

WOLFGANG NAUCKE

EL CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO

Una aproximación

Traducción y estudio preliminar de
Eugenio Sarrabayrouse

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	9
ESTUDIO PRELIMINAR	11
1. WOLFGANG NAUCKE, UN PENALISTA SINGULAR. SU OBRA Y LA LLAMADA ESCUELA PENAL DE FRANKFURT	11
2. LA APARICIÓN DEL LIBRO <i>EL CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO. UNA APROXIMACIÓN Y LA CRISIS FINANCIERA DESATADA EN 2008</i>	20
3. BREVE RECORRIDO POR <i>EL CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO. UNA APROXIMACIÓN</i>	26
4. ALGUNAS ADVERTENCIAS.....	29
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	33
INTRODUCCIÓN	35
I. CRIMINALIDAD ECONÓMICA-POLÍTICA: EL PARALELO CON LA CRIMINALIDAD ESTATAL	41
II. LOS PROCESOS DE NÚREMBERG DE 1947-1948 POR DELITOS ECONÓMICO-POLÍTICOS	47

	Pág.
III. EL INICIO DEL PROCESO PENAL CONTRA ERICH HONECKER (1989-1990): REPROCHE POR ALTA TRAICIÓN ECONÓMICA	61
1. LOS DETALLES	62
IV. LA ACUSACIÓN CONTRA UN EX PRIMER MINISTRO DE ISLANDIA EN 2010 POR DECISIONES FINANCIERAS ERRADAS E IMPRUDENTES, TOMADAS POR EL GOBIERNO	73
V. HUELLAS DEL CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA ALEMANA	79
1. ADVERTENCIA	79
2. DONACIONES A LOS PARTIDOS POLÍTICOS CONTABILIZADAS DE MANERA CONFUSA	82
3. LAS LLAMADAS «CAJAS NEGRAS»	83
4. EL PROCESO MANNESMANN	83
5. LA ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE (§ 266 STGB) COMO REMEDIO PENAL PROVISORIO PARA EL CONCEPTO FALTANTE DEL DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO	87
VI. EL ESTADO DE LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DEL DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO	95
VII. OTROS PLANTEAMIENTOS ADICIONALES	99
1. PRIMER ÁMBITO: ORGANIZACIÓN ECONÓMICA RELEVANTE PARA EL SISTEMA Y DERECHO PENAL DE LA INSOLVENCIA	99
2. SEGUNDO ÁMBITO: EL DERECHO PENAL Y EL CAMINO HACIA LA LEY DE FONDOS PARA ESTABILIZAR EL MERCADO FINANCIERO	103
3. TERCER ÁMBITO: DERECHO PENAL ECONÓMICO OPERATIVO Y ASEGURADOR DE LA LIBERTAD	117

ESTUDIO PRELIMINAR*

Eugenio SARRABAYROUSE

1. WOLFGANG NAUCKE, UN PENALISTA SINGULAR. SU OBRA Y LA LLAMADA ESCUELA PENAL DE FRANKFURT

La aparición en 2012 de la obra *Der Begriff der politischen Wirtschaftstraft* fue, sin duda, una sorpresa para quienes estudiamos la producción académica de la llamada Escuela Penal de Frankfurt. Sorpresa, porque normalmente se atribuye a esta corriente una posición crítica ante la denominada «expansión» del Derecho penal y, por tanto, no sería acorde a ella postular su intervención enérgica en determinados ámbitos de la vida social. Sin embargo, no es el caso del libro cuya traducción tuvimos el gusto de realizar y que ahora presentamos: ante los mercados financieros, responsables para muchos de la crisis económica global desatada en 2008, Wolfgang Naucke postula que el Derecho penal debe actuar vigorosamente para proteger la libertad del ciudadano. Esta posición, en apariencia paradójica, lo aleja explícitamente de otros paradigmáticos profe-

* Seguimos aquí parcialmente nuestra recensión a este libro publicada en la *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Chile, Legal Publishing, vol. 2, núm. 4, 2013, pp. 339-372, y en la *Revista de Derecho Penal*, t. 2013-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013, pp. 545-585.

sores de Frankfurt: el lamentablemente hace poco tiempo fallecido Winfried Hassemer, y Klaus Lüderssen, por citar solo dos ejemplos. Esta situación merece algunas explicaciones.

Para comprender cabalmente la presente obra no deben perderse de vista los caminos que este lúcido profesor alemán ha recorrido, la irreverencia de sus visiones y su alejamiento decidido de cualquier postura complaciente frente al poder y su ejercicio arbitrario sobre el individuo. Recordamos su crítica sin concesiones al desarrollo del Derecho penal alemán desde 1871, sus objeciones a Beccaria, la «desmitificación» de los grandes maestros del Derecho penal como Karl Binding o Franz von Liszt, sus dardos dirigidos a la «teoría dominante» tan cara a la dogmática alemana, su posición favorable a castigar los delitos cometidos al amparo del Estado —al punto de rechazar la aplicación del principio de legalidad para ellos—, su posición filosófica crítica ante los desarrollos contemporáneos de la teoría jurídica. En fin, en sus trabajos se advierte una preocupación constante por alejarse de los lugares comunes y fijar con firmeza determinados principios innegociables.

Naucke critica ácidamente la visión de los penalistas contemporáneos, según la cual, a partir del movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, el Derecho penal se ha modernizado, esto es, se ha secularizado, estatizado, racionalizado, precisado y humanizado. De acuerdo con esta corriente prevaleciente, se trata de un proceso imperceptible que conduce a un Derecho penal justo. Esta es la concepción de dos teóricos en apariencia opuestos: Karl Binding y Franz von Liszt. Sin embargo, el despliegue posterior del Derecho penal no encaja en este desarrollo, en particular, el Derecho penal del nazismo, al que se calificó, con intenciones tranquilizadoras, como un «modelo perverso», desviado de aquella línea histórica. Sin embargo, afirma Naucke, este es un recurso precario: desde la Ilustración un modelo perverso siguió a otro: el Derecho penal de la Restauración, el de las colonias alemanas en África, el empleado contra los enemigos políticos tras 1871, el de la Primera Guerra Mundial, el revolucionario de 1918-1919, el de las medidas de seguridad contra los disturbios en la República de Weimar, el de las prácticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y el aplicado en la República Democrática Alemana (RDA) contra las desviaciones

políticas, todos ellos son, también, modelos «perversos». De esta forma, lo que supuestamente es una excepción constituye en realidad el estado normal del Derecho penal¹.

En cuanto a las críticas a Beccaria, afirma Naucke que su obra brinda dos imágenes: una, la del joven pensador ilustrado, humanista y combatiente contra la brutalidad sin sentido de la pena y la tortura, cofundador de un Derecho penal basado en el Estado de Derecho. El otro retrato, oculto y desapercibido, revela al político criminal, el combatiente contra el delito, creador de una política criminal secularizada, no metafísica, racional, preventiva, estatal y efectiva. En esta última imagen se hallan las raíces del desarrollo que culmina en el Derecho penal actual. Beccaria no fue un revolu-

¹ Cfr. *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte (La fragilidad del Derecho penal conforme al Estado de Derecho. Materiales para una nueva historia del Derecho penal)*, Baden-Baden, Nomos, 2000, *Vorwort*, pp. V-VIII. La cuestión de los «estados de excepción permanentes» ha sido admitida entre nosotros por Julio Maier, aunque con otro sentido al que brinda Naucke: se trata de situaciones fuera de lo común, que si bien tienden a constituirse en «estados permanentes», no lo fueron en el pasado [cfr. «La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy», en Gabriel ANITUA e Ignacio TEDESCO (comps.), *La cultura penal. Homenaje al Prof. Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 399 y ss., en particular, p. 407, nota 20, donde se cita a Giorgio AGAMBEN y su obra *Estado de excepción*; del mismo autor puede verse, «La esquizofrenia del Derecho penal», en Iñaki RIVERA et al. (comps.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 295-330]. También cabe citar el trabajo de Gabriel PÉREZ BARBERÁ y Alejandro AGÜERO, «Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, núm. 2, marzo de 2012, pp. 249-263, donde critican la visión evolutiva de la historia del Derecho penal que sustenta Daniel PASTOR en *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, NDP 2005/A, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 73 y ss.; sobre las continuidades del Derecho penal, véase también Alejandro AGÜERO, *Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX*, Nuevo Mundo Mundos Nuevos (edición en línea), Debates 2010, puesto en línea el 23 de marzo de 2010, <http://nuevomundo.revues.org/59352>, pp. 2-11; del mismo autor, «La persistencia del Derecho indiano en la praxis de la justicia criminal de Córdoba durante la primera mitad del siglo XIX. Reflexiones sobre el problema de la continuidad del orden jurídico», en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *El Derecho en las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América*, t. II, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010, pp. 893 y ss.; «La justicia penal en tiempos de transición», en Carlos GARRIGA (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora, 2010, pp. 267-305.

cionario; su mérito fue criticar la pena de muerte y la tortura; pero en su misma crítica estaba el germen de la debilidad del Derecho penal que se construyó a partir de entonces. Es que el propio Beccaria le ofreció al naciente Estado de Derecho una nueva fundamentación del Derecho penal que conducía a dos direcciones opuestas: la limitación del poder y al mismo tiempo, su consagración como manera de fortalecer la seguridad de los ciudadanos a través de la efectividad².

