



INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES
Asociación Académica Privada

SECRETARIA GENERAL PARA AMERICA LATINA
CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

DERECHO PENAL ECONOMICO

CONCEPTO Y BIEN JURIDICO

Raúl Cervini (*)

I. PLANTEOS INTRODUCTORIOS

1. Connotaciones y planteo de la exposición. Concepto y Bien Jurídico en el Derecho Penal Económico son temas que estructural y funcionalmente se encuentran muy estrechamente vinculados. Como veremos más adelante, la postura que se adopte sobre uno de ellos incidirá en el otro.

En teoría resulta factible formular un acercamiento “neutral” al bien jurídico protegido, con un alcance geográfico e histórico universal, pues toda comunidad política tiene un orden económico, y las normas de derecho penal económico cumplen siempre la función similar de incriminar comportamiento que lo lesionan o ponen en peligro. Pero cuando se toman en consideración los objetivos de política criminal que se persiguen, los contenidos y alcances de las legislaciones difieren sustancialmente y la posibilidad de lograr un cierto consenso sobre el objeto material del Derecho Penal Económico o Socioeconómico se pierde con facilidad ⁽¹⁾. Estas dificultades trascienden al momento de concretar conceptualmente el cerne de esas valoraciones positivas que se dan en una determinada relación social conflictiva ⁽²⁾.

Este cuadro, de por sí complejo, se ha enrarecido bastante en los últimos tiempos. Se pregunta: ¿qué pueden tener de común la sociedad clásica o moderna con la llamada sociedad de riesgos? ¿qué pueden tener de común el clásico Derecho penal económico de la economía dirigista con el actual Derecho penal económico promocional-funcionalista que se indica como indispensable panacea para el

* Profesor de Derecho Penal en las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay, Secretario General para América Latina del International Center of Economic Penal Studies.

¹ Cfr. JESCHECK: “El derecho penal económico alemán”, *Cuadernos de los Institutos*, Universidad Nacional de Córdoba, N° 74, Córdoba, 1963, p. 69 y ss..

² MIR PUIG, S: “Derecho Penal. Parte General”, 4ta. edición, Tectoto SL, Barcelona, 1996, p. 133 y ss.

conflicto de la sociedad pos-industrial? La respuesta será sin duda compleja, pero indudablemente, tratándose de Derecho Penal, el punto de necesario encuentro debe estar en las garantías de los ciudadanos y en ese mínimo aceptable de certeza-seguridad jurídica que exige un sistema democrático de gobierno. Pensamos que será finalmente posible lograr un cierto entendimiento técnico jurídico sobre el concepto y alcance del Derecho Penal socioeconómico, en la medida en que se compartan esos valores.

Tomando nota de estas realidades y a modo necesariamente introductoria, comenzaremos por exponer algunos ejemplos típicos de las más importantes vertientes conceptuales sobre el tema: la restrictiva, de cuño dogmático clásico, y la corriente amplia, en cuya conformación han incidido también factores pragmáticos y elaboraciones criminológicas. En capítulos posteriores abordaremos algunos aspectos sobre el debate actual, a saber: la evolución y crisis del concepto material (C. II), los problemas y cuestionamientos derivados de la interpretación amplia del Derecho penal económico (C. III), el necesario referente estructural de la objetividad jurídica tratada (C. IV) y unas reflexiones complementarias sobre el bien jurídico (C. V), seguidas de unas breves reflexiones finales (C. VI). Todo ello, advirtiendo desde ya sobre sus inevitables connotaciones ideológicas.

2. Concepto-Corriente Restrictiva. 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 mencionada “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*** ⁽³⁾.

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 ⁽⁴⁾. Una perspectiva economicista de la óptica restrictiva, la otorgaba WERGET, quien definía el delito económico como ***la infracción que lesionaba o ponía en peligro esa actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía*** ⁽⁵⁾.

En la misma orientación, pero un poco más extensa y neutra, es 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.*** Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto

³ Cfr. RICHI: “Derecho penal económico comparado”, Madrid, 1991, p. 319.

⁴ Cfr. JESCHECK: “El derecho penal económico alemán”, ob. cit. ut supra, p. 69 y ss.; TIEDEMANN: “Poder económico y delito”, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, p. 25.

⁵ WERGET, Samuel: “El concepto de delito económico para las Ciencias Penales”, en Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala, Editorial Galkir, 1972.

está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores ⁽⁶⁾.

3. Concepto-Corriente Amplia. Veremos más adelante que esta 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 la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.

Bajo tales supuestos el Derecho Penal Económico es definido por BAJO FERNANDEZ 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*** ⁽⁷⁾.

Con un contexto técnico más complejo –TIEDEMANN- señalará 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)***.

Como vemos, en esta óptica, al mismo tiempo de lesionarse un bien jurídico individual (patrimonio) se está lesionando uno supraindividual (orden económico). Así, por ejemplo, sostiene que al castigarse penalmente las quiebras fraudulentas se están protegiendo al mismo tiempo los intereses puntuales de los acreedores y deudores y el propio sistema crediticio como expresión del orden económico.

Esta es precisamente la "sumatoria" de bienes jurídicos afectados que admite hoy día parte de la doctrina más recibida y resulta fuertemente criticada por otro sector igualmente significativo, ya que son consecuencias inevitables de esta concepción extensiva evidentes dificultades para delimitar el ámbito de la disciplina, como también para precisar la noción de lo que debe entenderse por delito económico. Como veremos, los argumentos críticos son muy variados y de diferente agresividad, al punto de que algunos autores contemporáneos con visión pragmática llegan a cuestionarse la misma razonabilidad del debate, en el entendido de que este contiene aspectos técnicos insalvables.

⁶ OTTO, H: "Reschtsgutsbegriff und Deliktstatbestand", en Strafrech-tdogmatik und Kriminalpolitik, Köln, Carl H. Verlag, 1971, p.72.

⁷ BAJO FERNANDEZ: "Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial", 1ª ed., Madrid, 1978, p. 32.

II. CONCEPTO MATERIAL DE DERECHO PENAL ECONOMICO - EVOLUCION Y CRISIS

BIPOLARIDAD CONCEPTUAL

1. 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 (significación social) .

Precisamente, como hemos adelantado, la necesidad de establecer con la mayor precisión posible ese interés, es una tarea cuya complejidad ha provocado que algunos renuncien a ella, predicando 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 ⁽⁸⁾.

2. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado hasta la década del 80 y dentro de la doctrina penal, fue dominante el punto de vista que buscó la delimitación del delito económico utilizando como pauta del agrupamiento el bien jurídico protegido, por considerar que era el único que permitía evitar ambigüedades y contradicciones, posibilitando conclusiones homogéneas ⁽⁹⁾.

En ese lapso hemos visto desarrollar diferentes vertientes de objetivación jurídica, muchas de ellas de funcionamiento no excluyente, es decir, complementario a otras concepciones de contenido más preciso, entre ellas:

Una corriente centra en la Economía en su conjunto el objeto de protección. LINDEMANN, por ejemplo, decía que 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. El mismo orden que se expone se vio recogido en algunas opiniones sustentadas durante el Congreso de Roma de 1953, referidas a las “normas para asegurar la economía en su totalidad, independientemente del fin de la política económica”. En alguna medida puede considerarse dentro de esta línea el sistema del Código Italiano de 1930, prioritariamente orientado a proteger la economía pública ante atentados directos a bienes y servicios, o la regularidad de los factores de la economía, como la industria, el comercio y el trabajo.

