

Colección Derecho Penal Económico **J.M. Bosch Editor**

Lorena Varela
Marco Mansdörfer

Principios de
Derecho Penal
económico

JB
BOSCH EDITOR

El Derecho Penal Económico sigue presentando desafíos interesantes para la investigación y esto a su vez, el que se encuentre en permanente movimiento, es su principal punto fuerte. El Derecho Penal económico es la parte más viva e inquieta del Derecho Penal, casi que asusta la forma en cómo se desarrolla y cómo se conecta con diversas realidades sociales, otras ramas del conocimiento, sectores del Ordenamiento Jurídico e instancias supranacionales. Últimamente, el avance de la tecnología en la gestión de la economía viene produciendo un fuerte cambio en el tráfico comercial entre los agentes económicos, en especial, entre empresas y particulares por su relación asimétrica, fenómeno que va en aumento y que permite pronosticar que tanto la autorregulación como la criminalidad económica comenzarán a concentrarse en ese sector. Asimismo, la influencia cada vez más directa de la Gobernanza Global en la hoja de ruta de los Derechos nacionales está conduciendo a una hiperregulación de las relaciones económicas que lleva a plantearse la necesidad de abrir líneas de estudio en esa dirección, entre otras cosas, para concretar el alcance de la serie de deberes a los que se encuentran sometidos los ciudadanos, incluido el ciudadano corporativo. La obra que se presenta como primer número de la *Colección Derecho Penal Económico* de la editorial *J.M. Bosch Editor* no tiene pretensión manualística, sino de aproximación valorativa a una serie de aspectos que forman parte de la dinámica de la criminalidad económica y del Derecho Penal económico actuales y que se entienden necesarios de abordar como paso previo al desarrollo de futuros aportes de mayor profundidad.



■ Colección **Derecho Penal Económico** J.M. Bosch Editor

Principios de Derecho Penal Económico

Lorena Varela

Marco Mansdörfer

Universität des Saarlandes

■ Colección **Derecho Penal Económico** J.M. Bosch Editor

Principios de Derecho Penal Económico

Lorena Varela
Marco Mansdörfer
Universität des Saarlandes

2021
Barcelona



© NOVIEMBRE 2021 LORENA VARELA
MARCO MANSDÖRFER

© NOVIEMBRE 2021

JIB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-124357-2-6

ISBN digital: 978-84-124357-3-3

D.L.: B 15971-2021

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Colección **Derecho Penal Económico** J.M. Bosch Editor

La colección en Derecho penal económico y nuevos aspectos del Derecho penal, nace de una conversación con Javier Bosch en Barcelona, hacia fines de septiembre de 2016. En aquella época proyectábamos lanzar una colección, que fuera un espacio para que juristas de todas las latitudes pudieran compartir el resultado de sus investigaciones en los temas más actuales del Derecho penal. Con el transcurrir de los años, mientras profundizábamos en el estudio del Derecho penal económico, la colección se iba perfilando en todos sus detalles de coordinación hasta su lanzamiento en el 2021. Los directores de esta colección y la editorial, invitamos a los profesionales del Derecho a participar de este proyecto con el aporte de sus reflexiones creativas y conocimiento científico.

Colección en Derecho Penal económico y nuevos aspectos del Derecho Penal

Directores

Lorena Varela (Asistente investigador del Instituto de Derecho Penal Económico, Universität des Saarlandes, Alemania / Profesora de Derecho Penal, Universidad Internacional de La Rioja, España)

Marco Mansdörfer (Catedrático de Derecho Penal Económico y Derecho Procesal Penal europeo, Universität des Saarlandes, Alemania)

Comité Científico

Silvina Bacigalupo Saggese (Catedrática de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid, España)

Rosario de Vicente Martínez (Catedrática de Derecho Penal, Universidad Castilla-La Mancha, España)

María Elena Torres Fernández (Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Almería, España)

Juan José Fuentes Osorio (Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Jaén, España)

Silvia Verdugo Guzmán (Profesora Titular de Derecho Penal, CEU, Fundación San Pablo, España)

María Soledad Gil Nobajas (Profesora Contratada Doctor, Universidad de Deusto, España)

Ramón Luis González (Profesor Titular de Derecho Penal y Profesor Titular de Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional del Nordeste, Argentina)

Lara Cristina Leguizamón (Profesora Adjunta de Derecho Penal, Universidad Nacional del Nordeste, Argentina)

Abreviaturas y siglas empleadas	15
Presentación de los coautores.....	17

CAPÍTULO PRIMERO

Presupuestos conceptuales del Derecho Penal económico.. 23

1. La realidad criminal perenne en la expansión del Estado de Derecho y los modelos de Derecho Penal	23
1.1. Breve repaso de los modelos políticos de Estado	24
1.2. El Derecho Penal de los modelos políticos de Estado	28
2. Conceptos de crimen económico y delito económico	31
3. El bien jurídico tutelado por la normativa penal económica .	40
4. ¿Autonomía del Derecho Penal económico?	42
5. La parte general y procesal penal del Derecho Penal económico	46
6. Política criminal económica y Derecho Penal económico ...	49
6.1. Política criminal persecutoria de la criminalidad corporativa	50
7. Constitución y Derecho Penal económico	52
7.1. Principio de legalidad	54
7.2. Principio de proporcionalidad.....	57
7.3. Principio de culpabilidad	59