Con respecto a la filosofía del Derecho, es clave su obra *Rechtsphilosophische Grundbegriffe* conocida entre nosotros gracias a la traducción de Leonardo Brond bajo el título *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*³. En este libro se hace patente la influencia kantiana en el pensamiento de Naucke y su crítica despiadada a las corrientes contemporáneas de la teoría del Derecho⁴.

En relación con los reproches que Naucke formula a la dogmática alemana, ejemplar es su introducción a la reedición de 2006 del libro de Karl Binding y Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß* publicado originalmente en 1920⁵. Allí

² Cfr. el prólogo a la obra de Cesare BECCARIA, *Von den Verbrechen und von den Strafen*, BWV, 2005, *Einführung: Beccaria, Strafrechtskritiker und Strafrechtsverstärker* (Introducción: Beccaria, crítico y fortalecedor del Derecho penal, en particular pp. XIII-XXII; también, «Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria» («La modernización del Derecho penal a través de Beccaria») en *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, op. cit., pp. 13-29.

³ El libro *Rechtsphilosophische Grundbegriffe* apareció por primera vez en 1982 y se actualizó hasta la cuarta edición con el sello editorial de Luchterhand. En Argentina se tradujo la quinta edición, donde se produce un cambio de autor, pues la profesora Regina Harzer continúa la obra iniciada por Naucke (cfr. Wolfgang NAUCKE y Regina HARZER, *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, trad. de la 5.ª ed. alemana, a cargo de Leonardo Germán Brond y revisada por Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Astrea, 2008). Sin embargo, en esta nueva edición no se registran cambios esenciales y en ella se advierte con claridad la influencia de Kant en el pensamiento de Naucke, presente ya desde los inicios de su labor intelectual: en 1962 publicó su libro *Kant y la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach*; con más detalles puede verse nuestro comentario publicado en *La Ley*, t. 2009-A, Buenos Aires, pp. 1360 y ss.

⁴ Cfr. en particular, *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, op. cit., pp. 136 y ss.

⁵ La reedición estuvo a cargo de la Berliner Wissenschafts-Verlag. En castellano, la editorial Ediar publicó esta obra bajo el título «La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida», dentro de la colección *El penalismo olvidado* dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, 2009.

cuestiona el positivismo de la teoría de las normas de Binding, que en la práctica implica la transformación del poder en una figura jurídica⁶.

En este repaso, y para situarnos en los planteamientos que Naucke formula en el libro que presentamos, conviene recordar también su posición frente a los delitos cometidos por el Estado o amparados por este, concepción que asume un papel central en su intento de delimitar el concepto de delito económico-político. La obra clave en el punto es *Die straffjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität (El privilegio jurídico-penal de la criminalidad fortalecida por el Estado)*⁷. Este libro es el resultado de un seminario realizado en la Universidad de Frankfurt a. M., cuyo objeto también fue discutido por el autor en el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Humboldt de Berlín. La cuestión debatida en el trabajo gira en torno a un posible privilegio de la criminalidad estatal, ubicada fuera del ámbito del Derecho penal. El punto de partida es el proceso seguido contra Erich Honecker, secretario general del SED (Partido Socialista Unificado) y penúltimo jefe de Estado de la República Democrática Alemana (RDA), quien fue juzgado, entre otros procesos, por el homicidio de distintas personas que habían intentando escapar de aquel país atravesando las fronteras con la República Federal de Alemania, en especial, el Muro de Berlín⁸. Para tratar aquel problema, Naucke juzga inadecuada la dogmática penal alemana construida a partir de 1871. Entre otras críticas, apunta que la presentación del caso de los guardianes del muro se formulaba dejando

⁶ Cfr. Wolfgang NAUCKE, «Einführung», en *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, op. cit., en particular p. LIV.

⁷ Publicado por Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1996. Un análisis de la posición de Naucke puede verse en Kai AMBOS, *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 45.

⁸ El tratamiento jurídico-penal de este caso originó en Alemania una catarata de artículos y trabajos; incluso, reavivó la discusión iusfilosófica acerca de si el Derecho injusto es Derecho. En este segundo aspecto puede verse Rodolfo Luis VIGO, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2006, en particular la versión en castellano de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Alemán —integrado por Winfried Hassemer— en el caso de los guardianes del muro y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. op. cit., pp. 73-166). Cabe destacar que Honecker finalmente no fue condenado por su estado de salud (padecía cáncer de hígado y falleció poco tiempo después exiliado en Chile).

de lado las particularidades de la criminalidad estatal. Nuevamente, el autor recurre aquí al estudio de la historia: recordando los viejos adagios latinos *princeps legibus solutus* y *par in parem non habet imperium* (que el propio Naucke traduce: «El funcionario estatal no está atado a las leyes» y «un Estado no puede juzgar las acciones de otro Estado»), sostiene que ellos reaparecen, larvadamente, en los planteamientos de la dogmática penal contemporánea cuando ella sostiene la prohibición de aplicar retroactivamente el Derecho penal. Aquí también aparece la noción ya analizada acerca de la visión alemana dominante de la historia del Derecho penal, que afirma que los periodos donde existió una criminalidad fortalecida estatalmente —el nazismo— constituyen un estado excepcional, alejado de aquella visión optimista del desarrollo continuo de un modelo acorde con el Estado de Derecho (por eso Naucke califica a esta postura como propia de «una dogmática de la paz»). Tras renovar sus críticas al positivismo, considera que se aplican dos Derechos penales: en la criminalidad común, perseguida diariamente, el Derecho positivo es flexible, se deja de lado la irretroactividad de la ley penal cuando resulta oportuno⁹ y se utilizan argumentos del Dere-

⁹ Para comprender la posición de Naucke acerca de la aplicación del principio de legalidad en Alemania es ilustrativo su trabajo *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, traducción de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 531-549. La postura de Naucke sobre el alcance del principio de legalidad con respecto a los delitos cometidos por funcionarios estatales es similar a la sostenida en Argentina por el juez Eugenio Zaffaroni en el caso *Arancibia Clavel, Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita* resuelto el 24 de agosto de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde con respecto a los delitos de lesa humanidad dijo en el considerando 23: «Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del Derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (*Geheimnis Staatspolizei* o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto poder preventivo. Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza» (del voto conjunto con la jueza Highton de Nolasco).

cho natural en el razonamiento jurídico penal, mientras que para los delitos estatales se exige una regulación positiva exacta, una aplicación irrestricta del principio de legalidad y se descarta el empleo del Derecho natural¹⁰. Para superar esta utilización dual del Derecho penal, Naucke aprueba el desarrollo contemporáneo de un Código Penal Internacional¹¹. Por lo demás, este trabajo permite precisar qué entiende Naucke por «político»: es la intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos criminales. De esta forma, el delito económico-político será aquel que es tolerado o incluso fortalecido por el propio Estado¹².

Pero la presentación de la obra de Naucke resultaría incompleta si no la situamos dentro del marco ideológico y geográfico de la llamada «Escuela penal de Frankfurt».

¹⁰ El empleo de la expresión «Derecho natural» en Naucke es explicada por Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez: «Cuando en este contexto se trata de Derecho natural, se refiere el autor, lo mismo que a menudo quienes lo tratan en la ciencia penal alemana, al planteamiento propio de la Escuela Moderna del Derecho natural: autores como Pufendorf, Thomasio o Wolff, que pretenden una construcción racional deductiva de un sistema de Derecho válido para todos los hombres con independencia de su origen y religión. Respecto a dichos autores, particularmente desde el pensamiento de Wolff, ofrece Kant una nueva versión del Derecho natural, clave de la filosofía crítica: de las normas abstractas y racionales se pasa a los principios *a priori*. Propiamente, en Kant el *Derecho natural* existe y es defendido, pero se trata de un Derecho formal, de principios *a priori*, y no de contenidos materiales. Se entiende por eso que la interpretación posterior de Kant dé lugar fácilmente a negación del Derecho natural, entendido éste como conjunto de preceptos materiales» (el destacado es del original; cfr. la nota del traductor en «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 540).