Otra concepción atiende al fenómeno de la Planificación, centrandose en ella la objetividad . Aquí, en posiciones extremas se ha llegado al absurdo de sostener que la planificación es un concepto aplicable exclusivamente a los regímenes de tipo socialista (ejemplo: AFTALION) y que en consecuencia, solo en ellos es posible analizar autónomamente la materia. Fuera de estas posturas y hoy en día,

⁸ Así, KAISER: “La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la República Federal de Alemania”. Rev. INGLAS Derecho, V6, No.1, Miami Florida, 1996, p.102 y ss. Con ciertos matices es la misma postura que sostiene MIGAL DE BUEN, Daniel “El Bien Jurídico en el Derecho Económico y Social”, en Revista de Sociología Jurídica de México, Tomo II, No. 3, Ed. Sabán, México DF, 1999, p.45.

⁹ Cfr. LAMP, Ernst-Joachim: “La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983”, en La reforma penal: Delitos Socio-Económicos, Ed de Barbero Santos, Universidad de Madrid, 1985 p. 363 y ss..

la mayoría entiende a la planificación como un concepto abstracto, neutro o relativizado.

Otras vertientes atienden a las nociones de libertad económica (JESCHECK), o de iniciativa privada (LUDJER), con lo que indirectamente circunscriben el Derecho Penal Económico al funcionamiento de las reglas del mercado.

3. Finalmente, encontramos la concepción más difundida hasta los años 80 y aún de gran recibo. La misma trabaja el bien jurídico de los delitos económicos en base a ideas originalmente expuestas por RIPERT de un **Orden Público Jurídico Económico**. Este concepto, si bien vinculado en su matriz original a la idea de intervencionismo estatal, ha sido independizado conceptualmente y hoy se le hace funcionar con cierta comodidad dentro de los parámetros de la era del mercado.

En un espectro de por sí indicativo de las múltiples variantes y posibilidades de esta vertiente, diferentes autores hacen referencia a que el bien jurídico tutelado es el "orden público económico" ⁽¹⁰⁾; el "orden económico" ⁽¹¹⁾; el "orden económico nacional" ⁽¹²⁾; el "orden público económico social" ⁽¹³⁾; el "régimen económico público" ⁽¹⁴⁾; el "orden público del mercado" ⁽¹⁵⁾; la "Policy económica del Estado" ⁽¹⁶⁾; y, "normal funcionamiento de los mecanismos económicos" ⁽¹⁷⁾, entre otras proposiciones similares.

4. A esta altura de nuestro esquema corresponde señalar dos cosas: a) de esta matriz nace la concepción caracterizada como amplia; y, b) resultó definitivo a lo largo de todo este proceso el advertir que los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos eran colectivos, o si se prefiere "supraindividuales" ⁽¹⁸⁾ lo que supuso distinguirlos de los que tutelan bienes individuales, y más concretamente de los delitos patrimoniales. Sobre esa base, fueron considerados en principio ajenos al derecho penal económico, delitos como la estafa, la aprobación indebida, el soborno, la usura, el hurto, el daño o los delitos de quiebra ⁽¹⁹⁾.

¹⁰ Así, AFTALION: "El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico", en Revista de Ciencias Penales, tomo XXV, N° 2, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1966, p. 86; NOVOA MONREAL: "Cuestiones de derecho penal y criminología", Santiago de Chile, 1987, p. 193.

¹¹ Así, MIRANDA GALLINO: "Delitos contra el orden económico", Buenos Aires, 1970.

¹² Así, BERGALLI: "Las líneas de política criminal y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina", en Nuevo Pensamiento Penal, año 2, N° 2, Buenos Aires, 1973, p. 194.

¹³ Así, COUSIÑO: "Delito socio-económico", en Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales, tomo XXI, N° 1, Santiago de Chile, 1962, p. 47; VALENCA, Carlos Luis: "El Derecho Penal Socioeconómico Latinoamericano" en Revista ILRS, No. 12, San José. CR, 1985, p. 67.

¹⁴ Cfr. MEZGER: "Derecho penal", en Libro de estudio, Parte especial, Buenos Aires, (VM) 1959, p. 390.

¹⁵ RIGHI: "Derecho penal económico", en Estudios de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. I, UNAM. México, 1980, p. 110 y ss.

¹⁶ HULGER, Wilson: "Sobre los conceptos de Bien Jurídico y Policy en el Estado moderno", en Documento Morton Banking Institute, MD-680/2000, Nueva York, 2000, p. 35.

¹⁷ SEVERIN, Louis W.: "Economía y Derecho Penal", en Law and Criminology Review- Vol. 2, N° 4, Austin, 1970, p. 67 y ss.

¹⁸ Cfr. TIEDEMANN: "El concepto de delito económico", en Nuevo Pensamiento Penal, año 4, N° 8, Buenos Aires, 1975, p. 465; RIGHI: "Derecho penal económico", en Estudios de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. I, UNAM. México, 1980, p. 110 y ss.

¹⁹ Cfr. TIEDEMANN: "El concepto de delito ...", ob. cit. ut supra, pág. 468 y ss.

En consonancia con esta apreciación supraindividual, MUÑOZ CONDE señala que el orden económico en sentido estricto u orden público económico se debe distinguir claramente del orden socioeconómico. El primero, nos dice, se vincula exclusivamente a la actividad del Estado como director e interventor de la economía. Se refiere a la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía y a la tutela de los intereses patrimoniales individuales; el segundo trasciende su esfera de protección fundamentalmente a los intereses colectivos supraindividuales ⁽²⁰⁾.

Característica de este estadio de la doctrina es la tradicional definición de TIEDEMANN, quien, como ya adelantamos, señala 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) ⁽²¹⁾

5. Por consiguiente, hasta la década de los años ochenta, el derecho penal económico presentaba una fisonomía que en forma generalizada suponía la adopción de una conceptualización bidimensional:

a) Se reconocía la importancia 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, de lo que surgían al menos tres grandes consecuencias: a) el cometido del derecho penal económico quedaba acotado en principio a la tutela de intereses individuales de los particulares o en su caso del Estado, pero no alcanzaba a la protección de los intereses colectivos o “supraindividuales”; b) se consideraba que la disciplina sólo comprendía las normas jurídico penales que protegían el orden económico; y, c) por orden económico se entendía generalmente como la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía.

Consiguientemente, desde esa perspectiva restringida, el “derecho penal económico” era el sector jurídico que reforzaba con conminaciones penales, la dirección y control estatal de la economía ⁽²²⁾.

b) Pero convivía con el anterior un “concepto amplio” en el que incidían dos factores: a) una visión “pragmática” del delito económico: que agrupaba los distintos tipos penales con “significación” económica ⁽²³⁾; y, b) un desarrollo

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco: “Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 267.

²¹ TIEDEMANN, Klaus: “El concepto de delito”, ob. cit. ut supra, p. 465

²² Cfr. LAMPE, Ernst-Joachim: “La protección jurídico-penal de la competencia económica...”, ob. cit. ut supra. p. 367; TIEDEMANN: “El concepto de delito ...”, ob. cit. ut. supra, p. 465 y “Poder económico...”, ob. cit. ut. supra. p. 12; RIGHI: “Derecho penal económico comparado”, Madrid, 1991, p. 318 y ss; NOVOA MONREAL: “Cuestiones de derecho penal y criminología”, Santiago de Chile, 1987, p. 193; BAJO FERNANDEZ: “Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial”, 1ª ed., Madrid, 1978, p. 42; MARTOS NUÑEZ: “Derecho penal económico”, Madrid, 1987, p. 128.

²³ Expresiva de ese punto de vista fue la 2ª Ley Alemana contra la Delincuencia Económica de 1986, cuyo § 263ª incriminó la defraudación mediante computadoras.

proveniente de la investigación criminológica, cuya visión del *white collar crime* prescindió de la noción de bien jurídico, centrando su preocupación en las características del autor.