CAPÍTULO SEGUNDO

El Derecho Penal económico en su desarrollo histórico: del micro al macro Derecho Penal económico 61

1. Consideraciones generales.....	61
2. El desarrollo histórico en el entorno europeo	62

2.1.	Las raíces históricas de la criminalidad económica moderna y el período de entreguerras.....	62
2.2.	Los delitos económicos dispersos de la posguerra	65
2.3.	El Derecho Penal económico sistematizado de la posmodernidad: el Proyecto Alternativo de StGB alemán de 1977 y el Proyecto de Código Penal español de 1980	68
2.4.	El Derecho Penal económico y la ciencia del Derecho Penal económico contemporáneos.....	72
3.	El Derecho Penal económico en Norteamérica y América Latina	78
4.	Del micro al macro Derecho Penal económico	82
4.1.	Delimitaciones en el Derecho Penal económico y desde el Derecho Penal económico	85
5.	Micro Derecho Penal económico.....	86
6.	Macro Derecho Penal económico.....	88
7.	Derecho Administrativo (económico) sancionador	89
 CAPÍTULO TERCERO		
Derecho Penal regulatorio y responsabilidad penal de las personas jurídicas.....		93
1.	Consideraciones generales.....	93
2.	Fundamentos filosófico-políticos del Derecho Penal regulatorio.....	94
3.	Marco del Derecho Penal regulatorio	98
3.1.	Características del Derecho Penal regulatorio.....	100
3.2.	El Derecho Penal regulatorio de las personas jurídicas	103
4.	Algunas razones de por qué vale la pena el Derecho Penal como mecanismo de prevención y represión de la delincuencia económico-empresarial.....	108
5.	Fundamentos criminológicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	113
5.1.	Modelos de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas	123

5.2. Legislación comparada.....	127
5.2.1. Europa.....	128
5.2.2. América.....	131

CAPÍTULO CUARTO

Mecanismos de regulación en el Derecho Penal económico 133

1. Consideraciones generales.....	133
2. Hacia una concepción moderna del control social.....	134
3. Función y finalidad de los mecanismos de regulación.....	138
4. Tipos de mecanismos de regulación.....	144
4.1. Tipos de mecanismos extraempresariales.....	146
4.1.1. Mecanismos normativos e institucionales oficiales.....	146
4.1.1.1. Reglamentación legal y agencias administrativas del Estado.....	147
4.1.1.2. Regulación jurídica y sistema jurisdiccional penal.....	148
4.1.2. Mecanismos normativos e institucionales informales.....	148
4.1.3. Mecanismos técnico-fácticos.....	149
4.2. Tipos de mecanismos intraempresariales.....	150
4.2.1. Mecanismos normativos e institucionales formales.....	151
4.2.1.1. Cultura empresarial de buenas prácticas.....	151
4.2.1.2. Programas de cumplimiento normativo.....	154
4.2.1.3. Auditoría interna.....	158
4.2.1.4. Auditoría externa.....	164
4.2.2. Mecanismos normativos e institucionales informales.....	167
4.2.3. Mecanismos técnico-fácticos.....	167
4.2.3.1. Garantes de referencia.....	167
4.2.3.2. Oficiales de cumplimiento normativo.....	169

4.2.3.3. Investigadores internos.....	169
4.2.3.4. Contadores forenses.....	169
4.2.3.5. Sistemas técnicos y tecnológicos de enseñanza, consulta y monitoreo.....	169

CAPÍTULO QUINTO

La imputación subjetiva del dolo y error económicos.....	171
1. Consideraciones generales.....	171
2. Modelos de organizaciones empresariales en la era del capitalismo.....	172
3. Los elementos de la gestión del conocimiento empresarial.....	175
3.1. El riesgo permitido económico-empresarial.....	175
3.2. El conocimiento económico-empresarial.....	176
3.3. La regla de imputación: la <i>business judgement rule</i>	180
3.3.1. El juicio de atribución objetiva del comportamiento.....	181
3.3.2. El juicio de imputación subjetiva del conocimiento.....	184
4. El dolo y error clásicos y el dolo y error del Derecho Penal económico.....	189
4.1. El dolo empresarial condicionado por la fuerte razón de ganancia y la racionalización de los medios de obtención.....	190
4.2. El alcance irresuelto del error empresarial.....	192
4.3. Los sesgos cognitivos en el entorno corporativo.....	195

CAPÍTULO SEXTO

Desde la <i>deslealtad</i> como paradigma de delito económico al <i>desbarajuste de la economía</i> como delito económico de cierre.....	201
1. Consideraciones generales.....	201
2. La deslealtad como injusto fiduciario transversal.....	203
2.1. Los deberes fiduciarios.....	207
2.1.1. Los deberes fiduciarios del administrador.....	211