¹¹ La posición de Naucke sobre este punto ha sido analizada por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿*Nullum crimen sine poena*? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Externado de Colombia), vol. 29, núms. 86-87 (2008), pp. 149-171, página electrónica <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/issue/view/67>; sobre esta discusión, Daniel PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006; también puede verse un análisis sintético sobre los planteamientos de Naucke en Kai AMBOS, *op. cit.*, pp. 157-158. Alemania no solo colaboró activamente a la conformación del Tribunal Penal Internacional sino que también incorporó a su Derecho interno los delitos de genocidio, los de lesa humanidad y los de guerra (cfr. al respecto, Gerhard WERLE, *Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, pp. 56-57).

¹² Cfr. Kai AMBOS, *op. cit.*, p. 45.

Mucho se ha discutido y todavía se discute acerca de si los profesores establecidos en la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt am Main (fundamentalmente, Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht, sumados a sus discípulos más destacados, entre ellos, Cornelius Prittwitz y Félix Herzog), nucleados en su Instituto de Ciencias Criminales constituyeron una escuela o simplemente los unieron algunas ideas comunes y la realización de tareas académicas. En estas labores se abordaban crítica y apasionadamente los problemas actuales del Derecho penal (en particular, a través del mítico «*Dienstag-Seminar*», el seminario de los martes)¹³. Incluso, ellos

¹³ Nos hemos referido a la Escuela penal de Frankfurt en otros trabajos anteriores; cfr. *La responsabilidad penal por el producto*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 159-214; también «Frankfurt y sus dos escuelas: un estudio comparativo de la escuela penal y la filosófica», en VVAA, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 925-956; véase, además, el comentario al libro *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, de Wolfgang NAUCKE y Regina HARZER, *op. cit.*, p. 1360, en particular la nota 3. Allí se cita la opinión del mismo Winfried Hassemer, quien señala textualmente: «La idea concreta de presentar la “Escuela de Frankfurt” en un gran ámbito científico surgió de un intercambio epistolar entre Klaus Lüderssen y yo alrededor de dos años atrás. La idea fue que dejáramos aparecer por primera y última vez a la “Escuela de Frankfurt”. Desde siempre nos rehusamos —y muchos aún hoy lo hacen—, a sentirnos parte de una “Escuela”. Esto, claro está, no perturbó a los colegas extranjeros para hablar de tal escuela e incluso el libro de *Derecho penal, parte general*, de Claus Roxin menciona una “Escuela de Frankfurt”, estas experiencias no asfixiaron nuestro espíritu de resistencia sino que lo paralizaron. De esta forma, estamos aquí en Toledo para discutir si existe esta Escuela y cómo se desarrolla». Luego, señala: «Naturalmente que en Frankfurt hemos hablado siempre acerca de lo que realmente nos une. Visto desde afuera, seguro que es nuestro seminario en común, con nuestros colaboradoras y colaboradores, que se organiza semanalmente todos los martes desde mediados de la década de 1970», a lo que agrega los viajes al interior y el exterior de Alemania, donde algunos de ellos condujeron ríspidas discusiones, que más de una vez llamaron la atención de otros colegas. Hassemer suma dos elementos: la preocupación por sumar al análisis dogmático a la historia del Derecho penal, sus teorías, la psicología, el psicoanálisis y también a las ciencias sociales; más el convencimiento que en el ámbito interno, los instrumentos penales debían ser tratados con cuidado [cfr. Winfried HASSEMER, «Einleitende Bemerkungen zu “Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts an der Jahrtausendwende”. Eine kritische Analyse der “Frankfurter Schule”», en Ulfrid NEUMAN y Cornelius PRITTWITZ (comps.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, pp. 9-10]; esta obra recoge parte de las ponencias presentadas en el Congreso celebrado en Toledo, España, entre el 13 y el 16 de abril de 2000 bajo el título *Crítica y justificación del Derecho penal*. Una versión completa de las ponencias

mismos son reacios a denominarse de esa manera. En nuestra opinión, lo que caracterizó a estos profesores de Frankfurt, desde el punto de vista externo, fue su posición crítica frente al Derecho penal; sin embargo, en algunos temas es posible encontrar entre ellos profundas diferencias, que obligan a plantearse si, en realidad, estamos frente a una corriente más que ante una verdadera escuela. Por eso, asiste razón a Silva Sánchez cuando afirma: «Como es sabido, dicha “escuela” no existe como tal; y en el seno del grupo de profesores de Frankfurt se dan evidentes diferencias ideológicas y metodológicas. Sin embargo, ello no es óbice para que quepa afirmar no solo que el Institut für Kriminalwissenschaften constituye un peculiar marco de discusión, fértil en productos intelectuales, sino también que define uno de los polos ideológicos más claros de la discusión alemana —y mundial— sobre teoría de la Política criminal»¹⁴.

Como podrá apreciar el lector, el libro que ahora presentamos es una clara muestra de las diferencias entre los profesores de Frankfurt am Main.

puede verse en Luis ARROYO ZAPATERO, Ulfrid NEUMANN y Adán NIETO MARTÍN (comps.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. La opinión de Roxin sobre la Escuela de Frankfurt puede verse en el Informe final (*Schlussbericht*), presentado en el Congreso citado (véase *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, op. cit., pp. 175-177; también *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducción de la 2.ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 61).

¹⁴ Cfr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Prólogo a la edición española* del libro *La insostenible situación del Derecho penal*, op. cit., p. XII. En el mismo sentido, puede citarse la opinión de Seelman, quien comentando la versión alemana del libro que citamos, pone de resalto las diferencias metodológicas y de planteamientos de los diversos artículos que componen esa obra colectiva. También destaca que es innegable la existencia de un *genius loci* (un espíritu protector de Frankfurt) que se exhibe en cierto escepticismo de todos sus autores ante las expectativas desmesuradas con respecto al Derecho penal (en especial, el moderno). Ellos comparten la perspectiva de vincular los problemas penales con la historia general de las ideas y las cuestiones fundamentales de nuestro tiempo. Asimismo, según Seelman, la obra citada muestra un clima de discusión sobre los temas capitales del Derecho penal (cfr. Kurt SEELMAN, reseñación al libro «Von unmöglichen Zustand des Strafrechts», *GA*, 1997, pp. 232-236).

2. LA APARICIÓN DEL LIBRO *EL CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO. UNA APROXIMACIÓN Y LA CRISIS FINANCIERA DESATADA EN 2008*

Para comprender el marco en que Naucke escribe esta obra resulta necesario referirnos, brevemente, a las características de la crisis económica que padecen varios países europeos y el sistema capitalista en general, y los reclamos para que el Estado intervenga y regule con energía los mercados financieros.

Aquella se desató por las operaciones especulativas realizadas por los bancos, que compraron los denominados «títulos tóxicos», es decir, valores basados en hipotecas norteamericanas subvaluadas.

El origen de la crisis se encuentra en la explosión de la «burbuja inmobiliaria» de los Estados Unidos de Norteamérica, tras un periodo importante de aumento incesante de los precios de las viviendas. Los prestamistas comenzaron con una práctica que se denominó *subprime*, esto es, prestar dinero a personas que normalmente no hubieran podido acceder a un crédito hipotecario para adquirir una casa, lo cual aumentaba el riesgo de falta de pago. Estas hipotecas *subprime* comenzaban con un bajo interés los primeros años y luego se elevaban drásticamente. En la mayoría de los casos, no se les explicaba a quienes tomaban los créditos los riesgos de la operación y se les indicaba que en unos años podrían refinanciar la hipoteca para mantener los intereses bajos. En general, muchos economistas advirtieron los peligros, pero nadie quiso en los Estados Unidos romper el clima de fiesta, pues todos parecían estar ganando dinero: las empresas constructoras, los agentes inmobiliarios, las compañías de materiales y los propios consumidores, que estaban felices porque por primera vez accedían a su propia casa. La desregulación de los mercados llevada adelante por los gobiernos republicanos significó que las empresas y los bancos quedaran fuera de toda regulación. En 2005-2006 las tasas *subprime* se dispararon y muchos de los nuevos propietarios no pudieron pagarlas. La crisis no se limitó a los compradores norteamericanos: tanto los bancos como los prestamistas habían traspasado sus deudas a los inversores y bancos mediante complicados paquetes financieros casi incomprensibles.

Pronto cundió el pánico, pues nadie sabía quién era el verdadero dueño de estas «deudas inútiles», extendidas por todo el sistema financiero mundial. De inmediato, los bancos no estaban más dispuestos a otorgar préstamos, lo que generó una crisis del crédito. Las pérdidas comenzaron a acumularse y hacia mediados de 2008, los bancos y las principales entidades financieras de todo el mundo anunciaron pérdidas cercanas a los 435.000 millones de dólares¹⁵.

