subrayado la esterilidad de una política criminal guiada por la lógica meramente intimidatoria que utiliza, como único instrumento en la lucha contra la criminalidad, la exacerbación de las respuestas punitivas, haciéndose promotora de un derecho penal simbólico, caracterizado por elevados costos sociales y por una profunda incidencia en las cifras oscuras[57].

En esta óptica deben ser leídos algunos estudios en materia de criminalidad económica[58] que promueven el regreso decisivo a una ética de los negocios, reclamando la atención sobre la necesidad de aumentar mecanismos que puedan responder de modo eficiente a instancias de vigilancia y control y de instaurar círculos virtuosos que hagan menos apetecibles a los ojos de potenciales delincuentes la conducta ilícita, actuando así de manera preventiva respecto a la comisión de delitos[59]. Objetivo, este último, a perseguirse con instrumentos alternativos a aquellos propios del derecho penal, correspondiendo una atenta evaluación de la efectividad de los mismos.

Aunque, tal aproximación, caracterizado sobre la carta por una linealidad no común, se complica notablemente cuando nos avecinamos de hecho a la temática de la criminalidad de la empresa: delitos de índole económica son cometidos indiferentemente por individuos aislados y por organizaciones complejas (empresas, sociedades), cuya estructura en crecimiento exponencial vinculado a la difusa globalización evidencia una siempre mayor fragmentación de los centros decisionales y de control; las empresas mismas son, pues, frecuentemente víctimas de delitos económicos y aun, en numerosos casos, es difícil determinar el desvalor de la conducta y su lesividad (es decir, *insider trading*); no es olvidada, finalmente, la participación significativa de la criminalidad organizada en la criminalidad económica. En cuanto a esto último, parece oportuno destacar que el ámbito de indagaciones aquí considerado es circunscrito a los delitos cometidos en el contexto de la actividad de una empresa lícita, incluso sabiendo que un diseño de reforma del derecho penal de la economía no puede prescindir de afrontar

57 Forti, 2000, pp. 64, 236 y 404.

58 En particular, respecto a la ya citadas del SOX, cfr. Cunningham, 2002, p. 915 y ss.; Khanna, 2002, p. 1215 y ss.; Perino, 2002, p. 671 y ss.; Ribstein, 2002, p. 1 y ss. Con respecto al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cfr. Cohen & Alexander, 1999, p. 1 y ss.; Fischel & Sykes, 1996, p. 319; Friedman, 2000, p. 833; Khanna, 2004, p. 95 y ss.; Khanna, 1996, p. 1477; Lott, 2000, p. 492; Simpson, 2002, p. 89.

59 Este modelo de intervención llamado *enforcement pyramid* ha sido elaborado por Ayres y Braithwaite (1992). En el mismo sentido, cfr. Farrel, Chamard, Clark & Pease, 2000, p. 122.

la problemática de la criminalidad organizada, cuyos vínculos y conexiones con la actividad económica lícita son siempre evidentes[60].

Primera cuestión que se impone al análisis relativo al papel de asignar al derecho penal en relación con la actividad económica, sea que la sanción recaiga sobre el individuo, persona física, que obra en la empresa, sea que se aplique a la persona jurídica. La doctrina mayoritaria se pronuncia expresando amplias reservas sobre la eficacia persuasiva del instrumento penal en el contexto de la criminalidad económica, incluso señalando la carencia de estudios empíricos en este sector. Al lado de estos autores, se sitúan aquellos que, aunque escépticos ante una postura represiva, remarcan la imposibilidad de abdicar *in toto* al presidio penal, remarcando la necesidad de una reflexión profundizada en relación al significado, al papel de la sanción penal y a la selección de la sanción optima[61].

C. El análisis económico del derecho penal en los crímenes económicos: los estudios realizados en ultramar

Las aplicaciones del análisis económico al particular sector de la criminalidad económica ha tenido un importante impulso en los años noventa en razón de la introducción de la *US Government's Corporate Sentencing Guidelines*[62] dirigida a la empresa, que acogieron las indicaciones sugeridas por el empleo de este abordaje analítico-metodológico en los términos de selección de la sanción óptima[63], enfatizando el papel de las penas pecuniarias. Tales sanciones son consideradas por el iuseconomista, de forma tradicional, como instrumentos especialmente eficaces para combatir la criminalidad económica: por un lado, por que afectan un bien —el patrimonio— que el delincuente mismo considera valioso, en la mayoría de los casos, por fin de provecho; por otro lado, por que comportan un costo particularmente reducido para la sociedad, dirigiéndose a sujetos solventes[64].