2.1.1.1. El deber de lealtad.....	211
2.1.1.2. El deber de diligencia	214
2.1.2. Los deberes fiduciarios del administrado	217
3. La delimitación del Derecho Penal económico a través del blanqueo de capitales	218
3.1. El blanqueo de capitales como norma de flaqueo invertida.....	223
3.2. Marco filosófico-político actual del delito de blanqueo de capitales.....	224
3.3. La política criminal del blanqueo de capitales según el modelo político de Estado	225
3.3.1. El eslogan de la lucha contra el blanqueo de capitales y la criminalidad económica.....	228
3.3.2. Los <i>anti money laundering compliance programs</i>	229
 CAPÍTULO SÉPTIMO	
El proceso penal económico.....	233
1. Consideraciones generales.....	233
2. El proceso penal de un Derecho Penal económico global....	234
3. Principios del proceso penal económico	235
3.1. <i>Ne bis in idem</i>	235
3.2. <i>Nemo tenetur se ipsum prodere / accusare</i>	236
3.3. <i>Onus probandi</i>	237
3.4. Defensa en juicio.....	238
4. El proceso penal económico de la persona física	239
5. El proceso penal económico de la persona jurídica	240
 Un abecedario de perspectivas	245
Bibliografía consultada.....	249

■ Abreviaturas y siglas empleadas

AA.VV.	Autores Varios
CP	Código Penal
DP	Derecho Penal
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
Mercosur	Mercado Común del Sur (Latinoamérica)
OMS	Organización Mundial de la Salud
UE	Unión Europea
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

Expresiones extranjeras

<i>BGH</i>	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Federal Alemán)
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Alemán)
COVID-19	<i>Corona Virus Disease-19</i> (enfermedad del coronavirus)
<i>GwG</i>	<i>Geldwäschegesetz</i> (Ley de Blanqueo de Capitales)
<i>HGB</i>	<i>Handelsgesetzbuch</i> (Código de Comercio o Código mercantil)
<i>KMU</i>	<i>Kleine und mittlere Unternehmen</i> (pequeñas y medianas empresas)

<i>KwG</i>	<i>Kreditwesengesetz</i> (Ley de Crédito)
<i>OWiG</i>	<i>Ordnungswidrigkeitengesetz</i> (Ley de Infracciones Administrativas)
<i>StGB</i>	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal)
<i>StPO</i>	<i>Strafprozeßordnung</i> (Código de Procedimiento Penal)

Presentación de los coautores

El libro que presentamos surgió de una conversación sobre Derecho Penal en la localidad alemana de Herbolzheim a finales del verano europeo del 2016. En aquella ocasión conversábamos sobre la futura incorporación de la profesora Varela al Instituto de Derecho Penal Económico y Derecho Penal Internacional de la *Universität des Saarlandes* cuyo Director, el profesor Mansdörfer, proponía escribir una obra sencilla, práctica y liviana sobre Derecho Penal económico, que reflejara alguna novedosa mirada sobre esta materia.

Tal desafío parecería inabordable. ¿Qué más podría decirse del Derecho Penal económico que ya no estuviera dicho en su esencia por los grandes del Derecho Penal? ¿Qué tipo de visión se podría aportar? ¿Y, en cuánto tiempo podríamos hacerlo sin que nadie antes lo hiciera? Lo difícil del reto, lo casi inalcanzable, nos terminó motivando, como cuando tienes algo perdido y aun así lo intentas porque ya vives el fracaso y solo te queda por descubrir el éxito. Las causas perdidas son en muchas ocasiones el lugar perfecto para ensayar nuestras fuerzas y alcanzar metas sin esperar el reconocimiento de nadie. Y así empezamos, convencidos que de la lectura reflexiva sobre lo que dio origen al Derecho Penal económico, y sobre lo que ahora lo nutría, podríamos advertir alguna forma original para describirlo y alguna forma de proyectarlo para el futuro próximo.

La principal ventaja de la investigación en Derecho Penal económico reside en que este se encuentra en permanente movimiento. El Derecho Penal económico es la parte más viva e inquieta del Derecho Penal, casi que asusta la forma en cómo se desarrolla y cómo se conecta con otras ramas del conocimiento, porque en Derecho –y más en Derecho Penal– nos han acostumbrado a caminar lento, a beber doctrinas que prometían servirnos para toda la vida, y terminamos descubriendo que en Derecho Penal económico todo puede cambiar de un día para el otro. Todo ello sin que se afecte la seguridad jurídica, que queda garantizada con el recurso a las interpretaciones teleológicas y aplicación racional de la norma jurídico-penal.

Esta dinámica cambiante es la que nos obliga a mantenernos alerta de las buenas nuevas que se van presentando en materia legislativa (sobre