Esto motivó que, ya en enero de 2009, el mánager británico John Neill se pronunciara a favor de un castigo estricto de los «productores de los *securities* (derivados) tóxicos», quienes debían ser tratados como cualquier otro fabricante de objetos venenosos y, llegado el caso, encarcelados. Particularmente en Alemania, muchos gerentes y directores de bancos fueron responsables de la compra de productos financieros dudosos basados en las hipotecas norteamericanas subvaluadas arriba mencionadas (en la jerga financiera: *Asset Backed Securities based on American subprime mortgages*), operaciones realizadas sin la información suficiente sobre su estructura y su valor. Esto originó enormes pérdidas a los bancos y determinó diversos rescates financieros realizados por el Estado alemán para evitar que la caída de esas instituciones perjudicara la economía¹⁶.

¹⁵ La descripción detallada de los factores y las modalidades financieras implicadas en los orígenes de la crisis puede verse en Christian SCHRÖDER, «Ursachen und Bewältigung der Finanzmarktkrise aus strafrechtlicher Sicht», en Brita BANNENBERG y Jörg-Martin JEHLE (comps.), *Wirtschaftskriminalität*, Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg, 2010, pp. 241-252. Una muy buena descripción y análisis de las crisis financieras, con una perspectiva histórica puede verse en Carlos MARICHAL, *Nueva historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*, Buenos Aires, Debate, 2010. Este autor destaca la incompetencia manifiesta del Fondo Monetario Internacional para prever la crisis y resalta tres elementos que contribuyeron al desenlace de la crisis: 1) la política monetaria laxa seguida por la Reserva Federal de los Estados Unidos y la política fiscal expansiva del Departamento del Tesoro desde 2001; 2) los cambios legales que aceleraron la desregulación e innovación financiera y sus consecuencias prácticas; 3) la peculiar y peligrosa dinámica del mercado hipotecario, en particular, la enorme expansión de los instrumentos de mayor riesgo, conocidos como hipotecas *subprime*; cfr. autor y obra citados, pp. 277-279.

¹⁶ Una buena descripción de lo sucedido en Alemania puede verse en Volker KREY, «Finanzmarktkrise und deutsches Strafrecht. Verantwortlichkeit von Bankvorständen für hochspekulativen Handel mit Asset Backed Securities (durch Vermögenswerte besicherte Wertpapiere) auf der Basis von US Subprime Mortgages (minderwertige US-Hypotheken)», en Manfred HEINRICH *et al.*, *Strafrecht al Scientia Universalis. Festschrift*

Volker Krey, profesor de la Universidad de Trier, señala cuatro razones por las cuales los fiscales alemanes no promovieron investigaciones penales contra los directivos bancarios que «jugaron» con el dinero de los bancos y causaron ingentes pérdidas, compensadas con el dinero de los impuestos pagados por los ciudadanos:

1) Los fiscales carecen de los recursos materiales y de personal para promover investigaciones contra todas las cúpulas bancarias sospechadas. Y aunque estuvieran preparados, limitándola a los principales sospechosos, se verían sobrecargados de tareas por largo tiempo.

2) Para superar la crisis del mercado financiero, en especial, para limitar los daños de los bancos afectados y eventualmente para su rescate, resulta indispensable la cooperación de los mismos directivos sospechados, en razón de su experiencia y conocimientos sobre el objeto y el trato con las especulaciones financieras criminales.

3) En los círculos políticos domina, en apariencia, el punto de vista de que una completa y rigurosa persecución penal de los directivos sospechados podría conmovir la economía financiera («la industria bancaria = *banking industry*»). Además, estos procedimientos contra los responsables podrían ocasionar una reacción adversa y poner en peligro la solución de la crisis financiera. Aquí se ve con claridad la imagen que de sí mismos tienen los banqueros afectados, que no está marcada por la comprensión y el arrepentimiento, sino por la arrogancia: «Somos relevantes para el sistema y por esta razón gozamos de una inmunidad fáctica».

4) Si los fiscales promueven investigaciones contra los directivos sospechosos de haber «rifado» criminalmente sumas millonarias que pusieron en peligro o directamente destruyeron la base financiera de los bancos afectados, deberían necesariamente dirigir la acción penal contra los integrantes de los Consejos de Administración o de Vigilancia. En muchos casos, estos órganos se componen por políticos de alto nivel. Por lo general, su persecución penal no es deseada por la política¹⁷.

für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, München, De Gruyter, 2011, pp. 1073-1076.

¹⁷ Cfr. Volker KREY, *op. cit.*, pp. 1076-1077.

El estallido de esta crisis y los escándalos financieros coetáneos a ella generaron también una fuerte polémica acerca de si estos últimos fueron casos aislados, producto de la actividad de empleados o gerentes infieles o, en realidad, se trata de un problema estructural, inherente al sistema financiero en su configuración actual.

Dentro de las crónicas periodísticas, en Argentina puede citarse a modo de ejemplo el artículo de Alfredo Zaiat, publicado en el diario *Página 12* el 18 de agosto de 2012. Luego de apuntar el tiempo transcurrido desde el comienzo de la peor crisis económica internacional desde 1929, el periodista y escritor señala:

«El poder de los grandes bancos no se ha alterado, pese a que es identificado como uno de los principales perturbadores de la estabilidad. Ha impedido que se apliquen normas regulatorias para restringir la actividad ultra especulativa, en especial en los mercados de instrumentos financieros denominados derivados [...]. Una forma de eludir la responsabilidad política y de evitar cuestionar los cimientos propios del sistema es culpar de la debacle a empleados infieles o banqueros inescrupulosos. La crisis no ha estallado por estafas de un ejecutivo de cuentas —afirma Zaiat— o por desvíos morales de un banquero, sino que tiene raíces sistémicas. Estas se encuentran en la actual forma de funcionar del capitalismo global sometido a los dictados de las finanzas. La máxima expresión ha sido la manipulación de la tasa Libor que involucró a la mayoría de los principales bancos de Europa y Estados Unidos».

A renglón siguiente, el artículo que citamos menciona 13 casos de grandes fraudes financieros desde la quiebra de Lehman Brothers, los que en su opinión reflejan «la profundidad de los descalabros del casino financiero global». Entre los más destacados, cabe citar los sucesos que involucraron a Bernard Madoff, David Redmond (Morgan Stanley), Alexis Stenfors (Merrill Lynch Londres), Sean Fitzpatrick (Anglo Irish Bank), más otros casos donde los bancos aceptaron pagar multas por acusaciones de fraude y engaño a sus inversores (Citibank, Goldman Sachs, HSBC), sumado al escándalo por manipulación de la tasa LIBOR mencionado¹⁸.

¹⁸ Cfr. Alfredo ZAIAT, «Escándalos», diario *Página 12*, de 18 de agosto de 2012. Poco tiempo antes, el mismo diario publicó la crónica de Marcelo Justo sobre las investigaciones parlamentarias en Gran Bretaña referidas a la manipulación de la tasa inter-

En el mismo sentido que lo hace Zaiat, puede citarse el artículo de Ignacio Ramonet, «Los nuevos “amos del mundo”: Tramposos banqueros», aparecido en el mensual *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur. Allí se dice:

«Es evidente que los bancos juegan un papel clave en el sistema económico. Y que sus actividades tradicionales —estimular el ahorro, dar crédito a las familias, financiar a las empresas, impulsar el comercio— son constructivas. Pero desde la generalización del modelo del “banco universal”, en los años 1980, que añadió toda clase de actividades especulativas y de inversión, los riesgos para los ahorristas se multiplicaron así como los fraudes, los engaños y los escándalos»¹⁹.

Por su parte, el suplemento de economía del diario *Clarín* informó el 4 de julio de 2012 sobre la imputación penal dirigida en España contra el exdirector del Fondo Monetario Internacional, Rodrigo Rato, por los delitos de estafa, falsedad ideológica y apropiación indebida, junto a otros exdirectivos del Banco Bankia. «Todos están acusados en el marco de la causa que investiga el descalabro que registró esa megaentidad financiera, a la que el gobierno español socorrió con un millonario rescate para tratar de evitar una quiebra que arrastre al resto del sistema financiero del país»²⁰. El periódico *El País* de España, dedicó su editorial del 5 de agosto de 2012 al tema, donde se dice: «La investigación era indispensable. Beneficios transformados repentinamente en pérdidas abismales, dimisión de Rato, apresurada nacionalización del banco, afloramiento de un desfase de 23.000 millones de euros, recurso a la ayuda financiera europea: todo eso no podía sustanciarse sin la menor explicación a los contribuyentes llamados a cubrir el agujero»²¹.

banca, que favoreció a los préstamos hipotecarios y perjudicó a los fondos de seguros y pensiones. «El estallido financiero de 2008 fue la primera señal de que los Midas eran simples jugadores de casino a los que se les había acabado la suerte» (cfr. Marcelo JUSTO, «Las incongruencias de Mr. Diamond», diario *Página 12*, de 5 de julio de 2012).

