



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

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
A. C.
México

Mejías Rodríguez, Carlos Alberto

El ámbito de protección en el derecho penal económico

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IX, núm. 35, enero-junio, 2015, pp. 58-75

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

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293242147004>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

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

El ámbito de protección en el derecho penal económico*

The scope of protection in the economic crime law

Carlos Alberto Mejías Rodríguez**

RESUMEN

En esta contribución el autor asume una postura sobre los criterios que en la modernidad existen sobre la delincuencia económica y los riesgos que ocasiona el expansionismo punitivo, lo cual es tema de debate en la teoría más avanzada. Se destaca la importancia de articular una política preventiva y minimalista del Estado para lograr la protección a sus intereses económicos.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, bienes jurídicos, protección jurídica, orden socioeconómico, delito económico.

ABSTRACT

This research presents a position on current criteria on economic crime and risks of punitive expansionism, which is a matter of debate in the most advanced theory. We stress the importance of developing a preventive and minimalist policy of State to achieve the protection of its economic interests.

KEY WORDS: Criminal law, legal assets, legal protection, socioeconomic order, economic crime.

* Recibido: 25 de agosto de 2014. Aceptado: 20 de octubre de 2014.

** Profesor titular de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.
(mejiascarlosalberto@gmail.com).

Sumario

1. Introducción
2. La formación de bienes jurídicos en materia penal económica
3. Algunos fundamentos sobre el carácter supraindividual del derecho penal económico
4. Los delitos económicos y la justificación del bien jurídico a proteger en esta rama
5. El sistema económico y la Constitución del Estado como objeto de tutela: bases cuestionadas e inconclusas
6. Análisis crítico sobre la tutela al orden económico
7. El contexto social en el que se desenvuelve la economía como un factor de acercamiento para elegir el contenido de tutela penológica
8. Toma de postura y propuesta de valoración
9. Conclusiones

1. Introducción

Un sector dominante de la doctrina busca explicar el fenómeno de la delincuencia económica a través del replanteamiento de la teoría de bienes jurídicos, y en esto prácticamente todos concuerdan en que no puede mantenerse para la vida moderna un concepto de bien jurídico tal como se entendía en la Ilustración; la vida moderna exige que este concepto sea replanteado para afrontar las nuevas formas de ataque contra la pacífica coexistencia en sociedad. Luego, las peculiaridades de los delitos económicos ha llevado solamente a que se les estudie por separado en una parte general y una parte especial del derecho penal económico, sin que ello implique el reconocimiento de algo básicamente distinto al derecho penal, pues también para los delitos económicos se aplican los mismos principios garantistas.¹

Hasta la década de los años ochenta, el derecho penal económico presentaba una fisonomía que en forma generalizada suponía la adopción de una conceptualización que partía de un “concepto restringido”, vinculado a una noción de las mismas características del delito económico, que era consecuencia de precisiones relacionadas con la teoría del bien jurídico, y a la par surgió un “concepto amplio”, cuyas características definían el conjunto de normas jurídico-penales destinadas a proteger el orden económico, a la vez que colocaba como objeto de protección, en primer lugar, a los intereses patrimoniales, cuyo titular podía ser el Estado o los particulares, y en segundo término se atendía a la tutela de bienes colectivos relacionados con la regulación económica del mercado. Fue en ese mismo decenio, en ocasión del XIII Congreso de la Asociación Internacional

¹ ABANTO VASQUEZ, MANUEL. “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, Perú, 2005, pp. 3-44.

de Derecho Penal, celebrado en la ciudad de El Cairo, Egipto, en 1984, que se enfocó por primera vez el alcance y contenido del derecho penal económico; sin embargo, no fue posible uniformar los criterios y sólo se logró el consenso entre los participantes de evaluar esta rama en las dimensiones restrictivas, amplias y también en un criterio de corte restrictivo-constitucionalista.

Actualmente, un número creciente de autores considera que el delito económico y, consecuentemente, la criminalidad económica no pueden entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se producen, pensando que el delito económico, como en general todos los delitos –convencionales o no convencionales–, son productos sociales o más exactamente “subproductos estructurales”, ya que obedecen a los condicionamientos concretos que se observan en una determinada sociedad y en un momento histórico determinado.²

Cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego, la conducta constitutiva de delito económico estará funcional y operativamente condicionada por la estructura socioeconómica concreta de un lugar y en un momento determinado.

Lograr sistematizar las ideas y las diversas aportaciones en este asunto es tarea obligada en los estudios del derecho penal económico, sobre todo por la mirada constante que desde hace algún tiempo se le viene prestando a las conductas delictivas de naturaleza económica, y también de cara a los límites que se le imponen al *ius puniendi*, en tanto es un reto lograr en cada caso y ante cada conducta delictiva una política preventiva, más que represiva, de estos fenómenos, que no dejarán de ser sociales y que se agravan por el desatinado empuje de las corrientes económicas neoliberales.