todo regulatoria) y en materia de doctrina académica y jurisprudencial. Este mantenerse alerta significa permanecer en un continuo entrenamiento, siempre preparados para afrontar lo que se va presentando. Cuando empezamos el libro en abril de 2017 no imaginamos que en el mes de diciembre estaría presentándose el *Kölner Entwurf* (Borrador colonés) como propuesta de reforma al Código Penal para incorporar –ya de una bendita vez– la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania, pero no fue aceptado. Pasó un poco más de un año, que el asunto se reactivó con un Proyecto del Ministerio Federal alemán en agosto de 2019, y que se esperó que fuera el que se aprobara definitivamente, lo que tampoco ha sucedido en el período legislativo de julio de 2021 (especialmente, por los ajustes que habrían de introducirse en relación con las investigaciones internas corporativas). Hacía tiempo que la dogmática tradicional no se encontraba cara a cara con este viejo enemigo de la teoría antropomórfica del delito, como un efecto más del fenómeno de la expansión del Derecho Penal. Este nuevo escenario nos motivó aún más porque confirmamos la hipótesis de que el Derecho Penal (económico) no se queda quieto y que no hay que desalentarse cuando algunos aseguran que tal o cual tema es un asunto cerrado. Poco tiempo después se sucedieron nuevos escándalos de criminalidad corporativa en el escenario mundial, y se había comenzado a hablar de la tecnología *blockchain* como el *partner* perfecto de los programas de cumplimiento normativo, como modelos de gestión y prevención del delito empresarial. Todo ello volvía una y otra vez a reactivar nuestros debates interminables durante la elaboración del libro. Pasaron también por nuestro conocimiento una serie de especulaciones sobre futuras reformas en el ámbito europeo; por mencionar solo algunos ejemplos, se concretó en España la trasposición de las Directivas europeas sobre criminalidad económica y financiación del terrorismo en la LO 1/2019, que amplió el grupo de delitos por los cuales pueden responder penalmente las personas jurídicas; así también en junio de 2019, la Unión Europea firmaba un Acuerdo de Libre Comercio con el bloque latinoamericano del Mercosur, lo que abría un nuevo frente de discusión sobre una política criminal y dogmática globalizada; y, así sucesivamente, nuevas temáticas más. Qué más queríamos o qué más necesitábamos para continuar descubriendo que en Derecho Penal económico siempre se puede aportar algo nuevo. Y en ese cometido estábamos trabajando.

Desde el punto de vista académico hacia el otoño de 2018 se presentó la ocasión de internacionalizar nuestro trabajo y compartir con otras Universidades el interés científico por el Derecho Penal económico. La oportunidad vino de la mano de la Universidad Nacional del Nordeste con la cual

firmamos un Acuerdo de Trabajo interuniversitario, no solo en Derecho Penal económico, sino también en todos los campos del conocimiento. En el marco de dicho Acuerdo en noviembre de 2019 se concretaron las Primeras Jornadas Internacionales en Derecho Penal Económico realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste. La bondad de tales Jornadas vinieron dadas no solo por el contenido de calidad de los debates generados durante las ponencias, sino también por la conformación del Grupo de Investigación en Derecho Penal Económico entre los profesores de las cátedras de Derecho Penal de ambas Universidades, quienes tienen ahora la misión de mantener viva la discusión científica sobre el Derecho Penal económico en ambas latitudes.

Nuestro trabajo conjunto nos deja muchas enseñanzas más allá del Derecho Penal económico. Nos deja un legado sobre la concepción de la vida académica, de la vocación científica, de los roles y misiones que nos competen, de cómo respondemos ante el Estado y la sociedad que invierte en nosotros, y de lo que las generaciones futuras esperan de los que le preceden.

Entre todas esas enseñanzas, algunas más trascendentales que existenciales, aprendimos que la Universidad es una oportunidad para mejorar el mundo, antes que un trampolín de promoción personal en la carrera académica, y que el Derecho es la alternativa para evolucionar en la convivencia entre las formas de pensamiento más diversas sin alterar la esencia de la individualidad (= dignidad humana). Que un científico de laboratorio puede aportar a las generaciones futuras una vacuna contra el COVID-19 y que un ambientalista logrará a base de confrontaciones que los aviones consuman más combustible ecológico, son solo algunos de los resultados más esperados de la Universidad. Tal vez son de los especialmente esperados porque resultan ser los más inmediatamente necesarios, los que el común de las personas se imagina y pretende de los profesores, investigadores, académicos y científicos. Pero, la necesidad de tales resultados en verdad tiene que ver más con un sesgo cultural demasiado reducido de lo que se considera Ciencia y de lo que esta hace por la Humanidad, que lo que la Ciencia realmente es. La Ciencia es mucho más que una vacuna o mucho más que una fórmula matemática o algoritmo tecnológico. Qué sería de nuestra sociedad, como conglomerado de personas, sin un cuerpo de reglas y normas de conducta, sin una norma fundamental que nos garantice derechos o imponga obligaciones. Qué sería de nosotros sin una reglamentación para la praxis médica, para las prácticas del Mercado o las regulaciones sobre la urbanidad, por mencionar solo un puñado de

ejemplos. Qué sería de nosotros sin un principio (derecho) de presunción de inocencia, un principio de culpabilidad y un sistema racional de imputación penal. Qué sería: nada seríamos. No seríamos Estado, ni sociedad, ni nada.

En el avance de la sociedad, en el avance de la Humanidad, cada parte cuenta: los biólogos, los matemáticos, los juristas y los filósofos. Cada uno aporta algo para que mejore el mundo y ante el interrogante de las generaciones futuras de qué hicimos los investigadores en Derecho Penal, podremos responder *hicimos reglas*, eso hicimos; hicimos reglas para asegurar un sistema de Justicia penal más racional y humana según determinados principios. Este cometido nos coloca en una seria responsabilidad: el aportar conocimiento útil, lo que en simultáneo nos reclama apostar por algo para que, cuando nos toque retirarnos, la posta continúe sin cesar.