¹⁹ Cfr. Ignacio RAMONET, «Los nuevos “amos del mundo”. Tramposos banqueros», *Le Monde Diplomatique*, edición núm. 161, noviembre de 2012, p. 26.

²⁰ Cfr. diario citado, suplemento *iEco* de 4 de julio de 2012, consulta en la página de internet www.ieco.clarin.com/economia/Espana-FMI-RodrigoRato-Bankia_0_730727144, visitado el 5 de julio de 2012.

²¹ Cfr. diario citado, «Investigar un fiasco. La justicia inicia diligencias sobre Bankia sin que el Parlamento haya adoptado iniciativas», cfr. la visita a la página de internet http://elpais.com/elpais/2012/07/04/opinion/1341426857_719657.html.

Lo cierto es que esta crisis puso en cuestión las normas dictadas durante las décadas de 1980 y 1990 tendientes a la desregulación de los mercados y al retraimiento del Estado. Pero ahora, además de pedírsele a este que socorra a los bancos, se le exige que recobre el papel que le corresponde. De allí que pueda anotarse una revalorización de la teoría de la legislación y de la discusión política que precede a la sanción de textos normativos.

«Nuestras sociedades necesitan cada vez más gobierno y parlamento. Junto a las razones económicas para intervenir normativamente [...] hay razones no estrictamente económicas que justifican la apelación a las normas. Son los problemas de distribución (salarios, rentas básicas, compensaciones para personas dependientes), de la necesidad de satisfacer ciertos deseos colectivos (una televisión de calidad, por ejemplo, o ciertos bienes culturales sin fuerte demanda) o de atender los derechos de las generaciones futuras (protección del planeta y su diversidad). Asimismo y en la medida en que los avances tecnológicos y científicos nos llevan a un mundo desconocido lleno de grandes posibilidades pero también con peligros inimaginables, en la medida en que grupos poderosos tengan un enorme poder sobre nuestros alimentos o medicinas, sobre la seguridad en nuestro trabajo o puedan controlar nuestra intimidad, manipular nuestros intereses o alterar el propio hábitat..., en la medida en que todo esto ocurra necesitaremos también no menos, sino más y mejores normas que nos protejan y mejoren nuestra vida. Porque las normas son el tejido conectivo, el precio que pagamos por vivir en una sociedad desarrollada»²².

Se trata en definitiva, de revalorizar el papel de la ley y retomar el estudio de los procedimientos de su creación para mejorarla.

²² Cfr. Virgilio ZAPATERO, *El arte de legislar*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 44, con cita de Susan J. TOLCHIN y Marín TOLCHIN, *The Rush to Desregulate*, Boston, Houghton Mifflin, Company, 1983, p. 22. Sobre la teoría de la legislación puede verse nuestro trabajo «La teoría de la legislación ¿un medio para la limitación del Derecho penal?», en Daniel PASTOR (dir.) y Nicolás GUZMÁN (coord.), *Problemas actuales de la parte especial del Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011; también «Gesetzlichkeitskrise, Gesetzgebungstheorie und das in dubio pro reo Prinzip», en Hans KUDLICH, Juan Pablo MONTIEL y Jan C. SCHUHR, *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 403-427; además, «La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración», en Juan Pablo MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución*, Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 31-54.

Y aquí también vuelve a discutirse qué papel le corresponde al Derecho penal ante esta crisis financiera y, en particular, ante los actores principales del sistema financiero. Naucke, en el libro que presentamos, brinda una opinión clara y decidida.

3. BREVE RECORRIDO POR EL CONCEPTO DE DELITO ECONÓMICO-POLÍTICO. UNA APROXIMACIÓN

En este punto, no pretendemos ni resumir ni comentar el libro que ahora presentamos, cuestión que ya hemos realizado en los trabajos ya citados²³ sino que, simplemente, buscamos brindar al lector algunas «claves» para facilitar la lectura del trabajo.

Ya en la introducción, Naucke plantea el interrogante principal que se propone contestar: «Las crisis económicas y financieras de la Modernidad están acompañadas por la cuestión penal de si existen delitos económico-políticos, esto es, si hay delitos cuyo merecimiento de pena surge de la destrucción de los fundamentos vitales de muchos ciudadanos, consecuencia de decisiones económicas por las que se debe responder».

En cuanto a la crisis financiera de 2008, Naucke asume una idea central: no se trata de una falla del sistema, sino de hechos que conforme a la ley, la doctrina y la jurisprudencia son punibles, posiblemente bajo la forma de una criminalidad organizada globalmente. A su vez, esta concepción choca con el reproche proveniente de las ciencias económicas, que califican a estos planteamientos como «populistas» y «simplificadores»²⁴. Esta crítica encuentra eco en el Derecho penal; casualmente, como ya señalamos, dos de los autores

²³ Cfr. nota 1.

²⁴ Así lo sostiene, por ejemplo, Werner PUMPLE, *Wirtschaftskrisen*, München, Beck, 2010, pp. 7 y ss. Entre otros aspectos, destaca Pumple que las crisis económicas existieron siempre; basta leer el Antiguo Testamento o recordar los problemas generados por malas cosechas durante la Edad Media, con las consecuentes hambrunas. Por su parte, Carlos Marichal, si bien menciona la periodicidad de las crisis económicas y financieras, destaca que las mismas suelen convertirse en bisagras entre una época y otra, por lo cual, para entenderlas, debe irse más allá del enfoque económico y mirarlas a través de los lentes de la política, de las relaciones internacionales y de la historia; cfr. autor y *op. cit.*, p. 16.

que la reciben y proponen una solución diametralmente distinta a Naucke, son o han sido *también* profesores de Frankfurt: Klaus Lüderssen y Winfried Hassemer²⁵.

Los ejes centrales de la obra giran en torno a los siguientes aspectos: la definición de la libertad, la función del Derecho penal y desde la perspectiva metodológica, el recurso permanente a la historia del Derecho, amén de una crítica constante a los desarrollos de la dogmática alemana.

Con una fuerte influencia kantiana, Naucke concibe a la libertad como la independencia ante la arbitrariedad coactiva de otro. Según Kant, «este es el derecho único y original atribuido a cada persona en virtud de su humanidad», que le pertenece a todo desposeído y resulta inviolable. Es independiente de su reconocimiento positivo, de las fronteras estatales y de las formas constitucionales; es un postulado que no requiere prueba alguna y no es una deducción.

A partir de esta definición de la libertad, Naucke construye el concepto general de delito, para luego precisar dos de sus especies: el económico y el económico-político, que expresan la idea central de un desarrollo secular del Derecho penal: la defensa de la libertad individual contra todo poder avasallador proveniente de otro. Esta concepción se aleja de aquella otra que atribuye al Derecho penal la función de contribuir al gobierno de procesos sociales y postula que él debe mantenerse alejado del sistema financiero y económico, pues no puede gobernarlo en razón de su complejidad.

²⁵ La propuesta de Lüderssen consiste en un tratamiento interdisciplinario del tema; cfr. «Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht. Versuch einer interdisziplinären Systematisierung», en Eberhard KEMPF, Klaus LÜDERSSEN y Klaus VOLK (comps.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers-wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, Berlin, De Gruyter, 2009; en la misma obra, puede consultarse el trabajo de Winfried HASSEMER, *Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts*, pp. 21-43, donde plantea, con respecto al Derecho penal económico, la concentración de la punibilidad a los casos donde se produzca una efectiva lesión de bienes jurídicos, el mantenimiento y aseguramiento de un ámbito nuclear en el cual la economía se rija por su propia lógica, y el establecimiento de procedimientos que en el campo previo a la lesión de un bien jurídico posibiliten la transparencia y los controles, asegurados de manera tangencial por el Derecho penal (cfr. p. 43). Una versión similar de esta ponencia ha sido publicada en Argentina bajo el título «El fundamento del Derecho penal económico», trad. de Dirk Styra, *Revista de Derecho Penal*, t. 2013-2, *Derecho penal de los negocios y de la empresa-I*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 119-135.

Para apoyar la búsqueda del concepto de delito económico-político, Naucke traza un paralelo entre la criminalidad económica-política y la estatal. Para ello, recurre a los antecedentes históricos: el Tratado de Versalles de 1919²⁶, pero fundamentalmente, los procesos de Nuremberg realizados en 1947-1949 por delitos económicos vinculados con el régimen nazi²⁷. A ellos se suman el inicio del proceso contra el ex «hombre fuerte» de la RDA, Erich Honecker, el proceso iniciado en 2010 contra el primer ministro de Islandia y el estudio de casos más recientes de la jurisprudencia alemana, lo cual le permite analizar el § 266 StGB.