2. La formación de bienes jurídicos en materia penal económica

Antes de adentrarnos en el tema específico que nos ocupa, para lograr mejores entendidos debemos dedicar unas breves palabras a la manera en la que se forman los bienes jurídico-penales, y dejar sentada nuestra filiación y postura sobre este asunto.

Los bienes jurídicos –en su sentido más extenso– son bienes que se encuentran protegidos por el derecho; con lo que quiero decir que el ordenamiento jurídico –a través de los órganos competentes del Estado y tomando en cuenta los acontecimientos sociales, políticos y económicos– le da la característica de jurídico a un bien.

² CERVINI RAÚL. *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, publicación periódica del Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico, Córdoba, en: <http://www.cidpe.com> [Citado: 20.Febrero.2009].

Consecuentemente, estos bienes no fueron siempre jurídicos, tuvieron una etapa prepositiva, como afirma MIR PUIG;³ sin embargo, el Estado los positiviza mediante un juicio de valor, en virtud del cual los considera suficientemente importantes para ser protegidos por el derecho. Esta calificación es de suma relevancia, pues permite separar los bienes que se localizan en el campo de la moral y que, por ende, no gozan de protección jurídica alguna, de aquellos bienes que son reconocidos por el Estado —a través del sistema jurídico— y que decide proteger.

No obstante, todavía falta que el Estado haga otro juicio de valor a efecto de seleccionar los bienes jurídicos que considere más importantes y, por lo tanto, merecedores de la protección penal. Es decir, se trata de bienes que se consideran lo suficientemente relevantes como para que a quien los vulnere se le aplique una pena o, dicho de otra manera, se ejerza el poder punitivo en su contra.⁴

A nuestro entender, en el derecho penal económico la selección de los bienes jurídicos debe partir de los cuatro criterios político-criminales de que hablara FERRAJOLI,⁵ los cuales se hacen necesarios para maximizar la protección de bienes con un mínimo de prohibiciones y castigos.

En primer orden, el bien jurídico debe ser de una importancia tal que merezca la protección penal; es decir, debe justificarse la prohibición sólo cuando se dirige a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también —por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal— el peligro que se ha corrido.

Un segundo aspecto es que la lesión que se causa —por medio de la pena— debe ser proporcional a la lesión o a la puesta en peligro. Este criterio es, naturalmente, genérico e indeterminado, pero puede completarse afirmando que ningún bien justifica una protección penal —en lugar de una civil o administrativa— si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena.

Como tercer criterio, la manera de redactar los tipos penales es importante para que la protección sea adecuada, de tal forma que se excluyan todas las

³ MIR PUIG, SANTIAGO. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 160.

⁴ En este sentido, Roxin indica que [...] la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etcétera—. Por ello se denomina la pena la «última ratio de la política social» y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos". ROXIN, CLAUS. *Derecho penal parte general*, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Civitas, Madrid, 1997, p. 65.

⁵ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001, p. 475.

conductas que son permisibles y que se incluyan todas las conductas que resulta necesario sancionar en sede penal.

En cuarto lugar, y en virtud de lo extremo de la reacción estatal de castigar, ésta debe ser la última alternativa —*última ratio*— para hacerle frente a las conductas lesivas de bienes jurídicos.

Aunque, ciertamente, para el enfrentamiento a la criminalidad económica, el instrumental penal vigente resulta insuficiente ante la creciente comisión de delitos e impunidad ante ellos —más por dificultades probatorias que sustantivas—, tampoco las propuestas de tratamiento extrapenal pueden satisfacer las necesidades preventivas y protectoras de los bienes jurídicos.

Por ello, negamos las concepciones que algunos autores occidentales han venido planteando sobre las insuficiencias e ineeficacia de la teoría del bien jurídico para explicar la protección de algunos intereses sociales modernos, incluyendo nuestra objeción hacia aquellas corrientes, como las de un “derecho penal de seguridad” planteado por la Escuela de Frankfurt⁶ o las que invocan una “segunda y triple velocidad”⁷ en el enfrentamiento, o aquellas que se inclinan por apartar el delito económico de las normas penales, como ocurre con el “derecho de intervención”, planteado por HASSEMER, las cuales optan por una fundamentación adicional del objeto de tutela y por la necesidad de relativizar principios tradicionales o renunciar a ellos, ante determinados grupos de conductas graves como son las de contenido económico.⁸

3. Algunos fundamentos sobre el carácter supraindividual del derecho penal económico

Existe plena coincidencia en que una de las características centrales del bien jurídico en los delitos económicos reviste el carácter de un bien supraindividual⁹ y resultan, frecuentemente, plurifensivos, o al menos con capacidad para realizar una afectación patrimonial de aquellas características.