Esta visión “amplia” presentaba las siguientes características: a) el “derecho penal económico” era definido como el conjunto de normas jurídico penales, destinadas a proteger el “orden económico”, entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo, de bienes y servicios; b) era una concepción “extensiva” que colocaba como objeto de protección en primer lugar intereses patrimoniales cuyo titular podía ser el Estado o los particulares; c) subsidiariamente, en segundo término se atendía a la tutela de bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado ⁽²⁴⁾.

Es de resaltar que para otros autores resulta prioritaria la protección de los intereses colectivos, precisamente, nos dice MANCUSO, que su tutela define la autonomía conceptual de la corriente amplia al tiempo que evidencia las ventajas pragmáticas de la misma. Al respecto formula dos aclaraciones: a) de la afirmación de que el delito económico ampara básica y prioritariamente bienes supraindividuales, no se debe concluir que no pueda además quedar protegido el interés jurídico de un particular. Así, por ejemplo, las normas de defensa de la competencia, que naturalmente están orientadas a proteger la libre concurrencia en una economía de mercado (bien jurídico supraindividual), amparan también intereses individuales de los consumidores, y de los competidores del autor de la infracción. Lo que se afirma es que en el Derecho Penal socioeconómico la norma penal trasciende de la protección de esos bienes particulares, ocupando el bien colectivo el primer lugar, por ser el que otorga fundamento propio a la prohibición; b) por otra parte, algunos de los clásicos tipos patrimoniales que tutelan fundamentalmente bienes individuales pueden asumir modalidades trascendentes que permiten su caracterización como delitos económicos.

Así, por ejemplo, el daño cuando se presenta bajo formas de sabotaje económico ⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾.

EVOLUCION POSTERIOR

1. Cuando se observa el panorama del derecho penal económico en la actualidad, resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores, entre ellos: el evidente predominio de la economía de mercado, la decadencia del “dirigismo” estatal, la necesidad pragmática de contar con una categoría aglutinante de las más variadas agresiones sociales y también

²⁴ Cfr. BAJO FERNANDEZ: ob. cit. ut supra, p. 43; Del mismo autor: “Los delitos societarios en el nuevo código penal español de 1995”, en Rivista Diritto Penale Dell Economia, IX, N° 3, CEDAM, Padova, 1996, p. 738; MARTOS NUÑEZ: ob. cit. ut supra, p. 129; BERISTAIN IPIÑA, Antonio: “Ciencia penal y criminología”, Madrid, 1985, p. 180.

²⁵ MANCUSO, Elio: “Concepto y alcances del bien jurídico en los delitos socioeconómicos”, Revista Ciencias Penales, VI, N° 5, Edt. Teruel, Bogota, 1994, p. 34.

²⁶ BACRIE, Stephane: “El Debate sobre el Bien Jurídico en el Derecho Penal de los Negocios”, en Revista del Instituto de París, Vol. 11. P. 4, abril 1998, p. 97, critica a esta posición señalando que construye una categoría totalmente ajena al natural fundamento antropológico que debe presidir todas las ramas del Derecho Penal. Prioriza demasiado los intereses de la comunidad situados en primer plano y por ello la incriminación no toma en cuenta la esfera privada del individuo, su patrimonio e intereses subjetivos, los cuales sólo reciben, en el mejor de los casos, una protección incidental.

como consecuencia de la creciente tendencia a postergar los rigores sistemáticos que ofrece la dogmática.

Al reparar en el conjunto de áreas involucradas, en enunciaciones que nunca resultan exhaustivas, se advierte que como consecuencia de la referida noción “amplia”, son considerados delitos económicos: a) los delitos fiscales; b) los fraudes de subvenciones; c) los delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias, financieras y cambiarias; d) los delitos vinculados al funcionamiento de empresas privadas de seguros; e) los delitos contra la regularidad del trabajo y la seguridad social; f) las quiebras, concursos y concordatos de tipo fraudulento; g) los balances falsos; h) la competencia desleal; i) los hechos punibles vinculados con el comercio exterior, j) los daños al eco-sistema, etc, etc.

Lo expuesto hasta aquí permite extraer al menos tres conclusiones: a) la primera es que se advierte una expansión de los “contenidos” del derecho penal económico; b) la segunda es que esa expansión se ha dado, tanto en la legislación extra-código como en el ámbito del derecho codificado; y, c) la tercera constatación es que este acelerado proceso expansivo se ha realizado careciendo de toda prudencia, coherencia sistemática y mínima afinidad con los principios dogmáticos de la ciencia penal.

2. Si tomamos el ejemplo de Alemania, nos dice VOLK que se advierte una agresiva evolución que lejos de clarificar el panorama del Derecho Penal Económico lo ha enrarecido al nivel de fragante dispersión conceptual y jurídica ⁽²⁷⁾.

Así puede percibirse que en un primer momento se aprobaron en Alemania variadas leyes de reforma, orientadas a cubrir supuestas lagunas de punibilidad, como ocurrió en 1976 cuando la 1ª Ley Contra la Criminalidad Económica incorporó tipos para reprimir la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos, como también delitos de quiebra. Diez años después, la misma finalidad tuvo la 2ª Ley Contra la Criminalidad Económica, fundamentalmente destinada a castigar la manipulación fraudulenta de computadoras. Luego, un salto cualitativo supuso la incorporación al Código Penal de un catálogo especial de competencias judiciales para presuntos “delitos económicos”, reforma que concretó otra ampliación, cuyo único fundamento fue de orden procesal.

Finalmente, se adoptó otro criterio expansivo de tipo operativo-funcional que reconoce su origen en la investigación criminológica, y que consistió en considerar “delito económico” al cometido utilizando una empresa, realizado en beneficio de la misma o en su ámbito.

3. Igual situación se vive con la anodina y meramente simbólica aglomeración de tipos diversos que ostenta el actual Derecho Penal Económico de Italia ⁽²⁸⁾; en la

²⁷ VOLK, Klaus: “Diritto Penale ed economia”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, XI, Nº 2- 3, CEDAM, Padova, 1998, p. 479 y ss.

²⁸ Confirman entre otros: LO MONTE, Elio: “Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, XI, Nº 2- 3, CEDAM, Padova, 1998, p. 323 y ss; MANNA, Adelmo “Le tecniche penalistiche di tutela dell’ambiente”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, X, Nº 3, CEDAM, Padova, 1997, p. 665 y ss. ; MAUGERI, Anna Maria: “La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza”. en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, IX, Nº 3, CEDAM, Padova, 1996, p. 817 y ss.; PALIERO, Carlo Enrico: “Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano”, en *Rivista Diritto Penale Dell’Economia*, IX, Nº 4, CEDAM, Padova, 1996, p. 1173 y ss.

pasmosa dispersión de “Droit Penal des Affaires” de Francia (²⁹); el más conocido desarrollo de la legislación española (³⁰), etc.

Como consecuencia de este proceso ocurrido tanto a nivel doctrinario como en el derecho positivo contemporáneo, la noción amplia o elástica de delito económico se encuentra fuertemente cuestionada en múltiples y variados aspectos, algunos de los cuales procuraremos esbozar rápidamente.

