

# ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL

*Licda. Soledad de los Angeles Cortes Sandí*

*“Los fundamentos del ordenamiento jurídico deben, sin embargo, cuadrar bien si es que deben construir una realidad social estable”*

*Günther Jakobs*

*“Punibilidad de las personas jurídicas”*

que hay una diferencia de su objeto, la particularidad de su método y una finalidad propia de investigación.

## 1. ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO

Dentro de la dogmática penal, se ha tratado de segmentar como rama del derecho penal, una nueva disciplina denominada derecho penal económico. Acuñando la importancia del quehacer económico en un mundo globalizado, donde concurren grandes empresas. El dinamismo del mercado es cada vez más complejo y movido. Sin duda, las leyes del mercado han cambiado, transformando el mundo donde se desarrollan.

Un fuerte discurso doctrinario impulsa la autonomía de este “*derecho penal económico*”. El alemán, Klaus Tiedemann, uno de los máximos exponentes de este discurso, ha elaborado un interesante tratado donde trata de afirmar total validez y significancia a tal independencia. Arrogando su creación a Rinck en una obra publicada en Alemania en 1971, llamada “*Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts*” (Cfr. con Tiedemann, 2010, pág. 58). Rinck, establece

En la actualidad, el derecho penal se enfrenta a nuevos retos. El dinamismo y complejidad de los mercados de bienes y servicios, ha creado nuevos núcleos delictivos, y las ciencias criminales, deben enfrentarse y responder a tales cambios.

Lo cierto es que la legislación existente no ha bastado para solucionar las contrariedades de la realidad sobrevenida. Sin embargo, tampoco debe darse una solución apresurada, que atente contra principios y garantías edificadores del Estado de Derecho.

Bien lo afirma (Feijoo Sánchez., Cuestiones actuales del derecho penal económico, 2009. Pp. 2) la empresa como organización representa un problema central para la moderna teoría del delito. Es menester identificar estos núcleos problemáticos, verificar si con la dogmática y legislaciones vigentes, son suficientes para solventar este tipo de delitos.

Desde que en 1940, el sociólogo estadounidense Edwin H. Sutherland, en su artículo denominado “*White-Collar Criminality*”, publicado en la revista *American Sociological Review*, presentó un primer esbozo sobre la criminalidad económica, describiendo algunas características de los delincuentes de cuello blanco, se generó un cambio radical en la forma de visión de la criminología.

En esta exposición Sutherland, demuestra cómo hasta la fecha, sólo se habían penado delitos como robos o asaltos que eran cometidos, únicamente, por los estratos sociales bajos. Estos presentaban características diferentes, en virtud de que los delincuentes provenían de barrios difíciles, condiciones de pobreza extrema, etc.

Señala, también, como los llamados delincuentes de cuello blanco, quienes visten de una determinada forma, llevan una vida muy “*sofisticada y ejecutiva*”, han tenido la oportunidad de tomar estudios en una universidad, de hecho tienen una profesión, y provienen de familias económicamente estables, es justo esta clase de delincuencia que más dinero obtiene, además, que provoca daños a un mayor número de personas.

A pesar, de que es la criminalidad que tiene mayor incidencia en la economía de un país por completo, es la que menos se ataca<sup>1</sup>. Comenta Sutherland que los delincuentes de cuello blanco están separados administrativamente de otros delincuentes, y en gran medida como consecuencia de

ésta no se consideran como verdaderos delincuentes por sí mismos, el público en general, o los criminólogos no los ven como delincuentes, como sucedería con los “asociales” de los estratos sociales más bajos.

Estas teorías pioneras de la delincuencia económica, demostraron para la época, que al lado de los delitos conocidos y tradicionales, existía otro grupo de delincuencia, que acarrea daños millonarios en la economía de los Estados, y que era necesario combatirlos.

Según la exposición de Sutherland, existen elementos importantes para encontrar un tipo de delincuencia que se encontraba hasta esa fecha (1940), y pone de relieve que hay un tipo de crimen, donde los autores son privilegiados en contraposición de los crímenes cometidos por delincuentes de estratos sociales más bajos. Esta clase de delincuencia de cuello blanco que se identifica con los delitos económicos, presentan algunas características que se pueden denominar privilegiadas, son quienes en su ejercicio profesional, y su posición dentro de la estructura de una empresa tienen contacto con fuentes económicas, y por tanto, más capacidad de control y dominio. Esto teniendo la precaución de no incurrir en estigmatizaciones inadecuadas.

Sin embargo, el mayor problema para el derecho penal, se ha dado en la forma en como se están manipulando sus principios y presupuestos, con tal de hacer de que alcancen la realidad económica y empresarial.