Nos recuerda TIEDEMANN que un criterio racional en lo concerniente al derecho penal económico impone preliminarmente distinguir los bienes jurídicos individuales de los bienes jurídicos supraindividuales.¹⁰ Este criterio de la supaindividualidad no difiere mayormente de aquel que habla de bienes jurídicos

⁶ GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico, parte general*, ARA Editores, Lima, 2003, p. 105.

⁷ *Ibidem*, p. 126.

⁸ ABANTO. *op. cit.*

⁹ ROMERA, OSCAR E. “Los cometidos del derecho penal económico y sus núcleos problemáticos”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 1, septiembre de 2004, p. 192.

¹⁰ TIEDEMANN, KLAUS. *Lecciones de derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 31.

“colectivos de carácter económico” definido por MUÑOZ CONDE,¹¹ cuyas características los vinculan a bienes que pese a tener menor visibilidad, no dejan de existir, como ocurre con las concertaciones económicas, el sistema tributario o el crediticio y cambiario, entre otros.

De todas formas, a contrapelo de la apreciación supraindividual, MUÑOZ CONDE señaló que al trascender más a los intereses colectivos, “no debe confundirse el orden socioeconómico con el orden económico en sentido estricto u orden público económico, vinculado exclusivamente a la actividad del Estado como director e interventor de la economía”.¹²

Este criterio, que desvincula el carácter supraindividual de los delitos socioeconómicos con aquellos que interfieren el orden económico, pudiera ser refutado, en tanto ello no implica que el ámbito de aplicación del derecho penal económico no tenga como finalidad el garantizar la protección de los ataques que se originan ante la ocurrencia de tipos penales clásicos como la estafa o la apropiación indebida y, por tanto, considerados también —amén de las especificidades delictivas— en su visión plurifensiva, como bienes jurídicos colectivos de carácter económico.¹³

Acertadas, sin embargo, pueden ser las proyecciones teóricas de TERRADILLOS, al menos desde la perspectiva de la técnica de protección y a efectos de racionalizar las figuras de peligro abstracto, al considerar que

[...] en el ámbito de la delincuencia económica es posible identificar tres categorías de bienes jurídicos supraindividuales: institucionalizados de titularidad individual o individualizable (por ejemplo, capacidad recaudatoria o recursos de la hacienda pública); supraindividuales que constituyen elementos básicos del sistema (por ejemplo, medio ambiente), y colectivos o sociales funcionalmente necesarios para la defensa de otros individuales (por ejemplo, transparencia del mercado de valores).¹⁴

En teoría, resulta factible formular un acercamiento neutral al bien jurídico protegido con un alcance geográfico e histórico universal, pues toda comunidad

¹¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal español de 1994”, en *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, São Paulo, núm. 11, 1995, pp. 11 y 12.

¹² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “Delincuencia económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 267.

¹³ En un principio, dada la distinción originada entre bienes supraindividuales, individuales y éstos de los patrimoniales, fueron considerados ajenos al derecho penal económico delitos como la estafa, la apropiación indebida, el soborno, la usura, el hurto, el daño o los delitos de quiebra. CERVINI. *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, cit.

¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, JUAN. “Sistema penal y delitos contra el orden socioeconómico. Consideraciones introductorias”, en DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MERCEDES (dir.). *Derecho penal económico*, Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 62.

política tiene un orden económico, y las normas de derecho penal económico cumplen siempre la función similar de incriminar comportamientos que lo lesionan o ponen en peligro. Sin embargo, cuando se toman en consideración los objetivos político-criminales, más el contenido y alcance de las legislaciones penales en esta materia, encaminadas al enfrentamiento que requiere la criminalidad económica, las normas penales comunes difieren sustancialmente y la posibilidad entonces de lograr un cierto consenso sobre el objeto material del derecho penal económico se pierde con facilidad.¹⁵

Es por ello que existe un reconocimiento por parte de la doctrina en aceptar la existencia de ese tipo de bienes jurídicos supraindividuales como parte del concepto delimitador del ámbito de acción del derecho penal económico, para igualmente catalogarlos como plurifensivos; en tanto la acción típica concreta posee la potencialidad como para afectar esos bienes jurídicos de naturaleza colectiva. No obstante, esta variable delimitadora no será de por sí suficiente y será necesaria la complementariedad de otras variables jurídicas para intentar una definición jurídicamente tangible del contorno del bien jurídico y del propio concepto de derecho penal económico.

En resumen, reafirmamos la idea de que los pronunciamientos que hacen referencia a que el delito económico ampara básica y prioritariamente bienes supraindividuales, no niega que pueda además quedar protegido el interés jurídico de un particular. Así, por ejemplo, las normas de defensa del ciudadano que concurre como agente económico al mercado como bien jurídico supraindividual, amparan también intereses individuales de los consumidores; de igual manera, algunos de los clásicos tipos patrimoniales que tutelan fundamentalmente bienes individuales pueden asumir modalidades trascendentales que permiten su caracterización como delitos económicos que comportan un abuso de medidas e instrumentos de la vida económica.