III. PROBLEMAS Y CUESTIONAMIENTOS DERIVADOS DE LA CONCEPCIÓN AMPLIA

1. Antecedentes. A modo de recapitulación. Hemos señalado que el concepto de delito económico originario y clásico, derivados de las concepciones del bien jurídico que se acaban de exponer, originó la denominada teoría “restringida”. De acuerdo con este punto de vista, el contenido de la disciplina en sentido “estricto” comprendía las normas jurídico penales destinadas a proteger el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía (³¹). Ese criterio de delimitación se correspondía con una noción también restringida del derecho económico, asimilable al conjunto de normas vinculadas al derecho de la economía dirigida por el Estado. Consiguientemente, siempre en sentido estricto, el delito económico era apreciado como la infracción que lesionaba o ponía en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Ése fue también el punto de vista más aceptado en el contexto legislativo y científico de esa época, por considerarse el único concepto que resultaba a la vez garantizador y de utilidad, ya que era comprensivo tanto de las hipótesis de tutela en los casos de intervención anticrisis, como en las de promoción del desarrollo, incluyendo así los supuestos de protección de la economía de mercado y también la tutela de instrumentos de asignación forzosa de recursos. En realidad, se suele olvidar, que pese a que se trata de una noción “restringida”, permitía cierto juego conceptual y considerar delitos económicos tanto al monopolio que afecta la libre competencia, como a los supuestos de lesión a medidas estatales que impiden el acceso a un mercado a determinadas personas, como sucedía, por ejemplo, con inversores extranjeros.

Como consecuencia de criterios pragmáticos y fundamentalmente de los que orientaron la investigación criminológica, se fue desarrollando paralelamente una noción del delito económico, en un sentido amplio. Desde esta perspectiva, el derecho penal económico fue definido como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Esta perspectiva supuso

²⁹ Conf BACRIE, Stéphane: “El Debate sobre el Bien Jurídico...”, op cit ut supra p. 99

³⁰ Cfr: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “Los delitos societarios en el nuevo código penal español de 1995”, en Rivista Diritto Penale Dell’Economia, IX, N° 3, CEDAM, Padova, 1996, p. 738 y ss.; SALIERO ALONSO, Carmen: “Reflexiones en torno a la tutela penal del ambiente. Especial consideración de los delitos contra el ordenación del territorio en el nuevo código penal español”, en Rivista Diritto Penale Dell’Economia, XI, N° 2- 3, CEDAM, Padova, 1998, p. 367 y ss.; BARBERO SANTOS, Marino: “Introducción general a los delitos socio-económicos. Los delitos societarios”, en Rivista Diritto Penale Dell’Economia, X, N° 3, CEDAM, Padova, 1997, p. 605 y ss.

³¹ Cfr. BAJO FERNANDEZ: “Derecho penal económico aplicado...”, ob. cit. ut supra, p. 37; MARTOS NUÑEZ: ob. cit. ut supra, p. 128.

colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado, por ejemplo el sistema crediticio, operaciones de pago sin dinero efectivo o el mercado de capitales ⁽³²⁾.

Ya señalamos también que las consecuencias inevitables de esta concepción extensiva fueron las evidentes dificultades para delimitar el ámbito de la disciplina, como también para precisar la noción de lo que debía entenderse por delito económico, el que fue definido como la infracción que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaba o ponía en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En teoría se adjudicó a esta concepción, la virtud de armonizar los objetivos de las investigaciones criminológicas sobre criminalidad de cuello blanco con los contenidos del derecho penal económico ⁽³³⁾, pero ciertamente la imprecisión conceptual que la orientaba, necesariamente generó confusión y se fue perdiendo todo contacto con el rigor dogmático penal ⁽³⁴⁾.

2. Cuestionamientos.

2.1 El primer cuestionamiento retoma los puntos de vista originados en FEUERBACH y posteriormente desarrollados por GOLDSCHMIDT, quienes distinguían entre: a) los “delitos”, reconocidos por su esencia como lesiones de derechos subjetivos, y por lo mismo portadores de un verdadero injusto criminal; y, b) las “infracciones”, apreciadas como modalidades de comportamiento reprimidas por razones vinculadas a la seguridad y el orden público, meras contravenciones administrativas que no pertenecen al derecho penal criminal.

En la medida en que la pena criminal sólo es legítima en función de la noción de bien jurídico, entendida como la condición jurídicamente garantizada de libre desarrollo de un individuo en sociedad y dado que el objeto de tutela del derecho penal económico es el funcionamiento de subsistemas económicos, se considera que debe ser un derecho de infracciones administrativas, y no un derecho criminal. Esta perspectiva crítica si bien admite la existencia de bienes jurídicos “supraindividuales”, lo que niega es que ese sea el objeto de tutela del derecho penal económico, su fuero natural debía ser el de las infracciones administrativas ⁽³⁵⁾.

2.2 Otra perspectiva crítica parte de la base de que sólo cabe reconocer la existencia de un “bien jurídico” cuando es empíricamente demostrable que puede ser dañado. Se sostiene que una política criminal de base empírica exige demostrar que existe una inequívoca relación de causalidad, entre el comportamiento individual y el referido daño supraindividual, por lo que la cualidad de una acción de ser “lesiva” depende de que esté casualmente vinculada a la afectación del bien jurídico.

³² Así, BAJO FERNÁNDEZ: “El Derecho penal económico aplicado...” ob. cit. ut supra, p. 40.

³³ Idibidem: p. 43.

³⁴ Cfr: LO MONTE, Elio: “Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica ...”, ob. cit. ut supra. p. 323 y ss.

³⁵ Cfr: OEHLER, Dietrich: “Tendenze e controtendenze nel diritto penale dell’economia”, en Rivista Diritto Penale Dell’Economia, IX, N° 3, CEDAM, Padova, 1996, p. 128 y ss.

En tal sentido se observó que si bien hay delitos individuales en los cuales el daño patrimonial es efectivamente acompañado de gran dañosidad social, también hay otros ilícitos individuales de gravedad en los cuales el daño patrimonial no trasciende al plano de los bienes jurídicos supraindividuales y otros casos en los cuales, que lejos de estar colocado en primer plano el daño patrimonial, el mismo puede inclusive no existir siendo muy claro el daño colectivo. RIGHI ⁽³⁶⁾ nos da el siguiente ejemplo: cuando se abre una línea especial de crédito para fomentar una determinada actividad económica o cubrir una necesidad social, el comportamiento puede consistir en obtener un crédito mediante ardid. En esos casos lo lesionado son los intereses colectivos vinculados a los objetivos de política económica o social involucrados, pudiendo no haber lesión individual ni perjuicio patrimonial, cuando por ejemplo, el autor paga el crédito en los plazos pactados.

2.3 También se ha señalado, a modo de crítica, que, desde el punto de vista ontológico, la afirmación de que un delito económico en sentido amplio lesiona en primer lugar intereses individuales, entra en contradicción con su enunciada “vocación supraindividual final”, es decir con la exigencia de que lo afectado por los delitos económicos deben ser prioritariamente bienes jurídicos “supraindividuales” ⁽³⁷⁾.

Entre esos tipos claramente orientados a tutelar preferentemente intereses supraindividuales, se suelen mencionar las infracciones previstas con motivo de la formación de carteles. Otro ejemplo de esa contradicción se manifiesta en la tutela penal del medio ambiente.

Los delitos ecológicos giran en torno a la idea de protección del “medio ambiente natural”, habiéndose definido sus objetos de tutela en la conservación del suelo y la flora, el mantenimiento de la pureza de las aguas, la eliminación de basuras, la protección contra gases perjudiciales, la eliminación o reducción de los efectos nocivos de la radioactividad y los desperdicios químicos y la protección contra los ruidos ⁽³⁸⁾. La definición de bien jurídico protegido, es claramente indicativa de que se orienta a proteger intereses de la comunidad en su conjunto ⁽³⁹⁾. Reconoce RODRÍGUEZ RAMOS que si bien no puede negarse que con la protección al medio ambiente pueden verse tutelados mediatamente bienes tradicionales como la vida o la propiedad, esos bienes jurídicos añejos no agotan ni son el inmediato y principal objeto de protección de las normas aludidas, pues lo que primariamente se ampara es el derecho de “todos”, del colectivo a un entorno de vida adecuado ⁽⁴⁰⁾. Los delitos ecológicos normalmente se engloban dentro de la categoría

³⁶ RIGHI, Esteban: “El Derecho penal económico comparado...”, op cit ut. supra. p. 322.