Elegimos, como apuesta, el perfil del investigador autorresponsable, el que reflexiona con pensamiento y espíritu críticos, que no se apabulla con el argumento de autoridad y que desafía los límites de lo escrito. Elegimos el aprendiz, no el discípulo, el pensador, no el acólito, elegimos la *Universitas* en su sentido de unidad por la creación del conocimiento, no como Escuela dentro de ella, elegimos el que propone, no el que parafrasea, el que aporta a través de la creación, no el que se escuda detrás de grandes nombres. Por las razones expuestas, hemos decidido presentar un trabajo distinto del método manualístico, de exposición y de descripción de teorías y sistematización de doctrina y jurisprudencia. Por el contrario, en esta ocasión nos inclinamos por un trabajo de investigación integral, de una visión jurídico-criminológica de algunos conceptos e instituciones del Derecho Penal económico, que ofrece un enfoque valorativo del estado de la cuestión actual y su perspectiva de progreso científico.

El proceso de elaboración del libro mantuvo siempre el mismo ritmo y disciplina. En sus inicios, las conversaciones se basaron en la elección de los temas a abordar, tarea que no fue sencilla y que nos condujo en más de una ocasión a revisar el orden y los detalles del índice. A medida que la obra se delimitaba y la bibliografía se seleccionaba iban surgiendo nuevas ideas sobre nuevos temas y, entonces, el índice volvía a modificarse. Si no surgían dudas espontáneas, fueron las clases de Derecho Penal económico del profesor Mansdörfer la fuente directa de los debates y esquemas ensayados en el Instituto. La elaboración de los capítulos por eso mismo no resultó nunca ser lineal, porque las discusiones de laboratorio nos llevaban a transformar de seguido lo que parecía que estaba cerrado. Asimismo, acompañaron a toda la redacción del libro, algunos de los seminarios del

Instituto, que ofrecían el comentario a nuevas ideas y casos prácticos y que nos obligaba a consultar nueva bibliografía. Por lo demás, las continuas observaciones cruzadas en el texto permitieron asentar las ideas esenciales que debían quedarse y descartar aquellas que por minúsculas e innecesarias, debían eliminarse. Sin duda, el bagaje teórico y experiencia acumulada en Derecho Penal económico del profesor Mansdörfer fueron nuestra garantía desde el momento inicial para alcanzar el objetivo de publicar la obra.

La obra se divide en siete capítulos. El primero de ellos, el introductorio, contiene las premisas y conceptos nucleares de todo el trabajo. En los subsiguientes capítulos, del segundo al séptimo, recorreremos cuestiones de la parte general, especial y procesal del Derecho Penal económico: su desarrollo histórico, su relación con el Derecho Administrativo, la responsabilidad penal individual y colectiva, los mecanismos de control del Derecho Penal económico, el delito de administración desleal como el paradigma del ilícito penal económico y el del blanqueo de capitales como cláusula de cierre del Derecho Penal, entre otras temáticas. Como contenido final se enumeran una serie de perspectivas sobre los más novedosos derroteros que está asumiendo el Derecho Penal económico y se enumeran ordenadamente las conclusiones a las que hemos arribado en este trabajo.

Si *aportamos* reglas y si *apostamos* por aprendices, entonces, *esperamos* que la obra que les presentamos les resulte útil y ágil para consultas sobre la materia.

No queremos concluir esta presentación sin dejar de mencionar el agradecimiento sincero que extendemos a Javier Bosch y su Editorial por la confianza depositada desde el primer momento en la publicación de este libro y en el lanzamiento de una Colección en Derecho Penal económico, así como agradecer su generosa profesionalidad al hacernos parte de todo el proceso de corrección y edición de la obra.

Los coautores

Presupuestos conceptuales del Derecho Penal económico

1. La realidad criminal perenne en la expansión del Estado de Derecho y los modelos de Derecho Penal

La historia de la humanidad enseña que no ha existido época sin crimen, sin injusticia y sin egoísmo, aun cuando se abandonó la barbarie por la civilización y el absolutismo por el Estado de Derecho. Pero esto no es lo preocupante, porque la tesis de la normalidad del crimen, como algo connatural al individuo y a la sociedad¹, ha dejado decisivos argumentos a favor de su explicación. Lo preocupante es que el nivel de conciencia moral de algunos individuos se deteriora cuanto más poder, ventajas y ganancias obtienen y es esta «paradoja del bienestar» lo que presenta un fuerte desafío a las disciplinas del comportamiento humano, donde el Derecho Penal y la criminología no son la excepción; así como también preocupa que la criminalidad económica se presenta en algún punto como un fenómeno *in crescendo* en el actual modelo económico².