4. Los delitos económicos y la justificación del bien jurídico a proteger en esta rama

Desde mediados del siglo pasado, dentro de la doctrina penal fue dominante el punto de vista que buscó la delimitación del delito económico utilizando como pauta del agrupamiento de estas conductas el bien jurídico protegido, por considerar que era el único que permitía evitar ambigüedades y contradicciones, lo

¹⁵ JESCHECK, HANS-HEINRICH. *El derecho penal económico alemán*, Cuadernos de los Institutos, Universidad Nacional de Córdoba, núm. 74, 1993, pp. 69 y ss.

que originó algunas conclusiones homogéneas sobre la objetividad jurídica, las cuales han seguido desarrollándose con diferentes posturas y concepciones.

La existencia misma de las concepciones sobre el delito económico y sus implicaciones sobre el bien jurídico ha sido puesta en discusión desde antaño. Así, SOLER, por un lado, había sostenido que “la noción de delito económico es falsa porque no está construida sobre la noción de bien jurídico”, frase a la que le añadió la idea de que “las acciones reprimidas por esta rama del derecho penal no son desvaloriosas desde el punto de vista ético social”.¹⁶

Para DÍAZ GIRALDO, el bien jurídico bajo este tipo penal especial, haciendo referencia a los delitos económicos, “no es sólo el patrimonio, sino la sociedad en sus diferentes formas de organización y sobre todo el orden financiero”.¹⁷

Una perspectiva economicista de óptica restrictiva la otorgaba WERGET, quien definió al delito económico como “la infracción que lesiona o pone en peligro la actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía”.¹⁸ Y en la misma orientación, pero un poco más extensa y neutral, fue la definición de OTTO, para quien: “son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico”.¹⁹

Por tanto, atendiendo a estos planteamientos se descifra al derecho penal económico, el que en sentido estricto todo parece indicar que está dedicado al estudio de estos delitos que lesionan o ponen en peligro la actividad reguladora –*lato sensu*– del Estado en la economía y a las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.

TIEDEMANN señaló que “el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual)”,²⁰ postura que igualmente fue criticada al suponer el

¹⁶ RIGHI cita a Sebastián SOLER en su exposición en las primeras jornadas nacionales de derecho de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, publicado en el diario *La Razón* el 8 de octubre de 1964. RIGHI, ESTEBAN. *Los delitos económicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 35.

¹⁷ DÍAZ GERALDO, WILLIAM. “El derecho penal societario. Delitos de fraude en la administración de personas jurídicas”, en *Revista Peruana de Derecho Económico*, Lima, Perú, 2010, pp. 179-189.

¹⁸ WERGET, SAMUEL. “El concepto de delito económico para las ciencias penales”, *Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala*, Galkir, Guatemala, 1972, p. 34.

¹⁹ OTTO, H. “Reschlagsbegriff und Deliktstatbestand”, en *Strafrecht-tsdogmatik und Kriminalpolitik*, Carl H. Verlag, Colonia, 1971, p. 72. Citado por CERVINI. *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, cit.

²⁰ TIEDEMANN, KLAUS. *Derecho penal económico: introducción y panorama en derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. de Manuel Abanto Vázquez, Idemsa, Lima, 2000, pp. 16 y ss.

favorecimiento de la tendencia expansiva del derecho penal a través de la creación de tipos penales económicos de peligro abstracto.

La delimitación de un criterio material para definir un delito económico necesariamente gira en torno al concepto de bien jurídico-penal, entendido como un interés social protegido por la norma. Precisamente es, como adelantamos, la necesidad de establecer con la mayor precisión posible ese interés, tarea cuya complejidad ha provocado que algunos renuncien a ella, llegando a predicar que el gran número de normas penales aplicables y la distinta gravedad de los hechos involucrados obliga a admitir que lo único que tiene sentido es utilizar un concepto “pragmático” del delito económico.²¹

Por eso compartimos la tesis de que la dispersión y heterogeneidad legislativa presente en los cuerpos penales torna muy difícil determinar el bien jurídico protegido a través del delito económico.

5. El sistema económico y la Constitución del Estado como objeto de tutela: bases cuestionadas e inconclusas

En las condiciones actuales y bajo la irrefutable subordinación a un mundo económicamente globalizado, ningún país puede ignorar que entre los factores o presupuestos sustentadores de los regímenes políticos existen condicionamientos económicos.²² Sin embargo, esos factores económicos que influyen en las decisiones políticas deben tener como soporte la norma constitucional y el resto del andamiaje legislativo, cuyo marco es necesario utilizar políticamente para limitar los efectos negativos en la sociedad, tratando de no convertir en “letra muerta” las garantías individuales consagradas en la carta magna e incluso en los tratados internacionales que por voluntad política son firmados por el Estado.