## 2. **CONFRONTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO**

En el estado actual de la teoría del derecho penal económico, ni siquiera existe consenso, en la delimitación del entorno del derecho penal económico, tampoco en la fundamentación de las características especiales que justifiquen su separación de la rama principal.

Diversos tipos penales, tocantes a temas tributarios, ambientales, del derecho al consumidor, a la libre competencia, productos alimenticios y agrícolas, aduaneros, informáticos, etc. se han tratado de cobijar dentro de esta doctrina, volviendo difícil la determinación de los bienes jurídicos que se pretenden resguardar.

El principio de legalidad exige que el supuesto de hecho de cualquier delito, se determine con precisión y deba estar específicamente tipificado por una ley penal previa. El principio de legalidad le solicita al legislador del derecho penal la existencia de una descripción diáfana sobre las conductas que se quieran penar.

Evidentemente, existe una imposibilidad material de realizar una descripción exhaustiva sobre todas las conductas que puedan suceder en un determinado delito. Esta imposibilidad surge por motivo de que resultan innumerables los casos que se suscitan, y es insostenible describir todas las posibles contingencias en la norma penal. A lo sumo se aspira a la existencia, de una precisa descripción de la conducta ilícita, con

contenidos generales que permitan entender *grosso modo* el comportamiento que se pretende penar.

Por ejemplo, si el tipo penal, se limita a decir, se impondrá una pena privativa de libertad, a quien administre de manera fraudulenta una empresa o a quien la represente, sería totalmente inconstitucional, por la indefinición en la punibilidad, así como la restringida descripción sobre la conducta penada.

Es menester recordar que detrás del principio de legalidad está impregnada la necesaria garantía constitucional-penal de “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”, y este emblema debe resguardarse y protegerse por el impacto que tiene en las libertades de los ciudadanos.

El principio de legalidad se conforma como un filtro, ante el poder punitivo, es un límite a la persecución penal. Se podría decir que es un colaborador para que el ciudadano no quede desprotegido ante un poder ilimitado. Describiendo la conducta previamente, da seguridad al sistema. Así, (Roxin C., *Derecho Penal Parte General*, 1997, pág. 138) menciona, sobre este principio, que ayuda a evitar la punición arbitraria y no culpable sin ley.

Del principio de legalidad derivan presupuestos pilares del derecho penal en un Estado democrático y de derecho, tales como la prohibición de analogía, la prohibición de retroactividad, y la negativa a la creación de leyes penales indeterminadas e imprecisas, sin un contorno estricto que impida a los ciudadanos saber cuál conducta puede ser ilícita, además de que impide que se active la persecución ante cualquier hecho.

<sup>1</sup> Una razón adicional para creer que se posee un derecho punitivo muy selectivo.

No es suficiente con la determinación de la conducta, aunado debe existir una pena legalmente determinada antes del hecho. El juez solo debe encargarse de valorar la conducta antijurídica y determinar la pena en el marco que la misma lege certa le específica (“*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”). Explica (Roxin C., Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 140) “*hay que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable*”.

Particular atención debe tenerse con este principio en los delitos económicos, pues presentan una tendencia real a la remisión de sus normas a otros preceptos extrapenales, requiriendo una comprobación (o conceptualización previa) de infracciones en normas mercantiles, bancarias, laborales, tributarias, ambientales, administrativas. Si hay dos características, que definan a los tipos de los delitos económicos, es gran cantidad de elementos normativos que poseen, y la segunda su abuso de leyes penales en blanco.

Las denominadas “leyes penales en blanco”, remiten a disposiciones extrapenales; dichas remisiones son las que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal. Es frecuente y casi inevitable en materia penal económica, cuya naturaleza, se caracteriza por la mayor movilidad, especialización y complejidad, en comparación con el Derecho Penal nuclear (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008), sin embargo, las transgresiones que se pueden provocar de tal abuso puede tener impactos prejuiciosos en la aplicación del derecho, tales como el tratamiento del error.

Las normas “*remitidas*”, además, de poseer un carácter extrapenal, muchas tienen una fuerte cantidad de elementos normativos. De forma tal, que llenan o completan el vacío dejado por el legislador, haciendo que el tipo contenido en el Código Penal quede incompleto. (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008) expresa que en el caso de los elementos normativos (para interpretarlos) se tiene que hacer una valoración para lo cual resulta inevitable, muchas veces, recurrir a los conocimientos de otras áreas del Derecho y sus respectivas normas, y no se puede solicitar que el sujeto activo tenga tales características.

Lo cierto es que existe un vacío en el tipo penal en las leyes en blanco, y se busca el elemento faltante fuera del tipo. Justamente, la remisión sirve para llenarlo, afirmar (Abanto Vásquez, 2008) muchas veces se trata de un vacío esencial de la norma, que no permite conocer los elementos básicos de la conducta típica.