60 Para una sumaria indicación del fenómeno, ver Alessandri, 2005.

61 Alexander, 2004, p. 20.

62 En 1991, fueron promulgadas las *Federal Sentencing Guidelines*, normas que formalizan criterios guías dirigidos a orientar la discrecionalidad del juez en la medición de la pena directa a la empresa. Tales normas han sido recientemente enmendadas. Cfr. Bowman, 2004, p. 373 y ss.; Steer, 2004, p. 1 y ss.

63 Numerosos son los estudios sobre el grado óptimo de las sanciones en relación con el fin de disuación antes y después de la introducción de las *US Sentencing Guidelines*. Cfr. Arlen, Alexander & Cohen, 1999, p. 393; Cohen, 1991, p. 247; Cohen, 1996, p. 399; Deakin, 2000, p. 70; Fisse, 1986, p. 25; Lambiras, 2003, p. 468; Laufer, 2002, p. 643; Parker & Atkins, 1999, p. 423.

64 Posner, 1992, p. 210; Polinsky & Shavell, 1982, p. 89 y ss.

Sin embargo, la indagación iuseconómica no se ha limitado a este sector; sino que aun se ha introducido en el debate ferviente sobre la forma óptima de responsabilidad a atribuirle a la persona jurídica. La doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de una responsabilidad de tipo civil[65], opción que se basa en diversas consideraciones relacionadas con la estructura del procedimiento civil que impone una medida de prueba menos rigurosa que la exigida en el procedimiento penal, junto a una mayor atención al resarcimiento del daño frente a la víctima y a una mayor eficacia en la fase ejecutiva, además de un costo inferior en el procedimiento. A lo dicho se agrega además que, en ambos casos, sea que se opte por una responsabilidad penal, sea que se prefiera la configurabilidad de una responsabilidad de tipo civil, la sanción impuesta a la persona jurídica es en esencia la misma; esto es, la sanción pecuniaria. En estos casos, el estigma derivado del proceso civil difiere, sin embargo, del que es producido más intensamente por el proceso penal[66].

Parcialmente diferentes son las posiciones de otros autores que, aunque escépticos ante una alternativa represiva a la luz de la inadecuación de la sola sanción pecuniaria, vista con frecuencia como privada de efecto estigmatizante[67] y aplicada sin base o adecuadas reflexiones teóricas[68], acentúan el aspecto de la eficiencia sancionadora de *shaming penalties*[69], evidenciando que la verdadera

65 Arlen, 1994, p. 833; Arlen & Kraakman, 1997, p. 687; Block, 1991, p. 395; Fischel & Sykes, 1996, p. 319 (los autores sostienen que no es necesaria la responsabilidad penal de la empresa en un sistema legal con apropiadas medidas civiles y que la responsabilidad penal empresarial produce serios problemas de superdisuación); Roe, 2002, p. 233.

66 Parker, 1996, p. 381.

67 Un interesante estudio presenta los resultados de una investigación realizada en un grupo de inmigrantes. Los padres estaban habituados a llegar tarde a recoger sus hijos, obligando a los profesores a permanecer después de la hora de cierre. Para desalentar este comportamiento, fue introducida una pena pecuniaria para los padres que llegasen tarde. Como resultado, el número de padres retrazados aumentó de manera importante y, después que la sanción fuera derogada, no ha disminuido. Esto se debe, según los autores, a que los padres, sin percibir el efecto estigmatizante de la sanción, han considerado el precio a pagar. Cfr. Gneey & Rustichini, 2000, p. 1 y ss.; Block & Gerety, 1995, p. 123.

68 Cfr. Moore, 2003, p. 13. Un estudio empírico realizado en dos grandes ciudades, sedes de cortes judiciales, evidencia que el número de los deudores tiende a ser limitado y un porcentaje considerable de los mismos ha sido condenado a pagar montos considerables. Posner (1992, p. 226 y ss.) destaca cómo la tendencia del modelo actualmente utilizado es la de penar todos los crímines mediante una sanción uniformemente severa. Esto elimina la disuasión marginal —el incentivo de sustituir un delito menos grave por uno más grave—. Así, una rapiña es castigada en la misma severidad que un homicidio, el asaltante tenderá a matar la víctima para eliminarla como testigo. Cfr. Andreoni, 1991, p. 385.