El Estado sigue siendo el ente que está encargado, en forma indelegable, de fiscalizar, regular y tutelar el bien común. Como expone BIDART CAMPOS, “la presencia activa del Estado es indispensable para intervenir –sin detrimento de la libertad– a favor de las personas, de sus derechos, de la igualdad de oportunidades y de trato, así como del desarrollo, de la solidaridad y del sistema axiológico de la Constitución”²³

La preservación de los contenidos constitucionales y sus funciones ha de estar garantizada por el establecimiento de un sistema de protección para prevenir su

²¹ MIGAL DE BUEN, DANIEL. “El bien jurídico en el derecho económico y social”, en *Revista de Sociología Jurídica de México*, México, t. II, núm. 3, 1999, p. 45.

²² BIDART CAMPOS, GERMÁN. *El régimen político. De la polis a la res publica*, Ediar, Buenos Aires, 1979, p. 199.

²³ *Idem*.

violación, reprimir su desatención y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales.

Autores como CESANO han explicado que el contenido del derecho penal económico depende, en gran medida, de la configuración del sistema económico y, en este sentido, en sintonía con la Constitución económica y la política económica, éste presenta características tanto políticas como otras que son reflejo de la configuración del sistema económico.²⁴

Es indiscutible que la norma constitucional contiene un claro lineamiento económico que impone al Estado la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles a la satisfacción de los derechos sociales. Para ello, el Estado tiene la potestad de poner en vigencia un conjunto de remedios extraordinarios, destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el establecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución presupone.

Las Constituciones modernas han declarado un sector aplicable al sistema económico imperante, sea al patrimonio público, las finanzas o hacia aquellas cuestiones que se vinculan a la hacienda pública, cuyos planteamientos han dado lugar a lo que algunos denominan “Constitución económica”, que vendría a ser el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a sus actividades y también a las relaciones económicas y financieras.²⁵

Toda esta cobertura constitucional adornada de derechos y garantías fundamentales no es sinónimo de apertura incondicionada a la criminalización económica. Será necesario, ante todo, como expone CESANO,

[...] constatar que la defensa de los bienes jurídicos constitucionalmente consagrados necesita del recurso al derecho penal, constatación que exige el previo análisis de la eficacia protectora del sistema sancionador civil, mercantil y administrativo. Sólo una vez comprobada esa necesidad se puede acometer un proceso criminalizador que, combinando los tipos tradicionales e incorporando otros nuevos, responda a los criterios propuestos por el derecho penal.²⁶

Ello no significa que las normas reguladoras del programa económico constitucional no tengan significación. Por el contrario, tales disposiciones no sólo están destacando la trascendencia del bien jurídico que representan, sino que,

²⁴ CESANO, JOSÉ DANIEL. *El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación*, publicación periódica del Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico, Córdoba, en: <http://www.ciidpe.com> [Citado: 16.Junio.2011].

²⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN. *La Constitución económica. Un esbozo desde el derecho constitucional argentino*, Lexis Nexis Jurisprudencia, Argentina, 2002, p. 144.

²⁶ CESANO, JOSÉ DANIEL. *op. cit.*

además, sirven al intérprete para determinar la materia de prohibición, conforme a la finalidad y sentido teleológico de la ley; fin y sentido que deben encadenarse en el diseño constitucional si es que no quieren transformar aquellas normas en meras protectoras de funciones.²⁷

De esta forma, como asegura GARCÍA CAVERO, la lesión del sistema económico no es lo que se sanciona, sino la defraudación de la expectativa normativa de conducta de actuar de acuerdo con el modelo de orientación vigente en el sistema económico. Por tanto, su protección penal resulta independiente del sistema global de la economía. La protección penal debe alcanzar únicamente a aquellas expectativas normativas que se derivan de los elementos constitutivos de la identidad de la sociedad en el sistema económico.²⁸

Otro asunto a tener en cuenta es si el derecho penal en su proyección económica fundamenta la protección de cara al derecho económico y los medios utilizados por los Estados modernos para establecer su política económica. Algunos delitos económicos están estrecha e inmediatamente vinculados al correspondiente medio estatal de dirección y planificación elegido, de ahí la conveniencia de analizar el comportamiento de la economía, para luego encontrar una respuesta adecuada a los fenómenos que allí se presentan. De ahí que algunas de las corrientes teóricas han centrado el debate sobre la tutela penológica en la economía.