1 Desde el enfoque criminológico, «la idea de un alcanzable riesgo cero resulta ingenua», a la vez que «genera costos de control contraproducentes» porque siempre existirá un riesgo residual imposible de neutralizar, BUSSMANN (2016, p. 50); mientras que desde lo jurídico es conocido que toda prohibición penal expresa el núcleo de lo socialmente dañoso que se quiere evitar por medio del castigo porque no se puede esperar que sea evitado espontáneamente por todos. Comparte esta tesis desde la teoría de las incumbencias, VARELA (2016, p. 126): Las sociedades no se mantienen organizadas porque cada ciudadano «observa sus incumbencias [como reglas naturales del comportamiento], sino también porque la norma jurídica concreta los ámbitos de prohibición y los mecanismos de sanción para el caso de su infracción».

2 BUSSMANN (2016, pp. 50 y ss.) señala que existen muchas razones a favor de la tesis de la normalidad criminal (*Normalitätsthese*), mencionando tres relevantes: el

Si se quiere (o se debe) admitir como punto de partida, que «el Mercado es completamente amoral» o que «la moral se evapora bajo el sol de las ganancias», como lo sugieren actuales posturas³, entonces, habrá que buscar alguna respuesta desde el lugar que nos toca. Para comprender el escenario actual del Derecho Penal económico se reseñará el modo en que el Estado de Derecho se ha ido expandiendo hasta los límites del presente. Junto a ello se realizará una ligera descripción de los modelos de Derecho Penal a los que tal expansión dio lugar.

1.1. Breve repaso de los modelos políticos de Estado

Para comprender el alcance y la razón existencial del Derecho Penal económico se repasarán los tres modelos filosófico-políticos de Estado que han dado lugar a modelos económicos distintos⁴. En esta oportunidad se considerarán el modelo clásico liberal, el moderno socioliberal y el contemporáneo socio-neoliberal. Todos ellos tienen como eje nuclear la premisa moral de la *libertad civil* del individuo, que se vincula directamente con los principios de la dignidad humana y la autonomía ética del individuo⁵. No obstante, desde su eje común, en cada uno de estos modelos políticos la libertad civil de la persona se gestiona y se concibe de diferente manera.

El modelo político clásico fue el Estado de Derecho liberal (siglo XVIII) cuyo principal fundamento moral residió en el concepto de libertad individual negativa o libertad de no-interferencia del Estado en el quehacer individual, sometida en tal sentido solo a la lógica de la regulación espontánea de las relaciones⁶. Como consecuencia, el sistema de regulación de la libertad se identificó con un sistema de libertad *auto-*

riesgo residual (*Restrisiko*), la paradoja del cumplimiento (*Compliance-Paradox*) y la criminalidad sistémica (*systemische Kriminalität*).

3 = (...) *der Markt ist vollkommen amoralisch*; = *Die Moral verdampft in der Sonne des Profits*, BUSSMANN (2019, p. 10).

4 Se asume este orden, pero es posible considerar también que son los modelos económicos los que van dando forma al Estado y que terminan conformando su plataforma filosófico-política.

5 BERLIN (1971, pp. 154 y ss.).

6 Libertad como ausencia de coacción externa (*Freiheit als Abwesenheit von Zwang*) y regida por el orden espontáneo (*spontane Ordnung*), tal como lo defiende VON HAYEK (2005, pp. 13, 206, *passim*).

rregulada autónomamente. En lo político se caracterizó por la figura del Estado mínimo, cuya única función pasó por garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos sin intervenir en la regulación de la cosa común (absentismo estatal en lo social)⁷. Por su parte, en lo económico, el modelo liberal defendió la ley del libre juego del capital privado y de la libre competencia. Según el pensamiento burgués europeo de aquella época, la economía ya no pasaba por el enfoque de la economía tribal o doméstica, ni mucho menos por la economía planificada o intervenida, sino, por el contrario, por una perspectiva de economía de mercado –en todo caso nacional– en los términos de *valor de cambio*, que se manifestaba a través de la venta en el mercado de los bienes producidos por la actividad del hombre⁸. La emancipación del sistema económico del sistema político del Estado permitió confiar los derroteros de la actividad económica a la estrategia consecuencialista o utilitarista de los agentes participantes en el Mercado. En este sentido, los dueños de los medios de producción y del capital tomaron sus decisiones, no sobre la base de valores (morales o sociales comunes), sino sobre la base del interés y de las máximas de la competencia orientadas hacia la ganancia y el beneficio (lo que se llamó el capitalismo de competencia o el capitalismo de la acumulación)⁹.

Una época más adelante, lo moderno surgió como corrección de lo clásico a través del Estado socioliberal de Derecho (siglo XIX). Mientras que el movimiento liberal buscó el reconocimiento de la persona como agente individual de la sociedad y como motor del progreso más allá del poder del Estado, la tendencia socioliberal pretendió el reconocimiento de la persona como agente social de una comunidad cada vez más plural, buscando reivindicar el valor de las instituciones e intereses comunes. Se aprecia, en esta etapa, el tránsito de la sociedad burguesa y del capitalismo privado a la llamada sociedad de masas y del capitalismo organizado¹⁰. El

7 BERLIN (1971, p. 127).

8 GOLDMANN (1968, p. 31). En la explicación del capitalismo liberal, HABERMAS (1973, pp. 30 y ss., 41 y ss.) enseña que el principio de organización social tiene como eje, por un lado, la vinculación entre el trabajo asalariado y el capital desde la perspectiva del Derecho privado sin la intervención del Estado, y, por el otro lado, la relación entre el Estado fiscalizador y el Mercado autorregulado, autónomo y dueño de los bienes y servicios.