³⁷ Cfr. RIGHI: “Derecho penal económico comparado”, ob. cit. ut supra, p. 323. Otra opinión en TIEDEMANN: “El concepto de delito económico”, ob. cit. ut supra, p. 469.

³⁸ Cfr. BACIGALUPO y STAMPA BRAUN. “La reforma del derecho penal económico español” Revista Jurídica de Cataluña- Extra. El Proyecto de Código Penal, 1980, p. 102.

³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: “Aproximación a la política criminal desde la protección penal del medio ambiente”, en *Revue Internationale de Droit Pénal, A.I.D.P.*, Madrid-Plasencia, 1977, p. 281; “Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (arts. 323 a 325 del Proyecto)”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 473; “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, en *Estudios penales y criminológicos*, V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, p. 307.

⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: “Aproximación a la política criminal desde la protección penal del medio ambiente”, ob. cit. ut supra, p. 281.

derecho penal económico, pero no por efecto del desarrollo de una noción “amplia” del mismo. Lo integran más por su significación social que por coherencia conceptual o sistemática (41).

2.4 Otra vertiente crítica ha expresado que un concepto tan heterogéneo elástico del Derecho penal económico denuncia o pone en evidencia, más la impotencia que la versatilidad de dicho concepto. En esta tesitura BERISTAIN IPIÑA señala que la mejor demostración de que ese concepto laxo provoca una insalvable imprecisión, como para impedir acotar el contenido del derecho penal económico, esté dada por la enmarañada y dispar enumeración de tipos que algunas formulaciones agrupan dentro de esta categoría (42).

En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ expresa que esta pseudo categoría es en un todo equiparable a un “cajón de sastre” (43) y se remite a la clasificación que de los delitos económicos ha ofrecido un conocido especialista, ZIRPINS, para comprobar que estamos ante un campo sin lindes definidas y en el que se comprenden hechos absolutamente dispares (44). Agrega que estos intentos de clasificación evidencian que el concepto amplio de delito económico es desde el punto de vista de la dogmática pura, algo inadmisibles, desde el momento en que se incluyen en el mismo acciones de muy diverso contenido, que lesionan bienes jurídicos de muy diversa naturaleza, sin que sea posible reconducirlos a una misma categoría conceptual por la simple circunstancia de que "eventualmente" puedan lesionar el orden económico. Si así fuera habría que acabar reconociendo que prácticamente todos los delitos pueden ser, en principio, delitos económicos. El suicidio inducido de un banquero, el asesinato de un empresario, la difamación de una firma social, etc., pueden perturbar también gravemente el orden económico, entendido en sentido lato. En ausencia de toda técnica sistemática, inducción al suicidio, asesinato, injurias, podrían llegar a ser considerados también delitos económicos.

La agrupación y consiguiente sistematización de los delitos se debe llevar a cabo, en atención a su contenido sustancial y éste se determina, a su vez, en función del bien jurídico que, en abstracto y por definición, resulta necesariamente ofendido por la

⁴¹ Cfr. RIGHI: “Derecho penal económico comparado”, ob. cit. ut supra, p. 324.

⁴² Así. Cfr. BERISTAIN IPIÑA: “Ciencia Penal y Criminología”, Madrid, 1985, p. 181. El autor enumera a vía de ejemplo, entre otros hechos punibles: las normas referidas al medio ambiente, las insolvencias punibles, las formaciones de carteles, las infracciones en el campo de la informática (manipulación de datos o robo de los mismos, violación de secretos), la falsificación de balances de una empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de los acreedores (por ejemplo: quiebras e infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial), los fraudes al consumidor, la falsificación de las mercancías, la presentación engañosa, el abuso de la inexperiencia del consumidor, infracciones en aduanas, infracciones bancarias o bursátiles, manipulación abusiva del mercado bursátil, las infracciones de las normas de seguridad e higiene laboral, las infracciones contra las sociedades mercantiles, el envío al extranjero de grandes cantidades de dinero procedentes de delitos (hold-ups), los boicots empresarios, las receptaciones, las malversaciones de caudales públicos, los cohechos, las apropiaciones indebidas, las falsedades de documentos, los fraudes acerca de la situación comercial de la empresa y de sus fondos financieros, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales, y la creación de sociedades ficticias.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ: “El Derecho penal económico aplicado...” ob. cit. ut supra, p. 42.

⁴⁴ ZIRPINS distinguió seis grandes grupos de delitos económicos: 1) la estafa; 2) delitos contra el principio de confianza, como malversación, prevaricación, cohecho y otras formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia; y, 6) otros delitos como agio arrendaticio, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos no incluidos en los apartados anteriores

correspondiente figura delictiva, y no en función de los intereses que, a través de su concreta e histórica realización, puedan resultar eventualmente lesionados.

La agrupación bajo la rúbrica de Derecho penal económico o socioeconómico de delitos de tan dispar contenido como la estafa, la prevaricación, el contrabando, el tráfico ilícito de alimentos y medicamentos, etc., no supone, desde el punto de vista dogmático, ningún avance, sino un claro retroceso⁽⁴⁵⁾, porque se está tomando como punto de referencia para la clasificación una característica que, por su condición de eventual, no permite definir esencialmente los correspondientes delitos, hasta el extremo de que los hechos que se consideran como delitos económicos en sentido amplio pueden resultar, en definitiva, en el caso concreto, beneficiosos y no perjudiciales para el orden económico. Por ejemplo, una apropiación indebida o un cohecho pueden evitar una quiebra, que provocaría graves perturbaciones económicas de orden nacional.

3. Evaluación. Pese a los esfuerzos hasta ahora realizados, un concepto de delito económico con perfiles unitarios no se ha conseguido y para muchos autores es probable que no pueda obtenerse nunca, entre otras razones porque, como observa LOPEZ-REY, un concepto claro de lo económico es difícil y en el mejor de los casos tiene un carácter descriptivo-enumerativo que nunca podrá estimarse como completo⁽⁴⁶⁾. A lo que otros añaden, con indiscutible acierto, la circunstancia de que cada sistema económico genera su propia delincuencia económica, sucediendo por ello que lo que se considera delito en una economía dirigida no lo es en una economía de libre mercado, y a la inversa⁽⁴⁷⁾. Sobre este aspecto, que constituye a nuestro entender una de las críticas más fermentales al concepto amplio, volveremos con más detalle en el apartado siguiente de esta exposición.

Por otro lado, también se reconoce que la noción de "delincuencia económica" ha cumplido y cumple importantes funciones desde el punto de vista criminológico, de política criminal y en lo que hace a la percepción del tema a nivel de los tribunales y del mismo colectivo social involucrado. El concepto amplio de delito económico parece, en cambio, técnicamente inviable desde la perspectiva dogmática. Esta realidad, nos dice BAJO FERNANDEZ, no debe preocuparnos demasiado, hay que aprender a vivir con ella, porque en cualquier caso, no debemos dejarnos prender por la cuestión dogmático-sistemática. Agrega que muy probablemente lo más importante en esta hora no es determinar si este o aquel hecho deben considerarse o no como delitos contra el orden económico y si éste puede o no considerarse desde el punto de vista dogmático como un específico bien jurídico, sino si, para el buen desarrollo de la vida económica, es necesario o no, que un determinado hecho se configure como delito⁽⁴⁸⁾. También para otros autores se debe otorgar primacía a la cuestión político-criminal sobre la relativa a la sistematización y coherencia dogmática de los llamados delitos económicos⁽⁴⁹⁾. Afortunadamente aún quedan también

⁴⁵ BALESTRINO, U.G.: "I problemi generali dei reati societari", Milano, 1978, p. 12 y ss.

⁴⁶ LOPEZ-REY, M.: "Criminología I", Madrid, 1975, p. 144.