Con esto el legislador se despreocupa, y las regulaciones penales de alguna manera se van rellenando con la actividad reglamentaria que le corresponde al poder ejecutivo. Aunque, ya algunos autores han advertido sobre la probable inconstitucionalidad y choque de intereses, que resulta de atribuir a otro poder, que no sea el legislativo, la posibilidad de dictar normas de carácter punitivo.

Aunado a lo anterior, algunas leyes penales en blanco pueden presentar vicios de inconstitucionalidad, si no son tratadas con la especial precaución que merecen. Por ello, es

menester que la ley defina de manera adecuada la conducta, así como una clara delimitación de los presupuestos de punibilidad, en aras de proteger la necesaria taxatividad que informa al derecho penal, y los presupuestos del principio de legalidad que tan caro le ha costado a la ciencia criminal.

Los cuestionamientos teóricos sobre las leyes penales en blanco no pretenden satanizar su creación; sin embargo, no se debe olvidar que la ley remitida, debe asumir los elementos que cualquier ley criminal contiene, abordando elementos mínimos de punición, como el verbo núcleo, los elementos accesorios y clarificadores de la tipificación, extremos de la pena y calidad (Chirino Sánchez, 2013), que permitan al ciudadano conocer realmente cuál es la conducta prohibida.

Sí se debe recalcar, que el abuso a las remisiones de ley, crea una indefinición, volviendo concurrentes las lagunas legales, dejando al aplicador del derecho, la difícil tarea de definir la punibilidad y la conducta típica.

Hay autores que advierten la total contrariedad de las leyes penales en blanco, así Mezger (en *Strafrecht, ein Lehrbuch* (1949) citado por Bacigalupo, en *La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico*, 2000) quien manifiesta:

*“jurídico-penalmente la forma especial de la legislación mediante leyes penales en blanco carece de significación (...) la complementación necesaria es siempre parte esencial del tipo. El tipo complementado, sin embargo, cumple precisamente la misma función que cualquier otro tipo”.*

Evitar caer en puniciones arbitrarias e indeterminaciones de las conductas típicas, debe ser el camino por mirar cuando se crean leyes penales en blanco para los delitos económicos. El enfoque debe dirigirse a cumplir cabalmente con los requerimientos de la *lege certa*, en la necesaria precisión de la descripción de cada conducta dentro de las normas que se crean, donde los ciudadanos reconozcan, cuáles conductas son punibles dentro del Código Criminal, evitando provocar desconocimientos, por parte de la ciudadanía, de la antijuridicidad material y formal de la conducta ilícita, y respetando los principios de “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”, “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”, “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, todos que informan el principio de legalidad.

La significancia real del tema radica en poner en la balanza del equilibrio los presupuestos que participan dentro de esta problemática. Por un lado, no es recomendable dejar desprotegidos bienes jurídicos que sostienen la economía de un país, la transparencia en las operaciones bursátiles, la protección de los consumidores, o el medio ambiente (como lo hacen los tipos del llamado derecho penal económico). Empero, por otro lado, no se debe caer en indeterminaciones que busquen comprender todas las conductas punitivas posibles, arriesgando principios pilares en la edificación del derecho penal “nuclear”.

Para los teóricos y aplicadores del derecho penal, la revisión sobre la legalidad de cada ley penal en blanco, será un asunto casuístico necesario. Así, se abordará el tema desde la constitucionalidad de la norma, en la aplicación misma de cada tipo, se irá examinando artículo por artículo de

cada Código Penal, para conocer si estas remisiones no rozan con los presupuestos y principios que informan al derecho penal, o bien, crean lagunas interpretativas que causen error a las personas.

### 3. **SOBRE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS EN LOS DELITOS ECONÓMICOS**

La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la realización del individuo (Arroyo Zapatero, Derecho penal económico y constitución). No todos los bienes jurídicos que una sociedad tiene pueden ser protegidos mediante el derecho penal, por eso la tutela penal sólo se resguarda para algunos de estos bienes, de acuerdo con su significancia para la convivencia humana, o bien, en el marco que la Constitución Política o Carta Magna que cada país otorga. Independientemente de la tesis sobre bienes jurídicos, que se siga, se afirma, de manera unánime, que los bienes jurídicos, tienen la función de permitir una convivencia pacífica de la humanidad, y de ahí la transcendencia por resguardarlos.