9 HABERMAS (1973, pp. 30 y ss., 41 y ss.).

10 En la explicación de HABERMAS (1973, pp. 50 y ss.) recibe el nombre de capitalismo organizado (*Organisierter Kapitalismus*) o de organización, capitalismo regu-

sistema económico del Estado social siguió respondiendo a la ideología capitalista (no al socialismo ni al comunismo), pero con la intervención activa del Estado ante las crecientes fallas del funcionamiento del Mercado¹¹. Asimismo, el contexto de lo moderno se definió desde la globalización, idea que se orientó a homogeneizar y unificar todas las dimensiones de la vida política, económica y moral de las sociedades.

A diferencia del Estado liberal, el socioliberal orbitó sobre el eje axiológico de la igualdad. También denominado Estado del bienestar (*Wohlfahrtsstaat*, *Welfare State*) o Estado providencia, este modelo político aspiró a compatibilizar el ejercicio de la libertad individual con el ejercicio de la igualdad, propendiendo a un ejercicio igualitario de las libertades individuales. En lo político, el Estado socioliberal participó activamente allí donde los liberales clásicos entendieron se trataba del sacro-ámbito privado que se autorregula espontáneamente. La función del Estado no se limitó a garantizar la libertad individual (como el Estado mínimo lo hizo), sino, que a ello le añadió la función de fomentar políticas públicas de igualdad material en el ejercicio de la libertad, atendiendo con detenimiento a los sectores sociales más desfavorecidos y excluidos. El pensamiento nuclear residió en la siguiente idea: solo en la medida en que el Estado cumpla con las prestaciones y provea el bienestar social, solo así obtendrá a cambio la lealtad de masas (una especie de aquiescencia generalizada¹² a modo de gratitud). En lo económico, este modelo se definió como un Estado de distribución y de redistribución de la riqueza, no solo en clave de recursos y bienes, sino antes que todo, en los términos de oportunidades y medios de obtención de recursos y bienes¹³. El sistema de regulación de la libertad individual se identificó con un sistema de libertad *autorregulada heterónomamente*, en donde el Estado facilitó las condiciones del ejercicio de la libertad con directo control y dentro de unos márgenes que permitieron la igualdad de ejercicio en todos los ciudadanos.

Finalmente, lo contemporáneo hace alusión al movimiento ideológico y filosófico que se presenta en nuestros días, en algunos aspectos como línea continua de lo moderno, pero, en otros, con características propias.

lado por el Estado, o capitalismo tardío (*Spätkapitalismus*); RODRÍGUEZ GUERRA (1998, pp. 39-42).

11 HABERMAS (1973, pp. 50 y ss.).

12 HABERMAS (1973, pp. 61 y ss.).

13 Así los modelos de RAWLS (1971 y 1993) y DWORKIN (1977).

El eje axiológico sobre el cual gira el modelo político del socio-neoliberalismo es la seguridad, no ya entendida en términos internos de amenaza para la existencia del Estado o la sociedad, sino como un asunto de «amenaza existencial» (*existential threat*) permanente a escala mundial, que requiere de medidas extraordinarias de prevención y protección¹⁴ (baste el actual ejemplo de la pandemia del COVID-19). Si bien en lo político este modelo continúa siendo socioliberal, en lo económico lo es neoliberal, lo que ha ocasionado junto a otros factores una fuerte crisis del modelo social¹⁵. A diferencia del modelo liberal clásico con su concepto de Mercado local, el neoliberalismo opera con un concepto más extenso de Mercado, el Mercado global, sin fronteras y altamente tecnologizado (Mercado virtual). El sistema económico del presente se configura como un capitalismo de economía libre de mercado, fuertemente marcado por la concurrencia de sub-mercados competidores de diversa procedencia cultural: el asiático y el occidental son los dos ejemplos más claros. El retroceso del Estado en el manejo de los asuntos económicos terminó por consolidar una plataforma de desregulación económica, que se caracteriza por la ausencia o control estatal escaso sobre la existencia y mantenimiento de los procesos de producción y distribución de bienes, así como en relación con la prestación de servicios, quedando en manos de *extraneus* (particulares, Estados, empresas) dicha regulación y provisión de control¹⁶. El sistema de regulación de la libertad se identifica con un sistema de libertad *autorregulada autónoma-heterónomamente*, en donde el Estado vigila pero de forma indirecta, remota y liviana (incluso en la versión de vigilancia mínima, pues conserva siempre la potestad de hacerlo).

14 WILLIAMS (1998, p. 435).

15 Advierte BAJO FERNÁNDEZ (1995, p. 65), que la Constitución española contempla un doble aspecto en lo económico, que necesita de constante equilibrio. Por un lado, el derecho fundamental de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocido en el artículo 38 y, por el otro, los mandatos que consagran la intervención pública y la planificación de la economía por parte del Estado, previstos en los artículos 128 y 131 del mismo texto. En Alemania, la situación parece resultar similar por el reconocimiento de determinados derechos fundamentales, pero sin contemplar expresamente un modelo o referencia al sistema económico del Estado y en este aspecto son las sentencias del Tribunal Constitucional alemán las que le han ido dando contenido.