69 Cfr. Lott, 1996, p. 363. Los efectos sancionadores de las *shaming penalties* son evidentes especialmente en caso de comisión de fraude en perjuicio de la autoridad de vigilancia,

pérdida para la sociedad consiste no tanto en la condena en sí misma, sino en la reputación por las penalidades impuestas por el mercado en consecuencia de la condena.

El estigma social debido al etiquetamiento del condenado como sujeto desviado que ha violado las normas que regulan la vida de los coasociados incide en el honor del condenado en una perspectiva subjetiva y, en una perspectiva objetiva, sobre la reputación. Esta última, particularmente preciosa para la empresa que, por lo general indiferentes ante las penas pecuniarias vistas como costes y compensadas de forma fácil por las ventajas económicas conseguidas mediante la conducta ilícita y a las penas de detención que se imponen a la persona física imputada, es inmediatamente sustituido por un nuevo sujeto en el organigrama empresarial, demostrando ser bastante más sensible a la potencial pérdida de credibilidad y fiabilidad en el mercado[70].

Los *shaming penalties*[71], mediante la publicación de la conducta ilícita del sujeto y de la condena social a la misma, obran, según algunos autores, siguiendo el modelo clásico de disuasión, planteando al potencial delincuente costos producidos por la comisión del delito en términos de pérdida de reputación, así como inducirlo a desistirse del propósito criminal mediante un cálculo costos-beneficios[72]. De acuerdo a otros, por el contrario, tales sanciones influirían sobre los coasociados en términos de condicionamiento de los cánones de comportamiento, influyendo y reforzando la percepción del desvalor vinculada a la violación de la norma, según una doble acepción de prevención especial y de prevención general[73].

---

del Estado o de los inversionistas; en estos casos, la pérdida de valor en el mercado provocada por la noticia de la comisión del delito mismo tiene una magnitud de 100 veces más que la de la sanción pecuniaria prevista en las *sentencing giudelines*. Cfr. Alexander, 1999, p. 199; Recca, 2004, p. 879.

70 Sobre el tema, cfr. Alexander, 1999, p. 489; Barnard, 1999, p. 72; Kahan & Posner, 1999, p. 365; Skeel 2001, p. 129; Lott, 1996, p. 371; Skeel, 2001, p. 1811; Wong, 2000, p. 3. Todo ello partiendo de la premisa que una sanción que se limita a la pena pecuniaria o privativa de libertad como medida eficiente-disuasiva respecto a la conducta ilícita de la empresa ignora generalmente los mejores resutados obtenibles mediante una política de estigmatización. Este autor doctrinal sostiene que una etiqueta, de índole estigmatizante, obra como una pena pecuniaria sobre el valor en el mercado de la reputación de la empresa y los efectos de la etiqueta actúan como disuasivo económico de manera indefinida.

71 Para un enmarcamiento sistemático de los estudios sobre *shaming penalties*, cfr. Varios autores, 2003, p. 2186.

72 En este sentido, cfr. Posner, 1985, p. 1228.

73 Braithwaite (1989, p. 79 y ss.) enfatiza el aspecto de la prevención especial que favorece la función de recurrir a sanciones que aparecen al delincuente, junto al reproche por el comportamiento delictuoso, la posibilidad de una reinserción en la colectividad mediante demostración de

En el ámbito de la decisión sobre la política óptima ante la criminalidad económica, los *shaming penalities* son considerados particularmente eficaces.

Al respecto, un interesante estudio de Simpson[74] presenta los resultados de un test empírico relativo a los efectos de la criminalización de los *coporate crimes*. Austria muestra cómo el comportamiento de los administradores no son muy influenciados por la amenaza de sanciones tradicionales; sino, por el contrario, por la perspectiva de consecuencias negativas consistentes en pérdida de relaciones significativas y de reputación individual y de la empresa, además por la presencia de un válido sistema interno de *compliance*.