La delimitación de los entes tutelados en el marco del llamado derecho penal económico, ha sido un tema poco claro, con indicios de querer prescindir por completo de alguna protección, (al menos) remota de bienes jurídicos. La pretenciosa protección penal tocante a bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, que albergan intereses, tanto del Estado como de todos los sectores sociales, e individuos, provocan que el margen de (in) definición sea tan extenso, que ni siquiera sus

seguidores logran determinar qué se puede incluir bajo estas frases, quiénes son las víctimas y qué lesiona el justiciable o imputado.

No se puede olvidar que el referido bien jurídico, constituye legitimación para el derecho penal, al menos, una parte de doctrina lo ha considerado de ésta manera. De ahí la relevancia de estudiar con detenimiento los efectos de la omisión de protección de bienes jurídicos en las normas penales. Dicha tesis toma como punto de referencia primario, la lesión a un bien jurídico, o al menos conductas próximas a una lesión, de modo tal que se evitan la creación desmesurada de delitos carentes de una verdadera lesión, también, se estaría obligando al legislador a realizar una verdadera fundamentación de cara a la introducción de nuevas leyes criminales.

Incluso, posiciones como la de Jakobs, quien afirma otra legitimación para el derecho penal, desde la fundamentación de la vigencia de la norma, consideran la importancia delimitar la creación de normas observando lesiones reales a bienes jurídicos. Así, (Jakobs G., ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, 2003, pág. 42). *“El derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen a esos bienes”* (...) también afirma que *“El derecho penal no sirve para la protección de bienes contra ciertos ataques”*.

Mantiene la protección de la vigencia a aquellas normas que prohíben la afectación a un bien jurídico. De tal forma, se deben descartar aquellas normas que no protegen ningún bien jurídico, especialmente aquellas que protegen convicciones morales.

Adscribirse a una u otra tesis, dirige necesariamente, para las normas de los *“delitos económicos”*, a delimitar los bienes jurídicos que se pretenden proteger, pues lo más nocivo, sería ampliar el contorno de bien jurídico hasta abstracciones indefinibles, donde se le otorgue toda la responsabilidad al aplicador del derecho de definir el baremo de manera arbitraria, o bien, el legislador no tenga ningún límite en la creación de normas criminales para una sociedad determinada.

Algunas posiciones doctrinarias, consideran que los bienes jurídicos se adecuan a requerimientos constitucionales, y son normas que vía constitucional, la misma sociedad ha estimado tutelar por su relevancia. Verbigracia, la posición de Roxin, quien destaca una tesis donde la Constitución Política sea el marco rector para la creación de bienes jurídicos penalmente protegidos<sup>2</sup>. *“Hay diversos principios que son constitucionales y que es necesario proteger o resguardar por medio del derecho penal”* (Roxin C., Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 56).

Los precursores de la teoría, que resguardan bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, son especialmente inespecíficos en lo que quieren abrigar. Verbigracia, las explicaciones desprendidas por (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial, 2010, pág. 55) *“en cuanto el derecho penal económico pretende defender los graves daños que este tipo de criminalidad le causa a la economía de un país”*.

Hassemer anunciaba desde 1995, la actitud tendiente a crear vaguedad en los bienes

jurídicos, con la finalidad de apartar del camino, un requisito estorbo, que resultaba limitante en la creación de los tipos penales deseados. Menciona el citado autor

*(...)“Ya en una primera aproximación vemos que las nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga (...) Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar» de los hombres «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas”* (Hassemer, Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico, 1995)

Tiedemann, en un intento, por al menos, enmarcar cuáles tipos penales, corresponden al derecho penal económico, brinda un inventario de artículos, según la dimensión de diferentes legislaciones. Sin embargo, esta lista no es suficiente, a efectos de definir un contorno preciso sobre qué bienes jurídicos intenta proteger esta subárea del derecho penal.

Por supuesto, es aceptado que la realidad económica, le impone al derecho en general, problemas que se deben resolver de una manera adecuada y armónica con el ordenamiento jurídico. Sin arriesgar garantías y derechos que tienen todos los

<sup>2</sup> La posición de creación de bienes jurídicos penales, teniendo como marco rector las disposiciones constitucionales, también, la ha seguido la escuela de Frankfurt en Alemania. Así (Hassemer, Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract), 1998.

ciudadanos en un Estado de Derecho, y que sin ellas se restringe severamente la libertad.

Sin duda alguna, dentro de la actividad empresarial, se despliegan lesiones que impactan el mundo físico ya sea negativa o positivamente. Así, pueden afectar el entorno de las personas, su salud, a la economía del estado, al medio ambiente, etc. Un sinfín de ámbitos del mundo fáctico. De ahí la necesidad de darle un tratamiento adecuado al problema, porque no se pretende caer en una anomia, que cause lesiones irreparables a la sociedad en general.