16 En palabras de MARCILLA CÓRDOBA (2005, p. 239) «la desregulación no equivale a la anomia», sino que comporta el desplazamiento de la intervención estatal a favor de la autorregulación.

1.2. El Derecho Penal de los modelos políticos de Estado

Usualmente, en Derecho Penal se habla de la antinomia entre libertad y seguridad¹⁷ mucho más que la existente entre libertad e igualdad; esto es, se ha prestado mayor interés al *alcance* de la prohibición (vgr. menos seguridad, más libertad), que al contenido de la misma (vgr. libertad abstracta para todos, libertad concreta para algunos). Como se ha podido apreciar, no es casual que la primera antinomia entre libertad y seguridad se haya generado en el seno del modelo liberal clásico, donde el eje fundamental de la ideología pasó por conservar al máximo posible el valor de la libertad individual. Pero, bien pronto, se instauró el modelo socioliberal, comenzaron a advertirse algunas lagunas de punibilidad, que afectaron directamente al valor igualdad. Surgió, entonces, la antinomia libertad e igualdad. Fue recién con el Derecho Penal moderno que se dejó de tutelar exclusivamente el libre desarrollo de la persona individual (vida, honor y propiedad), para pasar a contemplar también como derroteros de lo penal razones de equilibrio punitivo, restableciendo la igualdad en algunos aspectos sociales desiguales o desiguales (blanqueo de capitales, violencia de género, discriminación). Con el formato filosófico de fondo del llamado Derecho Penal moderno, la protección de los intereses sociales y la contención del riesgo se democratizó, pasando a ser cometido de todos los ciudadanos la prevención activa del delito en la sociedad. Frente al principio de la libertad negativa del modelo liberal, el principio de solidaridad abrió un abanico de deberes (positivos) al ciudadano, quien, junto al Estado, asumió la misión de colaborar en el sostenimiento de la indemnidad de determinados valores de la vida social como el medio ambiente, la economía, la salud pública, etcétera¹⁸. Y, por último, con el Derecho Penal contemporáneo socio-neoliberal lo que se pretende asegurar son las condiciones y el contexto de permanencia de la especie humana y de pervivencia en la sociedad, teniendo en cuenta no solo los aspectos materiales de la protección sino también los institucionales (manipulación genética, medio ambiente, terrorismo).

17 Desde esta antinomia se inicia la conocida obra de *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* de SILVA SÁNCHEZ en sus dos ediciones (1992 y 2010).

18 Si bien es cierto que los Códigos Penales del Estado liberal del siglo XIX también tutelaron intereses colectivos, estos se encontraron referidos a un modelo de sociedad de valores homogéneos, que no contempló la diversidad ni pluralidad cultural.

En breves palabras, mientras que el Derecho Penal liberal se preocupó por proteger al máximo los bienes personales del individuo asegurando su libertad en sentido amplio, el Derecho Penal socioliberal procuró ampliar la tutela a otros intereses, los de naturaleza colectiva y social en pos de asegurar el ejercicio igualitario de la libertad. Finalmente, el Derecho Penal contemporáneo socio-neoliberal se focaliza en tutelar bienes jurídicos cada vez más globales, como la paz, economía, seguridad, medio ambiente y salud (no solo doméstica, sino también mundial), en simultáneo a la protección de bienes jurídicos no ya en sentido tradicional, sino como condiciones de funcionamiento de las instituciones sociales y del contexto en el que estas operan.

En la lógica del Derecho Penal económico esta transición significó pasar paulatinamente de un Derecho Penal de la economía individualista (inspirado en el Derecho privado, Civil y Mercantil) a un Derecho Penal de la economía dirigida por el Estado (regido por el Derecho público, Tributario y Aduanero) hasta llegar a un Derecho Penal de la economía mixta capitalista globalizada, regida en parte por la planificación estatal, en parte por la Gobernanza Global y en parte por la iniciativa privada del Mercado. En todo caso, fue a partir del segundo modelo de Derecho Penal, el socioliberal, que se comenzó a combatir de forma autónoma y específica la criminalidad económica a gran escala y no solo la criminalidad patrimonial cometida como delito convencional¹⁹.

A continuación se ofrece un gráfico sumario del recorrido y estado actual del Derecho Penal:

	Realidad social (legal/criminal)	Filosofía política (principios constitucionales)	Política criminal (principios rectores del DP)	Dogmática (principios de imputación <i>ex ante</i>)	Praxis (principios de imputación <i>ex post</i>)
Derecho Penal clásico	valores homogéneos (sociedad pasiva) delitos tradicionales y nucleares Estados locales con internacionalidad no-global sociedad del daño, de la lesión y el resultado	liberalismo político y económico Estado de libertad Estado normativo y no-intervencionista regulación privada (limitadamente pública)	principios rígidos y formales Derecho Penal formal	imputación individual (base filosófico-moral)	imputación individual rígida y cerrada

19 Un repaso histórico actualizado sobre el Derecho Penal económico en ZABEL (2018, pp. 11 y ss.).