Para MIGAL, por ejemplo, el derecho penal económico es el elenco de conductas punibles que se dirigen contra el conjunto total de la economía o contra ramas o instituciones fundamentalmente importantes de ese conjunto.²⁹ BAJO FERNÁNDEZ, por su parte, hizo sus contribuciones definiendo el derecho penal económico como el “[...] conjunto de infracciones que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaban o ponían en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.³⁰

También DE LA CRUZ OCHOA tiene la opinión de que el bien jurídico protegido en los delitos económicos puede ser entendido como la economía en su conjunto, sancionando conductas que atentan contra la estabilidad de un sistema económico, cualquiera que éste sea, y en específico el conjunto de normas protectoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios dentro de un modelo económico específico.³¹

²⁷ TAVARES JUÁREZ, E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 64.

²⁸ GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

²⁹ MIGAL DE BUEN, DANIEL. *op. cit.*, p. 45.

³⁰ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, p. 32.

³¹ DE LA CRUZ OCHOA, RAMÓN. “Delitos contra la economía”, en VARIOS AUTORES. *Derecho penal, parte especial*, Félix Varela, La Habana, 2003, t. II, pp. 225 y 226.

Superada en la actualidad por tratarse de un concepto abstracto, neutro y relativizado, hubo también una corriente que ubicó la objetividad jurídica atendiendo al fenómeno de la planificación económica, cuyas irregularidades, quebrantamientos e insuficiencias, al ser aprovechadas o propiciadas por los agentes económicos, era menester tutelar a través de tipos penales de igual naturaleza. En este sentido, hubo posiciones extremas de sostener que la planificación es un concepto aplicable exclusivamente a los regímenes económicos de tipo socialista³² y que, en consecuencia, sólo en ellos es posible analizar autónomamente la materia.

Por último, es menester señalar que existen también variantes que atienden a las nociones de la libertad económica o de la iniciativa privada,³³ circunscribiendo indirectamente el derecho penal económico al funcionamiento de las reglas del mercado.

6. Análisis crítico sobre la tutela al orden económico

Probablemente la más escueta y clara definición del fin político criminal que persiguen las normas clásicas de derecho penal económico en los países desarrollados de Occidente se debe a Eberhard SCHMIDT, y puede verse en la noción de delito económico dado en la Ley para la Simplificación del Derecho Penal Económico en el Campo de la Economía, dictada en 1949 en la República Federal de Alemania, según la cual “[...] una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico”.³⁴

Desde esa óptica, el bien jurídico protegido por los delitos económicos era la tutela del orden económico existente, es decir, el estatuto jurídico de la economía de mercado, constituyendo sus ejemplos más representativos las normas de represión del monopolio, las prácticas restrictivas y las demás acciones que afectan la libre concurrencia.

Es así que una parte de la doctrina reconoció la existencia de un derecho penal económico caracterizado por los comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y por tanto, sus comisores logran

³² AFIALIÓN. “El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico”, en *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, t. xxv, núm. 2, 1966, p. 31.

³³ JESCHECK. *op. cit.*

³⁴ RIGHI, ESTEBAN. *Derecho penal económico comparado*, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 319.

poner en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico.³⁵

Ésta ha sido, aun con sus variables, una primera definición extremadamente restringida sobre el derecho penal económico, la cual no sólo confunde el concepto de orden económico con una determinada forma de intervención estatal en la economía, sino que además reduce exageradamente los límites del derecho penal económico a las infracciones fiscales, monetarias, de contrabando y a las que afectan la determinación y formación de los precios, aislando de aquellos casos en que el Estado renuncie a intervenir en el ámbito de la economía.

La determinación del orden económico, como contenido del bien jurídico, tiene límites flexibles. Ni los fenómenos que integran la economía pueden ser encorsetados ni las regulaciones estatales registran los mismos alcances; sin embargo, no se puede negar, de una parte, que los procesos esenciales en la cadena producción-distribución-consumo son objetos posibles de identificación y, de la otra, que las regulaciones normativas sólo son definibles a partir de la naturaleza de la política económica del Estado. Ambos patrones son, entonces, presupuestos suficientes para establecer las fronteras aceptables sobre cómo entender en parte el bien jurídico a proteger en el derecho penal económico.

Otra perspectiva supuso originalmente un doble propósito: en primer lugar, entender el orden económico u orden público económico como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y, en segundo lugar, colocar privilegiadamente la protección de los intereses patrimoniales y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.

Al lado de estos conceptos restrictivos, tal y como en la introducción se dijo, se fue desarrollando una concepción amplia, consecuencia del predominio de la economía de mercado, las insuficiencias y las decadencias de la dirección estatal de la economía, entre otros factores. Esta corriente llevó a una expansión de los contenidos del derecho penal económico, tanto en la legislación extrapenal como en el ámbito del derecho codificado, en contraposición con los principios dogmáticos de la ciencia penal.³⁶

Como consecuencia de la referida noción amplia, han sido indistintamente considerados delitos económicos: los delitos fiscales; los fraudes de subvenciones; los delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias, financieras y cambiarias; los delitos vinculados con el funcionamiento de empresas privadas; los delitos contra la regularidad del trabajo y la seguridad social; las quiebras y

³⁵ GERSCOVICH, CARLOS A. *Derecho económico, cambiario y penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 290.