⁴⁷ Cfr. RUIZ VADILLO, E.: "Los delitos contra el orden socio-económico", en Anuario de la Escuela Judicial, num. XIII, 1981, p. 224-225.

⁴⁸ BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho Penal ...", ob. cit. ut supra, p. 51.

⁴⁹ En esa línea: SIEBER, Ulrich "Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reati internazionali di computer. Le nuove sfide di internet", en Rivista Diritto Penale Dell Economia, X, N° 3, CEDAM, Padova, 1997, p. 743 y ss.

algunos, menos resignados, que continúan aferrados, a las seguridades y garantías que otorga un bien jurídico afirmado en una adecuada definición conceptual, propia del verdadero Estado de Derecho ⁽⁵⁰⁾.

IV. EL NECESARIO REFERENTE ESTRUCTURAL DE LA OBJETIVIDAD JURIDICA EN LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO

1. Avanzando un poco más en nuestro relato, podemos observar que en forma contemporánea, un número creciente de autores creen que el delito económico y consecuentemente la criminalidad económica no pueden entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se producen. Hemos sostenido en trabajos anteriores que el delito económico, como en general todos los delitos (convencionales o no convencionales) son productos sociales o más exactamente sub-productos estructurales ya que obedecen a los condicionamientos concretos que se observan en una determinada sociedad en un momento histórico determinado. Cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego la conducta constitutiva de delito económico estará funcionalmente condicionada por la estructura socioeconómica concreta en un momento determinado. Precisamente en el ámbito de la doctrina penal se está aludiendo inequívocamente a la estructura económica cuando se señala que la infracción lesiona el "orden público económico", pero se introduce el error de creer que este "orden público económico" es similar en todos los países.

2. Se ha sostenido que sin perjuicio de sus otras funciones (límite, teleología, crítica), el bien jurídico cumple también una función sistemática inminente al sistema penal y una función legitimadora trascendente al sistema penal ⁽⁵¹⁾. Desde una perspectiva sistemática y considerando que los bienes jurídicos reflejan relaciones sociales concretas protegidas por la norma penal en un sistema social determinado, se han clasificado jerárquicamente en dos grandes grupos: los que dicen relación con las bases de existencia del sistema social y los que están en relación con el funcionamiento del sistema social ⁽⁵²⁾.

Los bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema social son aquellos sin los cuales el sistema social concreto, en este caso el que garantiza el Estado Social y Democrático de Derecho previsto en la Constitución, no podría existir, como la vida, la libertad, la salud individual, el patrimonio. En cambio, los bienes jurídicos conexos al funcionamiento del sistema tienen por objeto asegurar su correcto funcionamiento y equilibrar los desajustes que pudieran producirse en el sistema social al producirse situaciones sociales conflictivas. Legitiman la intervención coercitiva del Estado no ya para proteger un bien jurídico que está en la base de existencia del sistema social, sino para asegurar las condiciones

⁵⁰ Ver obra de Sergio MOCCIA, Luigi FERRAJOLI, Marzia FERRAIOLI y otros autores del garantismo italiano.

⁵¹ HORMAZABAL MALAREE; Hernán: "Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal", 2da ed. Conosur, Santiago de Chile, 1992, p.12 y ss.

⁵² BUSTOS RAMIREZ, Juan: "Manual de derecho penal español. Parte General" Ariel, Barcelona, 1984.; adicionalmente: "Control social y sistema penal", PPU, Barcelona, 1987

indispensables para que esas relaciones sociales básicas (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan producirse.

Desde esta perspectiva de BUSTOS RAMIREZ, los bienes jurídicos no pueden entenderse sino en conexión con un sistema social determinado. El Derecho Penal es el Derecho coercitivo de ese sistema social y protege relaciones sociales concretas dentro de ese sistema social, que no es otro que el del Estado Social y Democrático de Derecho. Estrictamente corresponde hablar de bienes jurídicos microsociales y de bienes jurídicos macrosociales. Estos últimos bienes jurídicos están al servicio de los bienes jurídicos microsociales. Se trata de proteger las condiciones mínimas para que las relaciones microsociales (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan desarrollarse. Así, el medio ambiente está al servicio de la vida y la salud individual. Si el Estado no interviene castigando al que contamina el aire y el agua o destruye y explota abusivamente los recursos naturales, las relaciones microsociales que están representadas por los bienes jurídicos vida y salud individual no podrán realizarse o podrán verse seriamente perturbadas en su realización. Esta concepción permite cerrar algunos aspectos críticos antes señalados.

Visiblemente el orden público socioeconómico es un concepto que no es nada pacífico⁽⁵³⁾. Dicha noción está ligada a las condiciones concretas de cada país y de cada época con sus particulares, diversos y a veces antagónicos enfoques ideológicos. Así, por ejemplo, no es lo mismo el orden económico en un período de emergencia bélica, como sucedió en Europa después de la Primera Guerra Mundial, en que se dictaron agresivas medidas económicas para prevenir la especulación y asegurar el abastecimiento, que en un período de cierta normalidad como el actual, en que se confía en la fuerza autorreguladora del mercado.

3. Lo expuesto permite reforzar la idea de que en el proceso de selección de las conductas socialmente disvalorativas en el proceso económico no puede prescindirse de las condiciones concretas de la estructura social y de la forma concreta en que se dan las relaciones económicas en dicha estructura social. Esto de por sí representa una invaluable limitación al jus puniendi. Así no puede prescindirse de la forma de Estado y del grado de su intervención en los procesos económicos y sociales, pues éstos condicionarán las relaciones individuales. En consecuencia, **no puede hablarse de orden público socioeconómico en abstracto, sino sólo en relación con una determinada estructura social que impondrá su propia racionalidad y marco de legitimidad. De allí tampoco se pueda hablar de delito económico como una categoría atemporal, ontológica, sino sólo en relación de una estructura social concreta que lo define en un momento histórico determinado.**

El orden público económico protegido por las disposiciones penales socioeconómicas variarán con el sistema imperante. En particular el Estado Democrático Social de Derecho configura un escenario político en el que, si bien se contempla un modelo socioeconómico que reconoce, sin perjuicio de su función social, la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también otorga al Estado ciertos derechos-deber, facultades interventoras de carácter económico y

⁵³ Con motivo del proyecto de 1980, se criticó por un sector de la doctrina (STAMPA - BACIGALUPO, 1980, 5) de que el aludido proyecto al reunir los delitos económicos bajo el epígrafe "Delitos contra el orden socioeconómico" aludiera a un bien jurídico que por difuso era inaceptable, a lo que se contestó (RODRIGUEZ MOURULLO, 1981, 707) que el epígrafe sólo quería expresar "simplemente una categoría sistemática de referencia".

social para alcanzar la plena libertad, justicia e igualdad. Este paradigma es precisamente el que legitima la intervención del Estado.

4. De acuerdo con estos principios constitucionales, el llamado orden socioeconómico es del interés y está al servicio de todos los ciudadanos, en esto radica su contenido personalista microsocioal. Así, por ejemplo, la difusión de una noticia falsa con la intención de alterar los precios de un producto debe entenderse e interpretarse como una intervención intolerable desde una posición de poder en el funcionamiento del mercado y que en último término perjudica a los consumidores. Ese obstáculo que impide la realización de la libre competencia impidiendo la formación del justo precio, viene en último término también a afectar al patrimonio del consumidor. La protección de la libre competencia como factor específico del orden socioeconómico implica en última instancia la protección de un bien jurídico macrosocioal. La lesión de este bien jurídico macrosocioal, en este caso la libre competencia, produce distorsiones en el funcionamiento del sistema, ya que obstaculiza la libre circulación de las mercancías. Pero esta lesión del bien jurídico macrosocioal, en la medida que está referido al funcionamiento del sistema, en último término también perjudicará al patrimonio de uno de los sujetos de la relación económica de mercado. En consecuencia, en la medida que la lesión del bien jurídico macrosocioal implica obstáculos para su desarrollo, hay también una lesión de un bien jurídico microsocioal que es condición de existencia del orden socioeconómico reconocido por la Constitución de todo Estado Social Democrático de Derecho. Por eso, en la protección de una relación macrosocioal, en este caso el libre mercado, se están protegiendo también las condiciones para que pueda desarrollarse una relación microsocioal que, como se ha dicho, es el patrimonio del consumidor (⁵⁴). Como vemos el orden socioeconómico conlleva intervención estatal dentro de la relación social para impedir las disfunciones que la injerencia de poderes distintos al del Estado pudiera producir.