Tales reflexiones se integran en un panorama de investigaciones más amplio, en el que Austria se ha cuestionado el mérito de la eficacia de la selección del instrumento penal, el cual presidió la licitud de la actividad de la empresa[75]. Austria, variando reflexiones teóricas y evidencias empíricas, destaca la incapacidad del derecho penal de obrar en términos de disuasión en el campo de la criminalidad económica y esto, no obstante, las reflexiones en términos de asimilación de la figura del *Homo economicus* al delito que obra en este ámbito[76].

Simpson sostiene, por tanto, la necesidad de recurrir a políticas integradas en las que un papel importante es asignado a los mecanismos de control administrativo[77] y de autodisciplina obligatoria[78].

Las penas pecuniarias son, en consecuencia, un método de sanciones más eficaz que la privación de libertad cuando el delincuente es solvente[79]. Los *shaming penalties* pueden hacer indeseable la conducta ilícita no solo respecto al administrador, sino también a aquellos de los socios y de la estructura al interior de la cual el sujeto actúa. Son numerosos, al menos en papel, los instrumentos adecuados para determinal al potencial delincuente a desistir del propósito criminal, como podemos explicar las recientes reformas legislativas[80] y el aumento de sentencias que imponen penas de cárcel severas para reprimir crímenes económicos y no violentos de la clase

respeto a los valores violados concentra la atención sobre la prevención general. Al respecto, cfr. Kahan, 1996, p. 630; Kahan, 1997b, p. 349.

74 Simpson, 2002, p. 116 y ss.

75 Simpson, 2002, p. 117.

76 Simpson, 2002, pp. 35-78 y 116-162.

77 La referencia es sobre los órganos federales encargados de ejercer un control administrativo sobre el operador de la empresa en específicos sectores económicos (por ejemplo, la *Security Exchange Commission* o SEC).

78 Se trata de los llamados *compliance programs* (códigos internos de autodisciplina).

79 Bowles, 1985, p. 94.

80 Basta aquí recordar cuanto ya se ha indicado anteriormente, a manera de ejemplo, en relación al *Sarbanes-Oxley Act* (2002).

media (delitos como la evasión de impuestos, delitos societales, corrupción)[81]. No solo la mayor parte de los sujetos activos en estos tipos de delitos es generalmente solvente y en capacidad de pagar sanciones elevadas; sino que estos, asociados a *shaming penalties*, han demostrado poseer, al menos en el papel, un notable efecto persuasivo. A esto se agrega que el efecto estigmatizante de las sanciones privativas de libertad por un delito económico pueden ser extremadamente graves para los sujetos (personas físicas) condenados, comprometiendo de manera significativa la capacidad de producir beneficio, los contactos y las referencias[82] y sustancialmente privado de cualquier relevancia respecto a la persona jurídica comprometida de manera eventual. Por último, muchos delitos económicos —por ejemplo, el *insider trading*— tienen un impacto sobre el bienestar empresarial y es difícil determinar el daño provocado[83].

Esta interrogante no parece posible de responder si no es recurriendo a la voluntad de evidenciar un afán fuerte de asumir el problema, con un valor esencialmente simbólico de la inmediatez de la crisis que han atravesado los mercados, con el preciso propósito de reafirmar los valores éticos violados, confirmando la confianza en el sistema[84].

VI. Una investigación empírica

En ausencia de investigaciones empíricas sobre la criminalidad económica[85] y en un panorama caracterizado además tanto por una crisis generalizada de la legalidad, como por una degradación ética sin precedentes, se impone una reflexión de gran amplitud sobre la disciplina de la actividad económica.

En la tentativa de dar respuesta a las cuestiones antes planteadas o, más modestamente, de avivar una reflexión más ponderada y empíricamente verificable, un proyecto de investigación de la Universidad L. Bocconi de Milán, coordinado por el profesor Alberto Alessandri, ha lanzado una investigación empírica sobre

81 Silberfarb, 2003, p. 95 y ss.; Recine, 2002, p. 1535.

82 Esto es verdadero sobre todo en un contexto como el estadounidense, donde la moralidad y la ética en los negocios son considerados valores fundamentales.

83 Posner, 1992, p. 228.

84 No faltan opiniones autorizadas para sostener las decisiones represivas contenidas en el *Sarbanes-Oxley Act*, calificadas como un paso constructivo, aunque breve, en la dirección justa. Cfr. Brickey, 2003a, p. 357.