Naucke también examina los tipos penales propios de la insolventia punible y las presiones ejercidas por grupos financieros y políticos para que el Parlamento alemán aprobara las ayudas económicas a las instituciones amenazadas por la quiebra (que califica como verdaderas extorsiones penales).

Reafirmando la actualidad de la obra, el estudio de Naucke no se limita a los aspectos reseñados sino que también examina institutos hoy discutidos intensamente: el denominado «*Compliance*», al que considera un campo de trabajo para evitar delitos económicos reforzados estatalmente, comparable con la prevención de la criminalidad general; el debate generado en torno al *Corporate Governance Kodex*, el ámbito de la ética económica y la iniciativa de las Naciones Unidas, a través del denominado Pacto Mundial²⁸. Naucke augura que todos estos nuevos terrenos son los prolegómenos de un

²⁶ Para el lector interesado, puede verse el dictamen del controvertido jurista Carl Schmitt donde se menciona el Tratado de Versalles como antecedente de los crímenes de guerra; cfr. Carl SCHMITT, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, trad. de Max Maureira Pachecho y Klaus Wrehde, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 20-23.

²⁷ En Argentina también se han comenzado a investigar y juzgar los soportes y complicidades económicas de la dictadura militar que gobernó entre 1976-1983; cfr. Horacio VERBITSKY y Juan Pablo BOHOSLAVSKY, *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.

²⁸ Sobre estos temas puede consultarse: Enrique BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, Madrid, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011; José Luis GOÑI SEIN, *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, La Ley, 2011; en la misma obra, el trabajo de Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («compliance empresarial»)*, pp. 95-135; sobre el Pacto Mundial, véase <http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>.

futuro Derecho penal del mercado financiero protector de la libertad individual.

4. ALGUNAS ADVERTENCIAS

Umberto Eco²⁹ nos advierte las dificultades que enfrenta toda traducción: se trata de entender lo que un texto quiere transmitir y debe aceptarse que nunca se dice lo mismo y solo puede alcanzarse un casi, cuya extensión depende de la negociación³⁰. Esto último lo intentamos a través de una fluida comunicación escrita con el profesor Naucke, contándole nuestras dudas y aquellas frases cuyo significado no entendíamos completamente. Confiamos en haber reproducido lo más fielmente su pensamiento.

En cuanto al trabajo en sí, conviene que hagamos expresas algunas decisiones. Para hacer más fluida la lectura, transformamos el orden original de muchas oraciones y tratamos de reducir al máximo posible la repetición de algunos términos, tan común en la lengua alemana. En otros casos, preferimos ceñirnos a una traducción literal, para respetar al máximo las ideas de Naucke.

Hemos optado por traducir los tipos penales analizados con mayor detenimiento por Naucke tal como se conocen en el Derecho argentino; así, llamamos administración fraudulenta o infiel al delito del § 266 StGB³¹; coacciones, al tipo penal del § 240 StGB, extor-

²⁹ Cfr. *Decir casi lo mismo*, trad. de Helena Lozano Miralles, Uruguay, Lumen, 2008.

³⁰ En el mismo sentido, Kudlich destaca la imposibilidad de alcanzar una traducción que sea en una escala de 1:1; cfr. Hans KUDLICH, *Exportgüter und Exportbeschränkungen - Der Strafrechtsexport aus rechtstheoretischer Perspektive*, texto ampliado de la conferencia pronunciada en las Jornadas «Die kulturelle Substruktur des Strafrechts-Eine Evaluation deutschen "Strarechtsexports als Strafrechtsimport"», celebrada en Erlangen entre el 29 y el 31 de marzo de 2012; se cita el manuscrito, p. 3.

³¹ En este punto, es clásica la obra de David BAIGÚN y Salvador BERGEL, *El fraude en la administración societaria (el art. 173, inc. 7, del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales)*, Buenos Aires, Depalma, 1988 (se cita la 1.ª reimpr. de 1991); de ella surge la influencia que el § 266 StGB tuvo sobre el texto argentino; cfr. el libro citado, pp. 118-120 y 135-145; también Daniel CARRERA, *Defraudación por infidelidad o abuso*, Buenos Aires, Astrea, 1973.

sión al del § 253 e insolvencias punibles a los supuestos contemplados en el § 283 StGB³².

Destacamos que algunas expresiones utilizadas por el autor no tienen un correlato preciso en nuestro idioma. De esta forma, el lector advertirá que Naucke utiliza el término «profesional» o «profesionalmente» para calificar la tarea de los juristas en general o de los penalistas en particular. En la mayoría de los casos, este uso tiene un significado neutro o positivo: se refiere a quienes practican habitualmente la actividad propia de quienes se dedican al estudio del Derecho y lo hacen con sus métodos y reglas. En algún caso, la expresión «profesional» puede asumir un significado negativo: se refiere a una tarea casi burocrática, que aísla el análisis penal del contexto histórico-político en que surgieron los tipos respectivos. Se observará también que Naucke contraponen a este ejercicio «profesional» del Derecho un uso «amateur». Como en la mayoría de los casos de ambigüedad del lenguaje, el contexto será quien determine el significado asignado por el autor al término respectivo.

En el mismo sentido, el término «*Wende*» puede ser traducido como cambio o transición y se refiere al momento en que se produjo la caída del Muro de Berlín y la consecuente reunificación alemana. Elegimos el primer significado, porque resalta mejor la importancia que este hecho tuvo en la historia contemporánea.

Para facilitar la lectura, también en algún caso hemos agregado notas nuestras (identificadas como *N. del T.*) a continuación de ciertas siglas alemanas o para aclarar algún instituto.

Conservamos las abreviaturas alemanas para ciertas leyes o instituciones (StGB, GVG, por ejemplo) e indicamos su significado en una lista previa, además de consignarlo entre paréntesis en el mismo texto.

Solo nos resta decir que el libro de Wolfgang Naucke nos ofrece líneas de discusión que seguramente enriquecerán el debate que ya se ha planteado en nuestro entorno cultural con respecto a la necesidad de regular y eventualmente castigar ciertas conductas realiza-

³² El CP argentino contiene el delito de coacciones en el art. 149 bis, segundo párrafo; el de extorsión, en el art. 168, mientras que las insolvencias punibles están previstas en los arts. 176 y ss. en el capítulo V, titulado «Quebrados y otros deudores punibles».

das dentro de los mercados financieros y económicos³³. Del mismo modo, la obra de Naucke destaca una vez más la importancia del análisis histórico para comprender los procesos que llevaron a la sanción de determinadas normas penales.

El objetivo de esta traducción ha sido poner a disposición del lector de habla hispana planteamientos poco habituales dentro de la literatura jurídico-penal. Ojalá que el pensamiento de Naucke sirva de estímulo para un debate profundo y renovado sobre las cuestiones aquí analizadas.

³³ Cfr. solo el trabajo de Camilo BERNAL SARMIENTO, Sebastián CABEZAS CHAMORRO, Alejandro FORERO CUELLAR, Iñaki RIVERA BEIRAS e Iván VIDAL TAMAYO, «Debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, núm. 6, julio de 2012, pp. 49-73, en particular el punto VI.4 donde se analiza el daño social y la *lex mercatoria*. «De la razón de Estado» al golpe de «mercado» (p. 64).

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

La publicación de esta pequeña monografía en idioma castellano —traducida en Argentina— supone para mí un galardón científico. La oferta de escribir un prólogo para esta edición es útil para presentar al lector sus ideas principales.

El libro fue escrito durante la crisis financiera de 2008 aunque ella no lo motivó. Una experiencia personal y visceral, presumiblemente compartida con la mayoría de las personas, es la del avasallamiento de mi libertad personal por poderes prepotentes. Aprendí a distinguir tres clases de poderes: el de un individuo sobre otro, el del Estado sobre un individuo y el del sistema económico-financiero también sobre un individuo.

El Derecho penal normal trata de domesticar a la primera clase de poder mediante el castigo del homicidio, la lesión corporal, la violación y la estafa. El desarrollo penal del siglo XX logró contrarrestar el empleo del poder estatal degradante del individuo, la criminalidad fortalecida estatalmente, con la punición en el Derecho penal internacional de los crímenes de lesa humanidad, los de guerra y el genocidio. El poder del sistema económico-financiero, que interfiere profundamente en la libertad del individuo o presiona coercitivamente sobre las instituciones políticas, hasta ahora se ha mantenido libre de Derecho penal. El siguiente texto reúne pruebas de que esa libertad penal dejó de ser tolerada en los siglos XX y XXI. Hubo dos situaciones en las que actuó el Derecho penal protector de la libertad. La explotación de la fuerza laboral, económicamente

oportuna pero al mismo tiempo denigrante del hombre, y la destrucción de estructuras estatales guardianas de la libertad por el juego del poder económico-financiero. Mi argumentación prosigue los planteos existentes, orientados a un concepto de Derecho penal económico-político, paralelo al Derecho penal internacional.