5. En síntesis, el sistema crediticio, el sistema monetario, el proceso de ingresos y egresos del Estado y la libre competencia son relaciones sociales macrosociales. La lesión a estos bienes jurídicos macrosociales denuncia una disfunción del sistema y da contenido material al injusto económico. Su perturbación pone en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional. Pero su protección también implica en último término la protección de las relaciones microsociales que se realizan en el circuito económico. Proteger el sistema crediticio castigando las quiebras o insolvencias fraudulentas implica también la protección del patrimonio del acreedor. **Hay una necesaria relación teleológica entre el bien jurídico macrosocioal, relativo al funcionamiento del sistema, y el bien jurídico microsocioal, que es a la vez, condición de existencia del sistema y limitante de sus eventuales excesos.**

V. SOBRE EL TEMA DEL BIEN JURIDICO

1. Las dificultades que hemos denunciado para lograr un racional equilibrio entre concepto y bien jurídico vienen dadas, en parte, por la complejidad de intereses afectados, que plantean problemas de identificación y concreción de los bienes

⁵⁴ Como plantea BUSTOS RAMIREZ (1987) en la protección de los bienes jurídicos macrosociales hay una protección teleológica de bienes jurídicos microsociales.

Se ha entendido que la función propulsora, no meramente conservadora, que el Estado reivindica hoy, impone una nueva configuración dinámica del concepto de bien jurídico, que no se agota en la cristalización de situaciones y relaciones existentes, sino que, como sugiere PEDRAZZI, ha de abarcar los objetivos estatales de justicia social ⁽⁵⁵⁾. En todo caso, el carácter promocional que se pretende asignar al Derecho penal implica el riesgo de un intervencionismo gravemente restrictivo de derechos individuales, en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictual o, cuando menos, plural, no pueden gozar de total aceptación.

Así, por ejemplo, HASSEMER subraya que el paso de la tutela penal de bienes a la tutela penal de funciones pone en peligro el papel crítico-garantista del bien jurídico. Los denominados *grossflächige Rechtsgüter*, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrían erigirse en criterio definidor ni delimitador del poder punitivo, y menos aún en los delitos de peligro, sobre todo abstracto, que, nominalmente orientados a la defensa de bienes jurídicos, les son, en realidad, excesivamente ajenos ⁽⁵⁶⁾. El interés de quien concede subvenciones en que sean utilizadas debidamente o el interés en conservar un ambiente -ejemplos propuestos por HASSEMER- por evidente que sea su relevancia, no son fácilmente caracterizables como bienes jurídicos, sino como objetivos de carácter político, social o económico y su tutela, más que de auténticos bienes lo es de funciones ⁽⁵⁷⁾.

2. Recuerda MARINUCCI que los últimos años están siendo, en efecto, testigos de programas de criminalización y descriminalización tendentes a proporcionar tutela penal al catálogo de bienes, derechos e intereses de relevancia constitucional, y, en concreción de tal tendencia, se viene aceptando la necesidad de acentuar la presión penal en un sector que, aún con excepciones, había sido inmune a ella, el de los bienes jurídicos de carácter social, de tipo colectivo, supraindividual o difuso, que todas estas denominaciones se emplean, sin precisar, las más de las veces, las señas de identidad de cada uno de estos conceptos ⁽⁵⁸⁾.

Se trata de una alternativa político-criminal frente a la que, en principio, puede oponerse pocas objeciones. Pero sí parece imperioso examinar si las técnicas penales tradicionales pueden seguir funcionando, en el sentido propuesto por LISZT, como barrera infranqueable de la política criminal, o si, por el contrario, se ha de recurrir, para hacer frente de modo eficaz a la nueva situación, a un adelantamiento funcional de la intervención penal. Sobre el peligro de que este recurso ignore principios garantizadores ya consolidados, se han alzado autorizadas voces doctrinales. En concreto, se ha denunciado el olvido del bien jurídico como ineludible punto de referencia material. Éste, cualquiera que fuese la función que teóricamente se le asignara -con la excepción de su negación como subproducto del liberalismo y del positivismo por la doctrina penal nacional-socialista- ha venido cumpliendo una innegable función de garantía, que hoy no

⁵⁵ PEDRAZZI, C.: “El bien jurídico en los delitos económicos”, p. 287.

⁵⁶ HASSEMER, W.: “Umweltschutz durch Strafrecht”, en *Neue Kriminalpolitik*, 1988, p. 47 y ss.

⁵⁷ HASSEMER, W.: “Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici”, en *Dei delitti e delle pene*, I, 1984, p. 109 y ss.

⁵⁸ Cfr. MARINUCCI, G.: “Politica criminale e riforma del Codice Penale”, en *Democrazia e Diritto*, Milan, 1975, p. 61.

puede dejarse de lado ⁽⁵⁹⁾. Hay que admitir también honestamente, con PADOVANI, que, en ocasiones, cuando se habla de bienes jurídicos de amplio espectro, se convive con una hipocresía, ya que más que a bienes jurídicos propiamente dichos, se alude a “metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y a las modalidades normativas establecidas para resolverlo o atemperarlo” ⁽⁶⁰⁾.

Pero entre el modelo brindado por un Derecho penal promocional que responda a las más genuinas aspiraciones del pragmatismo funcionalista, y otro constreñido por los contornos que definieron al Derecho penal liberal, entre el conductismo economicista y el absentismo autocomplaciente, hay quienes intentan posibilidades intermedias. Nosotros creemos necesario y posible mantener las garantías connaturales al bien jurídico, admitiendo excepcionalmente una muy prudente ampliación, en la medida en que mantenga su **reconocibilidad**. Es decir, en tanto y en cuanto no se vea desdibujado. Sobre este aspecto volveremos en el punto 5 de este capítulo.

3. La cuestión que queda así sobre el tapete es la de fijar criterios que determinen los casos en que tales situaciones instrumentales puedan acceder a la condición de bien jurídico penalmente tutelado. Y para resolverla surge, entre otras, la propuesta de BUSTOS, que, como hemos referido, distingue entre los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema -directamente vinculados a la persona, tienen un carácter microsocio- y los relacionados con el funcionamiento del sistema -aseguran materialmente las bases y condiciones de aquellos-. Entre estos últimos cabe, a su vez, diferenciar bienes jurídicos institucionales -referidos a instituciones básicas para el funcionamiento del sistema-, colectivos -dirigidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico- y de control- orientados a la protección del aparato estatal para que éste pueda cumplir sus funciones ⁽⁶¹⁾. Debe señalarse que FIANDACA, dentro de la doctrina italiana, recrea el mismo esquema pero distinguiendo entre bienes individuales y bienes institucionales o colectivos ⁽⁶²⁾.