Sin embargo, se observa, que la delimitación de los bienes jurídicos tiene repercusiones en otros principios rectores del derecho criminal, así el principio de subsidiariedad. El derecho penal se crea como un método fragmentario, pues no intenta proteger todos los posibles bienes existentes en la sociedad, sino más bien, aquellos que resultan relevantes<sup>3</sup>. Menciona (Cervini) que *“el Derecho penal sólo debe proteger ‘bienes jurídicos’ no significa que todo ‘bien jurídico’ haya de ser protegido penalmente”* (la negrita no corresponde al original), y este es el fundamento del principio de subsidiariedad.

Queda claro, la legislación criminal no protege integralmente todos los bienes jurídicos, sino hasta donde alcanzan las normas, por eso es que puede hablarse del carácter fragmentario de la protección de los bienes jurídicos (Cfr. Castillo González, El bien jurídico penalmente protegido, 2008). Este enunciado presenta una relación estrecha con la concepción de última ratio, que recuerda la necesidad de utilizar el derecho

<sup>3</sup> Depende de la tesis que se acoja, la relevancia puede seguir el referente de la constitución o bien, según las reglas de la sociedad donde subsisten.

penal sólo cuando resulta restrictamente menester. Exigiendo la búsqueda de medios menos lesivos, para controlar la protección de bienes jurídicos. Todo lo anterior, por la violencia y persecución que genera el derecho punitivo.

La tarea de la identificación de los bienes jurídicos en la creación de los delitos del derecho penal económico, ayudaría a establecer una relación entre los principios constitucionales y los parámetros que se intentan proteger, además, de lograr un sistema coherente y armónico, con la existencia de una verdadera finalidad para pretender penar una conducta. Como bien afirman los catedráticos, no se pueden crear bienes jurídicos tan abstractos que tornen arbitrario el sistema.

La carencia de un bien jurídico penalmente protegido, de muchos de los tipos penales provenientes del llamado derecho penal económico, se debe a su caracterización de delitos de peligro abstracto o delitos de infracción de deberes. La idea de estos tipos económicos es pretenciosa, se busca almacenar cualquier cosa en la descripción, así lo recuerda el profesor Lascano:

*“Dentro de esta nueva subrama del Derecho Penal se encuentran agrupados hechos desvalorados socialmente de diferente naturaleza, con bienes jurídicos altamente difusos y distintos de los clásicos derechos patrimoniales”. (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008)*

Así, se llega a creer en la necesidad de creación de tipos penales carentes de un bien jurídico. Donde no ha previsto una relación de convivencia que tutelar, o simplemente derivan de una norma, o bien, surgen de un proceso de interpretación. Ejemplos de estos son los tipos penales provenientes del derecho penal de deberes<sup>4</sup> o de los que surgen de relaciones funcionales imposibles de fundamentarse constitucionalmente (Chirino Sánchez A. C., 2013). Como consecuencia, atentan vehementemente contra el principio de lesividad y violan aquel dogma que sólo autoriza el ejercicio de la coerción penal frente a una conducta humana exteriorizada, que implique lesión o, al menos, puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

Asimismo, la carencia de lesión a un bien jurídico, infringe los presupuestos del principio de proporcionalidad de la pena. Este principio recuerda que cada sanción penal impuesta, debe ser proporcional a la lesión creada. Evitando así, la imposición de penas draconianas desajustadas a la lesión causada. Este es otro límite al poder punitivo del Estado, que se logra vencer gracias a los tipos modelos carentes de un ente tutelado.

Estos hechos no son aislados, ni pertenecen sólo al derecho penal económico, más

bien la tendencia del derecho moderno, es crear tipos con ausencia de bien jurídico, al parecer resultan muy adecuados para vencer recaudos de algunos principios que aún quedan en la dogmática, así eliminan principios al mismo tiempo que crean normas.

Sin ente que proteger, el objetivo de estos tipos penales, es la prevención de riesgos, obedecen a delitos de mera actividad sin un resultado concreto, ni siquiera de un peligro concreto. Se trata de un derecho penal de peligrosidad, donde existe una invasión de los llamados tipos de peligro abstracto que no protegen otra cosa, sino una posibilidad de un riesgo que puede llegar a suceder a futuro, se trata de una hipótesis, de una potencialidad de un hecho que pueda llegar a suceder. La consecuencia directa llega a los límites del derecho criminal, que cada día se vuelven más difusos e ilimitados<sup>5</sup>, cada vez más indeterminados.