Eugenio C. Sarra bayrouse asumió el gran esfuerzo de la traducción. No puedo agradecerérselo lo suficiente. El texto encontró un traductor ideal, que dispone de un conocimiento notablemente preciso del idioma y el sistema jurídico alemanes. En lo personal, la traducción significa la continuidad de un intercambio intenso y siempre profundo con él sobre el desarrollo del Derecho penal.

Frankfurt am Main, julio de 2014.

Wolfgang NAUCKE

INTRODUCCIÓN

Las crisis económicas y financieras de la Modernidad están acompañadas por la cuestión penal de si existen delitos económico-políticos, esto es, si hay delitos cuyo merecimiento de pena surge de la destrucción de los fundamentos vitales de muchos ciudadanos, consecuencia de decisiones económicas por las que se debe responder.

En el debate previo a la Primera Guerra Mundial, referido a los grandes problemas económicos de los Estados Unidos, el destacado juez norteamericano Louis Brandeis (1856-1941) opinó que la magnitud de un comportamiento económico no es ningún delito, pero puede ser dañina como consecuencia del medio o de los fines para los cuales se la emplea¹. Para juzgar la especulación en la crisis económica mundial posterior a 1928, el entonces presidente norteamericano Herbert Hoover (1874-1964) sostuvo en sus *Memorias*: «Hay crímenes que son mucho peores que el asesinato, por los cuales las personas deberían ser proscritas y castigadas»². La enorme crisis económica y financiera de 2008 conduce a la desconcertante y clara percepción de que «por suerte, no es delito poner en peligro a un banco relevante para el sistema»³. Un periodista británico señala en el mismo contexto:

¹ Citado según SORKIN, *Die Unfehlbaren* (título original: *Too Big to Fail*), 2010, p. 15.

² Citado y verificado por GALBRAITH, *Der Große Crash 1929, 1954* (nueva edición alemana de 2008), p. 50.

³ KLÄSGEN, *Süddeutsche Zeitung*, edición del 6 de octubre de 2010, p. 17.

«ocurre algo malo, cuando los bancos que cuidan nuestro dinero lo toman, lo pierden y luego no son punibles en virtud de una garantía estatal»⁴.

Entretanto, la opinión agresiva de un economista, que pretende acusar penalmente por «crímenes de guerra económicos» a los directivos bancarios que contribuyeron a generar en su país la crisis financiera, muestra las expectativas que el Derecho penal debe colmar⁵.

Finalmente, el Derecho penal positivo, ejercido con profesionalidad, debe pronunciarse sobre el merecimiento de pena de conductas económicas capaces de destruir la economía, requerimiento constante e intenso a lo largo de la Modernidad. Con fundamentos agudos, se ha señalado que en la crisis financiera de 2008 no fue un fracaso del sistema, sino hechos punibles de acuerdo con la ley, los comentarios al Código Penal y la jurisprudencia, posiblemente bajo la forma de una criminalidad organizada criminalmente⁶. Esta concepción es tachada por la ciencia económica de «populista» y «simplificadora»⁷ y es reproducida en el Derecho penal positivo, ejercido profesionalmente⁸. Sin embargo, esta crítica, a su vez, simplifica las cosas. Parte de la ciencia penal registra con claridad que la aplicación del Derecho penal a las grandes crisis financieras y eco-

⁴ MOORE, reproducido en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición del 12 de agosto de 2011, p. 3.

⁵ Citado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición del 24 de noviembre de 2010, p. 12.

⁶ Véase SCHÜNEMANN (comp.), *Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010. Cfr. también más opiniones de: Christian SCHRÖDER, «Ursachen und Bewältigung der Finanzmarktkrise aus strafrechtlicher Sicht», en BANNENBERG y JEHL (comps.), *Wirtschaftskriminalität*, 2010, pp. 241 y ss.; Christian SCHRÖDER, *Die Finanzkrise und das Strafrecht, Handbuch Kapitalmarktsstrafrecht*, 2.^a ed., 2010, pp. 403 y ss.; DEITERS, «Untreu und Finanzmarktkrise», en KEMPF, LÜDERSEN y VOLK (comps.), *Die Finanzmarktkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, 2010, pp. 132 y ss.; KASISKE, «Bestandgefährdung systemrelevanter Kreditinstitute als eigener Straftatbestand», *ZRP*, 2011, pp. 137 y ss.; KREY, «Finanzmarktkrise und deutsches Strafrecht», *FS Roxin*, 2011, pp. 1073 y ss.

⁷ PLUMPE, *Wirtschaftskrisen*, 2010, p. 7.

⁸ LÜDERSEN, *Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht, Strafverteidiger* 2009, pp. 486 y ss.; LÜDERSEN, «Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht», en KEMPF, LÜDERSEN y VOLK (comps.), *Die Finanzmarktkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, 2010, pp. 211 y ss.

nómicas, constituye algo mucho más importante que la mera continuidad de un profesionalismo tradicional y cuidadoso. Aquel se sitúa en el mismo nivel que los sistemas económico y financiero e intenta juzgarlos con el Derecho procesal penal, acusando a personas individuales, con roles directivos. Es una prueba de poder, pero no solo eso. Identifica grandes fracasos económicos individuales como delitos económico-políticos y adecua sus maneras de trabajar a esa forma de criminalidad.

El texto analiza la reacción penal contra los procesos económicos, políticamente poderosos, que lesionan a los ciudadanos individuales, acompañado por la duda de si un sector autoritario y poderoso de la sociedad —aquellos que detentan el sistema económico-financiero— permitirá alguna vez, sin una fuerte resistencia, su juzgamiento por medio del Derecho penal, problema básico de una democracia que garantice la libertad y preocupación política esbozada en la literatura penal actual⁹. Iremos más allá de esos esbozos y fijaremos los contornos de un concepto de delito económico-político, aproximándonos a la disputa entre una concepción jurídica que limita a la libertad, pero la protege dentro de esos límites, y otra económica-financiera que la diluye en una arbitrariedad carente de sustento jurídico. Se enfrentan dos visiones diferentes sobre la relación entre las personas.

En este contexto, hoy no puede precisarse la noción de delito económico-político. Por tal motivo, este trabajo es una aproximación, reuniendo los esfuerzos jurídicos realizados hasta ahora en torno a este concepto, poco atendidos. Este procedimiento conduce a una primera delimitación del delito económico-político.

Por supuesto, no se trata solo de una compilación de materiales dispersos. La aproximación al concepto de delito económico-político va al encuentro de las concepciones jurídicas y de las posibilidades de formularlo en el Derecho positivo, contenidas en los denuedos realizados hasta ahora en esa dirección. Por anticipado, debe señalarse qué es lo que se pretende.

⁹ MIR PUIG en SCHÜNEMANN (nota 6), p. 12; SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (*supra* nota 6), pp. 71-73; P.-A. ALBRECHT, *Kriminologie*, 4.^a ed., 2010, pp. 335 y ss.; P.-A. ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit*, 3.^a ed., 2011, pp. 14 y ss.

Los conceptos con los cuales este texto juzga aquellos materiales son teóricamente sobrios, pero decisivos y rigurosos para la protección práctica de la libertad personal. La libertad es la independencia de ser coaccionado por la arbitrariedad ejercida por otro¹⁰. Es «el derecho individual, original, que le corresponde a cada persona en virtud de su humanidad»¹¹. Es el único derecho que tiene todo desposeído. La libertad de la persona es inviolable.

No es casual que la libertad natural se atribuya a cada hombre con independencia de si es un súbdito o un ciudadano¹². El derecho a la libertad de cada persona es independiente de su positivización, de las fronteras nacionales y de las formas constitucionales. Es un «postulado, incapaz de ser probado» y no es una «deducción»¹³. La libertad personal es «inalienable»¹⁴ en una dictadura, en una monarquía, en una democracia, en una república, en una región terrorista, en una organización económica dirigida o libre. Para la libertad del individuo resulta indiferente si es lesionada por un funcionario policial, un ministro de finanzas, el directivo de una organización bancaria o el autor de un atentado suicida.