85 Cfr. Di Gennaro & Pedrazzi, 1982, p. 172.

la eficacia persuasiva del delito de falsas comunicaciones empresariales en el periodo 1992-2002 en Milán[86].

El objetivo de este análisis es proporcionar un instrumento válido para ensayar de manera empírica la concreta aplicación de las sanciones actualmente previstas por nuestro legislador y, así, poner las bases para lograr delinear el tipo de sanción óptima y alcanzar la mejor disuasión, valorando, en el mérito, el costo-oportunidad de la elección de tutela penal.

A la luz de la absoluta carencia de datos en temas de criminalidad económica, se ha iniciado la recolección de los mismos: operaciones necesarias y preliminares a cualquier reflexión sobre el tema.

En esta fase, un equipo de investigadores, mediante una ficha cuidadosamente elaborada y estructurada con el fin de recolectar el mayor número de informaciones posibles sobre cada elemento y etapa de la valoración, para aumentar el ámbito de cobertura y la flexibilidad de la investigación, ha examinado los expedientes relativos a los procedimientos iniciados en la Procuraduría de la República de la capital de la Lombardía en tema de falsedad documental empresarial en el periodo 1992-2002. Este proceso ha permitido recoger las informaciones mayormente importantes respecto a los resultados procesales.

De esta primera indagación, han sido excluidos los elementos referentes a la índole de la empresa[87] comprometida, tratando de concentrar la investigación *stricto sensu* en la disciplina legal y prescindiendo de la posible colusión de la empresa —elemento que hubiese ampliado excesivamente el espectro de la investigación, arriesgando, además, de falsear los parámetros de referencia a la luz de la introducción de la reciente normativa.

Por añadidura a lo anterior, se ha decidido mantener una sección en la que se inserten eventuales reflexiones y así poder registrar elementos no considerados en la ficha que pueden asumir importancia si se repiten.

Actualmente, se ha concluido la fase de la recolección de datos y los mismos son objeto de elaboración estadística, de manera que se hagan inteligibles, en términos cualitativos además que cuantitativos, datos particularmente complejos;

86 «El análisis económico de las sanciones punitivas: reflexiones teóricas referentes a la actividad de la empresa y primer intento de determinar empíricamente la eficacia disuasiva del delito de falsa comunicación empresarial en la década 1992-2002 en Milán». Este proyecto de investigación fue cofinanciado en el sentido del DM 21, del 20 de febrero de 2003 (2003124404-001, proyecto coordinado por Alberto Alessandri, profesor de Derecho Penal Comercial de la Università commerciale L. Bocconi de Milán).

87 Única excepción a la relevación de la estructura empresarial, en el ámbito en el que se ha verificado el ilícito y el sector de empresa.

de modo que, en esta etapa, solo pueden desarrollarse breves observaciones metodológicas reenviando a otro momento ulteriores reflexiones.

Larga y compleja, desde el punto de vista operativo, la fase de recolección de datos ha presentado diversos problemas. El primero, en orden temporal, concierne a la determinación del campo de investigación; problemático ha sido, además, el material recuperado de los expedientes y la recomposición de los datos no siempre homogéneos. Los datos relativos a los procedimientos examinados han sido recabados, en la mayor parte de veces, al examinarse la sentencia. Por tanto, algunas informaciones, materialmente no comprendidas más allá de estas decisiones, se han perdido.

Una última consideración: con el fin de encuadrar correctamente las muestras de Milán en la realidad nacional y para atestiguar su importancia, se ha efectuado una recopilación de datos agregados que ha comprendido todas las procuradurías italianas. Se ha contactado todas las sedes del territorio nacional, de las cuales ochenta y dos han respondido enviando muestras muy diferentes[88] que han permitido solo revelar el dato puramente cuantitativo de los procedimientos abiertos en el marco temporal, escogido por falsas comunicaciones empresariales (dato referenciado al inicial de 1,325 de muestras de Milán), y de los procedimientos pendientes hasta el término del periodo de la investigación.

VII. Conclusiones

Aquí es posible desarrollar algunas primeras consideraciones, en espera de la confirmación de los datos.