No se trata de una mera abstracción, estas prácticas resultan peligrosas por la intervención excesiva que otorgan al poder punitivo del Estado, además, de encontrar grandes choques de constitucionalidad. Los bienes jurídicos que se tratan de tutelar mediante el derecho criminal económico, suelen ser como el mismo (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte

<sup>4</sup> El derecho penal económico se abastece (sin perjuicio de los delitos de peligro abstracto y delitos imprudentes) de delitos especiales, donde no existe una conducta concreta que reprochar, más bien se sanciona la simple infracción del deber impuesto por la norma. La simple transgresión de este deber puede llevar a constituir acción en el sentido jurídico penal.

<sup>5</sup> Estas ideas, son pilares fundamentales del derecho penal, cimientos básicos que nunca deben perderse de vista. Algunos de estos principios resultan vulnerados como: los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal, que le impiden, al Estado, castigar con pena privativa de libertad existiendo otros medios menos drásticos para enfrentar el problema acaecido. Estos principios al criterio de (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008) se encuentra “en crisis” en la actualidad, pues el Derecho Penal Económico, lo que exige, en este ambiente de “huída hacia el Derecho Penal”, es precisamente la criminalización de determinadas conductas, lo cual provoca no pocas tensiones con aquel postulado político-criminal de la Constitución.

general y parte especial, 2010) afirma, “*son bienes jurídicos supraindividuales*”. Los cuales se encuentran sometidos a los influjos de la globalización económica y resienten los flujos y reflujos de las crisis que azotan los mercados (Chirino Sánchez, 2013).

Cuanto más pródigamente se impulsa la abstracción del bien jurídico, cuanto más se aleja de ideas individualistas y concretas, más se difumina el contorno de la conducta que se pretende evitar, y mayor es la posibilidad de tener intervenciones innecesarias. (Hassemer, Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract), 1998, pág. 3) expresa, que “*una verdadera delimitación del ente jurídico que se intenta proteger, ayuda a condicionar intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, minimizarlas y controlarlas*”.

La intervención del poder penal se debe dar, empero, acaece una especial relevancia en que cada una de estas intromisiones sea simétrica al bien que intenta proteger. Aunado a este tema, debe hablarse de la proporcionalidad, entre la lesión y la pena impuesta. Ambas medidas que ayudan a evitar penas draconianas, donde se impide que el justiciable, pague la prevención general negativa de toda una población, también soslaya que la persecución se encamine a fines caprichosos.

A nivel primigenio se consideró que los delitos económicos, protegían los bienes patrimoniales, no obstante en la actualidad, un elevado número de tópicos se cobijan bajo este lema, sin que se determine el principio y el fin de su contenido. Se dice es la protección del mercado de bienes y servicios, o bien, afirma la doctrina española, se protege el orden socio-económico. Hay autores que aducen que la

tutela trasciende de la patrimonial y, por el contrario, pretende proteger bienes que provienen de la estabilidad de la economía de un Estado. El jurista (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008, pág. 14) trata de puntualizar de la siguiente manera:

*(...) “no todo ataque contra un bien jurídico con contenido patrimonial tendrá naturaleza de delito económico; por el contrario, para que una conducta socialmente disvaliosa revista la característica de delito económico, a la afectación de dicho interés patrimonial particular, será necesario acreditar su trascendencia negativa para el funcionamiento del mercado de intercambio de bienes y servicios”.*  
(Subrayado no corresponde al original)

¿Trascendencia negativa para el funcionamiento de mercado? En definitiva darle forma a esta criatura amorfa, será una tarea que se está dejando en manos de los aplicadores del derecho, quienes de manera arbitraria podrán entender, según su libre albedrío, cualquier cosa que deseen entender sobre estos conceptos, tal y como se presenta en la interrogante realizada.

Para el autor Klaus Tiedemann, describe el concepto de derecho penal económico de la siguiente manera:

*“el punto de vista basado en consideraciones dogmáticas penales de los bienes jurídicos tutelados se complementan mediante la protección de instrumentos del tráfico económico, que son utilizados abusivamente en los delitos económicos”.* (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial, 2010, pág. 56)

Estas explicaciones, demuestran el esfuerzo por ubicar el bien jurídico dentro de la problemática de la sociedad y el quehacer económico, sin embargo, la explicación resulta tan abierta, que no aporta mucho ni a la definición de derecho penal económico ni a los bienes jurídicos que se intentan proteger.

Por supuesto, se olvida el principio de reserva de ley y se atribuyen responsabilidades al Poder Ejecutivo que vía reglamentaria puede intervenir, haciendo regulaciones de cualquier naturaleza. Entonces, dos principios básicos del derecho penal se ven confrontados, la ya citada reserva legal, y la separación de poderes, donde cada uno tiene sus propias competencias y responsabilidades para actuar en un orden democrático, la potestad de crear leyes de la envergadura de un Código Punitivo, o cuestiones relevantes a la criminalidad, debe ser una competencia del Poder Legislativo, sin un traslado de funciones, que atente contra este principio que, además es de naturaleza constitucional.