El delito es el avasallamiento imputable de la libertad personal. Un delito económico-político es aquel que con la ayuda de una organización económica destruye la libertad. Político es un delito económico que aparece como un poder auspiciado o no controlado por el Estado y que mediante su fuerza puede destruir la libertad. Por tanto, con la expresión «delito económico-político» no se denota en lo siguiente lo político en el sentido de un hecho motivado

¹⁰ Art. 2.II, Ley Fundamental. El lenguaje constitucional actual expresa esta concepción de la siguiente forma: los «ámbitos, impregnados por las circunstancias vitales del ciudadano, en especial, su círculo privado de responsabilidad autónoma protegido por los derechos fundamentales, y su seguridad personal y social» no deben ser afectados por las grandes organizaciones políticas prevalecientes (BVerfG, NJW, 2009, p. 2267, columna de la izquierda, núm. 3).

¹¹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, *Einleitung in der Rechtslehre, Einleitung der Rechtslehre*, B.

¹² KANT, *Sobre el refrán: puede ser correcto en la teoría, pero no sirve para la práctica*, 1793, comienzo del párrafo II.

¹³ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, *Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre § C y Rechtslehre I*, 1, § 6.

¹⁴ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, *Rechtslehre I*, 3, § 40.

por la búsqueda de poder. Para decirlo con total claridad: el delito económico-político es aquel delito económico dañino de la libertad personal y de las instituciones jurídicas que la protegen.

Claro está, los conceptos mencionados no se utilizan en virtud de su sobriedad teórica ni por su carácter práctico decisivo para guiar la compilación del material existente sobre el delito económico-político. En realidad, expresan la idea fundamental de un desarrollo secular del Derecho penal: la defensa de la libertad de la persona contra todo poder avasallador proveniente de otro.

Esta noción pretende que el avasallamiento de la libertad individual se llame injusto punible, sin importar quién es el autor. Difiere del significado usual del Derecho penal que lo entiende como una contribución al gobierno de los procesos sociales. Por tanto, enfrenta la objeción de que debe mantenerse alejado del sistema económico-financiero porque es incapaz de gobernar esos ámbitos en virtud de su complejidad¹⁵. Repite que en esas organizaciones determinadas decisiones pueden entenderse como lícitas o ilícitas¹⁶. En lo siguiente, se utilizarán las expresiones irremplazables de Derecho penal garante o controlador de la libertad, sin mencionar un Derecho penal funcional, sino solo a uno que considere ilícita la destrucción de la libertad.

La aproximación al concepto de delito económico-político busca sustento en el desarrollo moderno de la criminalidad estatal. Existe un paralelismo, reforzado por esta aproximación, entre el desenvolvimiento del concepto de criminalidad estatal y el de la noción, lamentablemente atrasada, de delito económico-político.

El trabajo con la historia de la idea de libertad advierte la percepción tardía de la semejanza entre el avasallamiento de la libertad personal mediante decisiones económicas poderosas, y el sometimiento realizado a través del poder estatal. En la Modernidad, la concepción de la libertad contra el poder avasallador tuvo como

¹⁵ HASSEMER, «Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts», en KEMPF, LÜDERSSEN y VOLK (comps.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, 2009, pp. 29 y ss.

¹⁶ De otra opinión LÜDERSSEN, «Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht», en KEMPF, LÜDERSSEN y VOLK (*supra* nota anterior), pp. 241 y ss. y 316. Críticas contra esa posición en SCHÜNEMANN (*supra* nota 6), p. 81.

enemigo al poderoso más visible, el Estado absoluto y despótico. La exigencia de libertad frente a formas económicas también poderosas recién puede nacer cuando se comprende el desarrollo económico moderno y sus consecuencias¹⁷. Esto también sucedió.

En la literatura económica-jurídica sobre la crisis económica mundial de fines de la década de 1920 y las dificultades tras la Segunda Guerra Mundial, se discutió concienzudamente el problema del poder económico y sus controles jurídicos¹⁸. Estos debates conocen los conceptos «del superpoder económico ilimitado», del «ciudadano estatal» que en el sistema económico no se puede enfrentar «a un derecho comercial del más fuerte»¹⁹. Se plantea que el poder económico «pone en peligro la libertad de otras personas» y que «es la otra cara del problema de la libertad en la economía moderna industrializada»²⁰.

¹⁷ I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, 1958; en alemán: *Freiheit, vier Versuche*, 1995, p. 49.

¹⁸ Véase Franz BÖHM, *Das Problem der privaten Macht, Die Justiz*, t. III (1927/1928), pp. 324 y ss.; Franz BÖHM, *Entmachtung durch Wettbewerb*, 2007, pp. 14 y ss.; EUCKEN, «Das problem der wirtschaftlichen Macht» (1950), en EUCKEN, *Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung*, 2001, pp. 9 y ss.

¹⁹ BÖHM, *Die Justiz* (nota anterior), p. 344; BÖHM, *Entmachtung durch Wettbewerb* (nota anterior), pp. 55 y ss.

²⁰ EUCKEN (nota 18), pp. 20 y 22; el destacado es del original. Una interpretación moderna de la frase citada considera a Eucken como «crítico del poder» y critican que sus «ideas críticas del poder» no pudieron generar ninguna tradición en la República Federal de Alemania [OSWALT, epílogo a EUCKEN (*supra* nota 18), pp. 144 y ss.].

I

CRIMINALIDAD ECONÓMICA-POLÍTICA: EL PARALELO CON LA CRIMINALIDAD ESTATAL

En el Tratado de Versalles (1919), por primera vez en la Modernidad, se estableció jurídicamente y de forma expresa que los dirigentes estatales podían ser criminales y, por ende, castigados (arts. 227 y ss.). En aquel momento, esta concepción resultaba extraña para la mayoría de los políticos, juristas y ciudadanos. Un renombrado penalista contemporáneo catalogó como una «monstruosidad jurídica» y absolutamente nulas a las cláusulas penales del Tratado de Versalles contra los dirigentes del Imperio Alemán¹. Pero «con las opiniones que se arriesgan se trata como las piedras que se ponen en movimiento; pueden ser derrotadas pero comenzaron un juego que ya ganaron»². Luego de casi un siglo se disiparon las neblinas conceptuales de la criminalidad estatal. Hoy contamos en Alemania con un Código Penal Internacional estudiado a fondo y con un Derecho penal supranacional³ cuidadosamente elaborado, visible para todo ciudadano en la Corte Penal Internacional. Este ámbito jurídico tiene mucho peso porque demuestra un cambio importante

¹ Karl BINDING en *Der Tag* de 6 de diciembre de 1919, edición B, titulares, y *Der Tag* de 14 de febrero de 1920, titulares.

² GOETHE, *Maximen und Reflexionen*, nota 148.

³ WERLE, *Völkerstrafrecht*, edición 2003 en alemán, 2005 en inglés y en español.

del pensamiento penal, alejado de lo ya existente («el Derecho penal protege bienes jurídicos; el legislador crea bienes jurídicos»), que lo valora e incluso condena. Resulta un fenómeno jurídico normal que los dirigentes estatales, incluso en funciones, comparezcan ante un tribunal.

En este desarrollo del tema encuentro una coherencia admirable. Desde la segunda mitad del siglo XVIII y pese a muchas resistencias, el pensamiento y el comportamiento jurídicos lograron controles cada vez más estrictos sobre los poseedores del poder estatal. Finalmente, el Derecho penal internacional abarcó un último gran campo de la conducta estatal, considerado inalcanzable. No se trata de algo difuso, como por ejemplo, la «lesión del bienestar general o del Estado como tal», sino que es el ámbito dilatado de los delitos contra la libertad, el cuerpo, la vida y la existencia social de los ciudadanos individuales, cometidos por un dirigente con un poder estatal organizado invocando cualquier necesidad política. El proyecto de controlar al poder organizado, que los juristas remiten a la Ilustración europea, parece concluido.

Pero solo lo aparenta. El proyecto de la Ilustración europea se ocupa exclusivamente de una especie de poder, el estatal. La división de poderes y el predominio de la ley, esperanzas principales para controlarlo, miran únicamente al proveniente del Estado. Los juristas más importantes del siglo XVIII —Montesquieu y Rousseau— no discutieron la posibilidad que otras fuerzas sociales obtengan igual poder sobre los ciudadanos individuales que el Estado. Lo que Montesquieu dice sobre «el comercio» suena totalmente peligroso («dondequiera que imperen buenas costumbres existe comercio, y dondequiera que haya comercio, dominan las buenas costumbres. Puede decirse que las leyes del comercio purifican a las costumbres. El amor a la paz es la consecuencia natural del comercio»)⁴. El contrato social de Rousseau desconoce el tema. La consecuencia es que grandes porciones de poder, ubicadas fuera del ámbito estatal fácilmente visible, quedan sin identificar. Los pareceres sin conceptos son ciegos⁵.

⁴ MONTESQUIEU, *Vom Geiste der Gesetze*, Reclam, 1965, pp. 319, 320.

⁵ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Edición Meiner, p. 95 (= A 51, B 75).