³⁶ CERVINI. *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, cit.

concursos; los balances falsos; la competencia desleal; los hechos punibles vinculados con el comercio exterior, y los daños al ecosistema, entre otros.³⁷

Pero también, y por otro lado, esa amplitud ha ido generando el riesgo de crear delitos sin tutela. Tan desmesurada extensión no es sino la lógica consecuencia de acudir a fórmulas demasiado amplias y sin precisión conceptual como “orden económico” o “interés estatal” en la existencia y conservación del orden económico establecido por el Estado.

Explicado lo anterior podríamos afirmar que la añeja discusión sobre si es la economía o el orden económico el contenido del bien jurídico está ya superada por la doctrina. La economía como expresión del mercado, como alertó BAIGÚN, es impensable sin la organización del orden estatal en su conjunto, es decir, sin la intervención del Estado a través de sus regulaciones en las diferentes áreas.³⁸ Ahora bien, como más adelante veremos, no sólo el orden económico en su sentido estricto y la intervención del Estado determinan el objeto de protección en esta materia.

7. El contexto social en el que se desenvuelve la economía como un factor de acercamiento para elegir el contenido de tutela penológica

En la actualidad, un número creciente de autores considera que el delito económico y, consecuentemente, la criminalidad económica no pueden entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se producen. “El delito económico –explica CERVINI–, como en general ocurre con todos los delitos, sean éstos convencionales o no, son productos sociales que obedecen a los condicionamientos concretos que se observan en una determinada sociedad y en un momento histórico determinado”.³⁹

Cada sociedad genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego, la conducta constitutiva de delito económico estará condicionada por la estructura socioeconómica concreta de un lugar y en un momento determinado; sin embargo, seguir a ciegas esta proyección tiene el riesgo de concebir

³⁷ *Idem.*

³⁸ BAIGUN, DAVID. “Tendencias actuales del derecho penal económico en América Latina. Necesidad de un nuevo modelo”, en *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, núm. 11, 1996, p. 126.

³⁹ CERVINI, RAÚL. *El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financiero (con referencia al artículo 4 de la Ley brasileña 7492 de 1986)*, publicaciones del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Córdoba, disponible en: <http://www.ciidpe.com> [Citado: 10.Mayo.2012].

que el derecho penal económico protege la lesión al orden público económico como parte de la estructura socioeconómica; obviando una parte de la doctrina penal que ese “orden público económico” no es similar en todos los países.⁴⁰

Cabe entonces retomar los criterios de BUSTOS RAMÍREZ, en el sentido de que “los bienes jurídicos no pueden entenderse sino en conexión con un sistema social determinado”.⁴¹ Se trata de bienes jurídicos conexos al funcionamiento del sistema, que tiene por objeto asegurar su correcto funcionamiento, y tales bienes jurídicos están legitimados no para proteger los bienes jurídicos que están en la base de la existencia del sistema social, sino para asegurar las condiciones indispensables para que las relaciones sociales básicas, como la vida, la libertad, la salud, la economía o el patrimonio, puedan producirse. Es en ese contexto en el que se inscribe la protección a las riquezas y al patrimonio económico de la sociedad, haciéndose necesaria la intervención del Estado ante los ataques a determinados bienes que luego trasuntan hacia el desarrollo armónico y sostenible de la economía.

CERVINI últimamente ha propuesto una perspectiva integrada que comprenda el concepto y alcance del derecho penal económico,

[...] cimentada en las condiciones ónticas de la estructura social, en el reconocimiento de una esencia antropológica que trasunte un contenido de protección a la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo, como destinataria final de normas que protejan un bien jurídico determinable en su ofensividad.⁴²

En sentido amplio, para dicho autor, el orden económico no puede ser considerado como bien jurídico ni de forma directa ni en sentido técnico, y por ello los delitos económicos sólo serían –a su juicio– aquellos comportamientos que afecten a la regulación jurídica de la intervención estatal en materia económica.⁴³

Esta mirada ontologicista apunta no sólo a una determinación –que bien puede ser meramente normativa– sino a la verdadera realidad subyacente y consecuencial a la estructura socioeconómica y en la que las garantías y los valores propios de un sistema democrático deberán compartirse participativamente en la sociedad.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1984, p. 129.

⁴² CERVINI. *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, cit.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *op. cit.*, p. 394.