Debe rescatarse que la creación de esta serie de tipos penales no ha sido orgánica, sino que responde a tipos difusos, que son complementados con la creación de otras leyes, que le brindan una definición. De tal forma, que la creación de esta clase de tipos no fue uniforme, quizá esto torne mayormente difícil la clasificación.

Así, por ejemplo, la denominación de empresa, o de representante legal, son conceptos que no se encuentra dentro de ningún Código Penal. Por esta razón, se remiten a otras leyes para encontrar su delimitación. Por ejemplo, muchos de los preceptos que abastecen normas tributarias, o de control de lavado de dinero, provienen de Reglamentos. De tal forma, se crea un efecto

de bola de nieve, creando un sinfín de leyes penales en blanco, nublando la identificación de los tipos penales que se pretenden proteger, y acudiendo incesantemente a la creación de Reglamentos para regular temas de pertinencia criminal. Olvidando como dice (Foffani, 1999) que la importancia del bien jurídico es que nivela las contribuciones al hecho.

En la realidad actual, donde existe una sociedad compleja, compuesta por una organización estructurada en jerarquías, donde el componente más característico es la delegación de funciones, el común denominador es una estructura diversa con gran variedad de funciones e integrantes. Por este motivo, muchos teóricos se han replanteado la solución que brinda el derecho penal ante este nuevo panorama, “*el derecho penal nuclear y clásico convive hoy con un nuevo modelo de delincuencia asociado al funcionamiento de una empresa*” (Choclán Montalvo, 2006). En definitiva el imperativo categórico obliga a dar respuestas y soluciones.

Crear tipos penales que salvaguarden un bien jurídico, sin relajar los principios y garantías del derecho penal nuclear, son una necesidad que la realidad le impone a la materia penal. La convivencia humana misma, y su compleja organización empresarial, así como el manejo del mercado de los bienes y servicios, requieren constituir un marco de intervención del derecho criminal, apegado a los principios y garantías que siempre lo han informado, sin relajar los derechos que posee cualquier justiciable en un Estado de Derecho.

No se debe olvidar que una intromisión desmedida e injustificada, del poder punitivo del Estado, atenta de manera vehemente

contra la libertad misma de la ciudadanía. Se constituye en una poderosa herramienta, que puede acabar con la convivencia social pacífica, y exterminar hasta derechos humanos básicos trascendentales para la vida humana. De ahí el peligro de crear una subrama del derecho penal, donde se corra el riesgo de formar mamparas para edificar otros principios o relajar los que ya existen, permitiendo injustificada intervención estatal.

El problema no yace en fundar un “derecho penal económico” o denominarlo como se quiera, el núcleo de la discusión debe centrarse en no permitir que un simple eufemismo, sea fuente donde germinen nichos de relajación de principios y garantías indisponibles del derecho criminal. Los principios del derecho penal, son la Carta Magna de un ciudadano libre y del mismo delincuente como lo mencionaba desde hace mucho tiempo el autor von Liszt.

Nadie niega la importancia de que el Estado regule, el mercado del desarrollo económico<sup>6</sup>. Sería inaceptable que estos bienes jurídicos quedaran sin protección alguna (se demostró al inicio de este apartado, cómo la criminalidad económica genera ganancias multimillonarias y defalcan instituciones sustanciales afectando a toda la población), empero, dicha protección debe elaborarse manteniendo los parámetros del derecho penal nuclear.

El aseguramiento de la libertad económica debe desarrollarse bajo el marco de los principios que siempre han abastecido al derecho punitivo, sin crear una rama separada, que busque afirmar características específicas que justifiquen un

desprendimiento de los principios y garantías que existen en un Estado de Derecho.

### **Excurso**

La presentación anterior tiene como finalidad exponer algunos enunciados de la doctrina que trata de separar el derecho penal económico de su tronco nuclear. Todo esto analizado desde la reflexión crítica, pues como se comprobó, en definitiva, el mundo empresarial, durante las últimas décadas ha presentado cambios radicales que imponen nuevas realidades. El derecho debe responder al entorno, dando soluciones a los conflictos que se crean. No obstante, esta respuesta debe ser prudente, tomando de manera integral los preceptos del ordenamiento jurídico.

La ciencia criminal, con su modalidad de amenaza, presenta la cara más fuerte de la política, y de ahí su frecuente utilización, como instrumento de poder, de enfrentamiento, para vencer todos los problemas sociales. No obstante, debe evaluarse que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, justamente, por la represión y las lesiones que es capaz de efectuar.