El recurso a la tutela penal en la regulación de la actividad económica, basado en razones del elevado nivel de los bienes jurídicos que pueden ser perjudicados por la conducta «económicamente» ilícita y en razón del contenido estigmatizante y moralizante asignado de forma tradicional a la sanción penal, se presta a numerosas críticas, sobre todo a la luz de aplicaciones estériles que no producen ningún efecto en la realidad social. Sin embargo, la inexistencia de la que se reclama como alternativa confiable, la de imponer sanciones a quienes violan las reglas imponen, hoy en día demuestra la incapacidad de la utilización de tal instrumento.

En una perspectiva de política criminal, sin embargo, sería conveniente el retorno a la aplicación de la *extrema ratio* en derecho penal. Debe cuestionarse y procederse a una profunda restructuración del sistema con el fin de hacer desventajosa la perspectiva ilícita, no tanto por medio de la amenaza penal; sino creando barreras *ex ante* a la conducta criminal, como hacerla poco deseable

88 Lo que merece una profundización autónoma.

en relación a costos-beneficios: «[…] no se puede llamar precisamente justa (es decir necesaria) la pena aplicable a un delito, sin que la ley no haya recurrido al mejor medio posible para prevenirlo»[89].

En este sentido, los estudios empíricos de argumento legal representan una nueva frontera de la investigación jurídica. Comprobar las hipótesis referentes al funcionamiento del sistema legal puede brindar una nueva visión de los modos en los cuales el sistema legal obra realmente y de cómo las diversas decisiones de política criminal pueden influenciarlo.

En los últimos años, se ha asistido a una creciente toma de conciencia de las potencialidades del análisis empírico aplicado al derecho. La aproximación empírica aplicada al derecho por parte del análisis económico, aunque no siendo la respuesta a todos los debates jurídicos abiertos, es con seguridad un instrumento útil para aclarar aspectos valorados de manera insuficiente en términos de análisis de eficiencia de las normas y de su aplicación racionalmente eficiente[90].

De hecho, sin ignorar las numerosas críticas formuladas en tiempos diversos al análisis económico del derecho[91], lo que se quiere destacar es el potencial enriquecimiento que recibe el jurista por el incremento de sus propios recursos con los instrumentos del economista[92].

89 Beccaria, 1764, p. 115.

90 En esta perspectiva, cfr. Pardolesi & Tassone, 2003, p 19 y ss.

91 Cfr. Kaplow & Shavell, 1999, pp. 75-77. Las críticas más comunes al análisis clásico del análisis económico del derecho son: 1. Que, contrariamente a cuanto afirma esta doctrina, los individuos y la sociedad no responden a las normas jurídicas como aumentadores racionales del proprio bienestar; 2. Que el análisis económico del derecho se concentra sobre la eficiencia ignorando la distribución de las ganancias, mientras el ordenamiento jurídico debería considerar qué partes son más ricas y cuales más pobres; 3. Que enfatiza los efectos de las normas sobre el comportamiento delictuoso ignorando la posición de la víctima del delito; 4. Que el análisis económico descuida importantes principios como los de equidad, justicia y honestidad; 5. Es criticada además la afirmación de que los jueces deben orientarse, en sus pronunciamientos, hacía la eficacia, colocando en segundo lugar los principios de justicia, equidad y corrección. Ver, además, Bermant, Brown & Dworkin, 1977, p. 37; Bricola, 1975, p. 365; Buchanan, 1974, p. 483 y ss.; Fried, 1977, p. 176; Pardolesi, 1990, pp. 225-243. A estas críticas se agrega, recientemente, el debate sobre los nuevos tratamientos analíticos dirigidos a atenuar los excesos neoclásicos del primer análisis económico del derecho. Al respecto, ver Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a, p. 1471; Jolls, Sunstein & Thaler, 1998b, p. 1593; Kelman, 1998, p. 1577; Posner, 1997, p. 1551.

92 Cfr. Arcuri & Pardolesi, 2002, p. 19. Se auspicia, más bien, un análisis económico del derecho más atento a las cuestiones éticas, más abierto a las posibles sinergias con otras disciplinas, más atento a la realidad.

Es ciertamente verdad que el análisis económico del derecho es un producto potencialmente defectuoso, utilizando una acertada metáfora[93]; pero tal análisis aparece capaz de desarrollos valiosos también para el penalista, al cual no tiene razón de renunciar *a priori*.

93 Pardolesi, 1990, p. 240.