8. Toma de postura y propuesta de valoración

Tal y como lo ha expuesto RIGHI, el derecho penal económico se trata de una especialidad del derecho penal que en gran medida encuentra solución en la dogmática general de éste; que además requiere soluciones no previstas por dicha dogmática, en función de características especiales de los delitos de esta clase.⁴⁴

De igual manera, compartimos ese criterio al afirmar que el derecho penal económico existe y su normativa en el ámbito sustantivo tiene características propias que no le son comunes a otros delitos. Las soluciones tradicionales que se presentan en la dogmática penal y en el derecho penal nuclear, si bien son aplicables en gran medida, no siempre dan respuestas adecuadas a algunos problemas que son propios de esta rama, y de ahí la autonomía de sus rasgos.

Esa autonomía metodológica y científica con sus márgenes legitimantes no puede discrepar de las tradicionales reglas de imputación y tipificación que fueron originariamente concebidas para un derecho penal de corte garantista;⁴⁵ se trata únicamente de armonizarlas con los criterios convencionales a efecto de que esta rama también se nutra de una incuestionable e imprescindible seguridad jurídica.

Precisamente al estar definidos sus rasgos y haberse ocupado la doctrina ius-penalista de fomentar una sistemática de aplicación, resulta obvio que de igual manera pueda ser identificado su objeto especial de protección. Es, por lo tanto, posible identificar o delimitar al derecho penal económico a partir de la identificación del bien jurídico que esta rama del derecho penal busca tutelar, aunque históricamente la tarea de precisar ese bien jurídico ha revelado y sigue exhibiendo enormes dificultades.

La objetividad jurídica en el entramado en que se desarrolla el derecho penal económico estará estrechamente vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de los mecanismos e instrumentos superiores de la economía. Todo ello en el contexto de cada realidad social concreta y bajo los parámetros garantistas del Estado democrático de derecho. Ello también significa que la construcción de los delitos no puede ser causal ni ser utilizada para reforzar políticas estatales. Al considerar una conducta como prohibida, el legislador lo debe hacer teniendo en cuenta una realidad social, evaluando su conflictividad, ya sea por las acciones u omisiones realizadas por sus agentes y particulares, así como por los efectos, sus consecuencias y los resultados lesivos o dañosos que se produzcan, y sobre todo

⁴⁴ RIGHI, ESTEBAN. *Los delitos económicos...*, cit., p. 41.

⁴⁵ YACOBUCCI, GUILLERMO. *La responsabilidad al interno de la empresa. La designación de funciones*, en III Corso Internazionale di Diritto Penale di Salerno, en <http://www.austral.edu.ar/web/Derecho> [Citado: 10.Marzo.2014].

resaltando en cada oportunidad legislativa los principios de lesividad y legalidad que le son insustituibles al derecho penal.

Es por tanto necesaria la concreción y el reconocimiento del bien jurídico a proteger, de manera tal que en cada construcción se esclarezcan y se hagan visibles las conductas que pueden lesionar el bien así precisado. Como asegura CERVINI, “cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro”.⁴⁶

Definitivamente es posible todo un ámbito de tutela del orden económico, independiente de la política intervencionista o no del Estado. Lo importante en ese orden será que el ámbito de tutela sea compatible con las garantías de un Estado democrático y de derecho, abarcador de manera amplia de bienes jurídicos que engloben las relaciones que se manifiestan entre los individuos, entre éstos y el Estado, y entre los propios Estados.

9. Conclusiones

La gama de bienes jurídicos afectados que admite en estos tiempos la doctrina mayoritaria y que resulta fuertemente criticada por otro sector igualmente significativo es la consecuencia de concepciones extensivas, las cuales evidentemente generan dificultades para delimitar materialmente esta rama del derecho penal, como también para precisar el propio concepto de lo que debe entenderse por delito económico.

En esta dinámica, el proceso de selección de los bienes jurídicos en materia económica estará condicionado a las exigencias del mercado, la distribución de bienes, las políticas económicas, las relaciones individuales que se establecen con la economía, la vulneración de normas reguladoras y el diseño intervencionista que definitivamente el Estado instaure constitucionalmente; de ahí la importancia de la decisión política del Estado sobre la determinación de los objetos y sujetos económicos a ser protegidos penalmente.

En un Estado democrático, la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducida a una exclusiva decisión del legislador. Por ello, el precepto penal económico será el resultado de un proceso legislativo,

⁴⁶ CERVINI, RAÚL. *Abordaje metodológico de la delincuencia económica sofisticada*, conferencia dictada en el Curso de Especialización en Derecho Penal Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad Getulio Vargas de San Pablo, Brasil, noviembre de 2007. Publicación periódica del Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico, Córdoba, disponible en: <http://www.cidpe.com> [Citado: 2.Noviembre.2008].

pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión. Cada sistema económico genera su propia delincuencia económica, sucediendo por ello que lo que se considera delito en una economía centralizada o dirigida, no lo sea en una economía de libre mercado, y a la inversa. ■