Este primer esbozo sobre la criminalidad económica demuestra que existen núcleos problemáticos, que son derivados del entorno empresarial. Empero, la solución no es buscar relajar y hasta erradicar algunos principios fundamentales de la sociedad, con el fin de buscar sanciones a cualquier costo.

Todo esto se desarrolla en una coyuntura, donde se visualiza al delincuente, desde lo que Jakobs denominó derecho penal

del enemigo. Donde el criminal, no es una persona, más bien es un objeto de derecho, y por eso se puede abalanzar sobre él, con todo el peso de la persecución criminal.

El Estado ya no busca el diálogo con la sociedad, mediante la comunicabilidad de la pena, más bien, crea una guerra contra el delincuente, contra estos enemigos de la sociedad.

Las repercusiones y efectos reales: creación de tipos penales carentes de bien jurídico tutelado, introducción desmedida de delitos de peligro abstracto, donde hay un adelantamiento en la persecución penal, además, de prescindir de una conducta concreta; lesionando como resulta evidente el principio de legalidad y tipicidad.

Dentro de todo este panorama, y en la urgencia por buscar una respuesta rápida para la sanción de estos entes empresariales, que tanto daño provocan, entra en consideración diferentes teorías, que se desarrollan más como una solución de emergencia que como un solución integral, evaluada desde los presupuestos integrales del derecho penal y la política criminal.

### **Bibliografía**

Aller, G. (s.f.). *Aspectos dogmáticos y criminológicos de la delincuencia empresarial*. Recuperado el Febrero de 2013, de Facultad de Derecho. Universidad República. Uruguay : [http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller\\_delincuencia-empresarial.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller_delincuencia-empresarial.pdf)

Arroyo Zapatero, L. Derecho penal económico y constitución. *Doctrina*.

Arroyo Zapatero, L. El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea. *Doctrina*.

Cancio Meliá y Jakobs G. (2007). Derecho penal de enemigo. Argentina: Hammurabi.

Cervini, R. (s.f.). *Derecho Penal Económico. Concepto (integrado) y Bien Jurídico*. Obtenido de <http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/lfg/files/2012/04/Derecho-Penal-Economico-Concepto-Integrado-y-Bien-Jur%C3%ADdico.pdf>

Chirino Sánchez, A. (2007). El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo? En J. L. (coordinador), *Justicia penal y Estado de derecho. Libro Homenaje a Francisco Castillo* (págs. 145-160). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Chirino Sánchez, A. (2013). Aspectos Fundamentales del Derecho Penal Económico. Un acercamiento desde la dogmática y la política criminal centroamericanas. En Chirino A. y Martínez H., *Ensayos sobre derecho penal económico y de empresa*. San José, San José, Costa Rica.

Chirino Sánchez, A. Seguridad ciudadana y prevención del delito. *Iusdoctrina*.

Choclán Montalvo, J. A. (2006). La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre. *Estudios de Derecho Judicial*, 91, 13-46.

Foffani, L. (17 de Diciembre de 1999). Criminalidad organizada y criminalidad económica. *Doctrina*.

6 En el mismo sentido puede verse (Arroyo Zapatero)

Frisch, W. (1996). Responsabilidad penal de las empresas. En S. M.-M. Peña, & J. M. Bosch (Ed.), *Responsabilidad penal de las empresa y sus órganos, y responsabilidad por el producto* (págs. 99-127). Barcelona, España.

Hassemer, W. (1990-1991). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". *Estudios penales y criminológicos*, Número 15, 181-198.

Hassemer, W. (1995). *Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico*. (E. J. Conosur, Ed.) Obtenido de

Neopanopticum: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2/>

Hassemer, W. (1998). Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract). *Revista Penal*, 1, 37-42.

Hassemer, W. (2001). *Introducción a la criminología*. Tirand lo Blanch.

Hirsch, H. J. (Setiembre a diciembre de 1993). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XLVI, 1099-1124.

Hirsch, H. J. (enero-diciembre de 2008). Sistemática y límites de los delitos de peligro abstracto. *Revista latinoamericana de derecho*( 9), 151-181.

Jakobs, G. (1992). Principio de Culpabilidad. *ADPCP*, XLV(III), 1051-1083.

Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. M. (coordinador), *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (M. C. Meliá, Trad., págs. 41-90). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Lascano, C. (2003). La insostenible "modernización del derecho penal" basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes.

Lascano, C. (28 de Marzo de 2008). Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. *CIIDPE*.

Lascano, C. (2008). *Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico*. Recuperado el Febrero de 2008, de Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico : <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. España: Civitas.

Tiedemann, K. (1996). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de derecho penal*.

Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial*. (M. A. Vásquez, Trad.) Valencia: Tirant lo Blanch.