Esta clasificación tiene interés sobre todo porque jerarquiza los bienes jurídicos, ya que los referidos al funcionamiento del sistema son complementarios de los que constituyen sus bases y condiciones, y están teleológicamente preordenados a su defensa. La conclusión a extraer de ello es doble: a) el catálogo de bienes jurídicos no se agota en los tradicionales de impronta fundamentalmente individualista; b) el carácter funcionalmente subordinado de los colectivos veta, en buena lógica, el recurso a técnicas de tutela más incisivas y contundentes que las empleadas en la defensa de los que constituyen la base del sistema.

⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”, en RFDUC, 11, 1986, monográfico Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 150.

⁶⁰ PADOVANI, T.: “La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzione” en Dei delitti e delle pene, 1, 1984, p. 116.

⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Los bienes jurídicos colectivos ..”, ob. cit. ut supra, p. 161.

⁶² FIANDACA, G.: “La tipizzazione del pericolo”, en Dei delitti e delle pene, 3, 1984, p. 454.

4. Finalmente, dedicados al estudio crítico del bien jurídico protegido en los delitos económicos, y siguiendo el pensamiento de GRASSO, vemos que la tutela de los intereses individuales afectados puede acometerse y eventualmente agravarse, acudiendo a uno de estos expedientes ⁽⁶³⁾:

1) castigar los ataques que supongan lesión a los mismos; 2) en procedimiento paralelo al de las *injunctio*ns del modelo anglosajón, se puede confiar a la Administración la tarea de determinar cuál sea, en caso concreto de conflicto de intereses, el prevalente, reservando la sanción penal para las conductas violadoras de la resolución administrativa; 3) dotar de sustantividad y autonomía a las “situaciones instrumentales”, de modo que los ataques a las mismas constituyan auténticos delitos de lesión; 4) adelantar la intervención penal al momento de creación del peligro para aquellos intereses individuales, con lo que la problemática se desplaza a los índices definidores de ese peligro, todos ellos reconducibles, si no se quiere renunciar a un referente material, a las diversas modalidades de ataque a la situación marco.

De todas estas opciones encontramos ejemplos en Derecho penal económico.

De la primera –la vía más tradicional y garantizadora pero, a la vez, y teóricamente, menos eficaz ya que implica ignorar el marco que asegura la existencia del bien en cuestión- son muestra ciertos delitos que afectan a bienes jurídicos cuya titularidad individual es indiscutida (piénsese en los derechos patrimoniales del acreedor damnificado por el alzamiento).

En cuanto a la segunda, presenta indudables ventajas, puestas de relieve por la práctica anglosajona fundamentalmente, pero también conocida en otras áreas, como puede ser el caso italiano. Este sistema parte de la constatación de situaciones conflictuales en las que no se decide la prevalencia de un interés sobre el otro acudiendo al binomio “juez aplicador-ley que jerarquiza los intereses”, sino haciendo que la ley renuncie a establecer prioridades absolutas y confiando la definición de las condiciones de conciliabilidad a la Administración, que de este modo es llamada a “gestionar” el conflicto, y que se añade al binomio ley-juez. Es lo que ocurre cuando se castiga el ejercicio de industria contaminante de las aguas sin haber obtenido la preceptiva licencia o sin observar las limitaciones impuestas por ésta. No se incrimina, así, *a priori*, una determinada solución del conflicto, sino la solución adoptada al margen de los procedimientos establecidos.

Es obvio que atribuir a órganos de alta cualificación técnica la función de formular prescripciones dirigidas a un destinatario determinado (y la consiguiente conminación por parte del legislador de sanción penal en caso de violación) permite profundizar en las peculiaridades de cada situación, facilitando así una mayor eficacia, pero los riesgos que con este proceder se corren no son menos evidentes, ya que si la decisión sobre bienes e intereses en conflicto, consecuente con la valoración respectiva de los mismos, la ha de realizar la autoridad administrativa, que por esta vía decide sobre la imposición o no de penas, se puede convertir al Derecho penal en apéndice de las decisiones administrativas. Aquí la corrección debe venir de la mano del principio de lesividad, que obliga al legislador a evitar la criminalización de injustos meramente formales y al intérprete a la construcción teórica de cada tipo integrando la afección, actual o potencial, pero en todo caso constatada, al bien jurídico.

⁶³ GRASSO, G.: “L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati de attentato”, en RIDPP, 3, 1986, p. 727.

La tercera de las posibles opciones -la consideración de la "situación instrumental" como auténtico bien jurídico, aunque de naturaleza subsidiaria, por cuanto, de acuerdo con BUSTOS, su protección está tendencialmente dirigida a asegurar los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema- no queda, tampoco, a salvo de objeciones.

No puede, en efecto, construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables bienes jurídicos individuales. Ciertamente se puede pensar que esos bienes colectivos trascienden la mera acumulación de los individuales, conformando una entidad comprensiva de todos ellos, aunque distinta y superior. Pero sólo en contadas ocasiones esa nueva entidad, por su abstracción, podrá ser un bien jurídico en sentido estricto. Más bien constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales.

La cuarta opción nos coloca en el camino especialmente crítico del adelantamiento de la protección de bienes jurídicos mediante la creación de tipos de peligro abstracto. Esta práctica concreta normalmente una invasión ilegítima a la esfera de libertad de las personas.

5. Tratando aspectos metodológicos referidos al Derecho Penal económico y macroeconómico hemos dicho en anteriores oportunidades que 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. Ultimamente existe la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delincuencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socio-económica, una consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada, al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción y solamente por ésta que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la lucha de Don Quijote contra los molinos, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes y precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su **reconocibilidad**. Este es, o debe ser, el límite y este camino

requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.

VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS ECONOMICOS

1. El Derecho Penal del orden socioeconómico, al que se alude hoy día en la doctrina más moderna e incluso en el Título XIII del actual Código Penal de España, dista mucho de ser un concepto bien claro, concreto y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo ⁽⁶⁴⁾.

Sin embargo, pese a esas inocultables dificultades, parece necesario dar un contenido a ese mentado orden socioeconómico, ya que existen una serie de delitos, bien tradicionales, bien de nueva creación, que sólo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socioeconómico superior al puramente patrimonial individual, del que indudablemente derivan, pero con el que no coinciden exactamente.

2. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte, y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes, etc.). Lo que desde el punto de vista de una economía inspirada en el liberalismo capitalista del *laissez faire, laissez passer*, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, es hoy algo absolutamente normal e incluso consustancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales.

Esta concepción estricta del orden económico no parece hoy día suficiente como para abarcar en él una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y, las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, parece que merecen una distinta consideración a la que tradicionalmente se les ha dado.

Para agrupar todos estos hechos se empezó a hablar en la década de los setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego en el legislativo, de un *Derecho penal económico latu sensu*, al que serviría de base o de bien jurídico común un *orden económico en sentido amplio* entendido como “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

⁶⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE: “Derecho Penal. Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 423.

3. Pero la misma amplitud de este concepto de orden económico le hacía perder al “nuevo” Derecho penal económico en precisión conceptual todo lo que ganaba en importancia cuantitativa. Las críticas a esta concepción amplia del derecho penal económico cubrieron sus más variados aspectos. Entre otras cosas, parece evidente que no puede intentarse a priori un concepto de derecho penal socioeconómico de alcance universal. Acá retomamos todo lo dicho respecto del necesario referente estructural de la objetividad jurídica y por vía de consecuencia del propio concepto de derecho penal socioeconómico.

Pero tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socioeconómico. Es imprescindible que estos hechos sean calificados por su trascendencia colectiva, es decir, deben ser casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios ⁽⁶⁵⁾.

Pese a la multiplicidad de críticas certeras, no puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socioeconómicos, en todo caso más amplios que los puramente patrimoniales, o de tipificar algunos hechos críticos que difícilmente son los delitos ya existentes. Pero ello, a nuestro modo de ver, no puede hacerse por vía del acertijo, debe necesariamente realizarse a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y con una tipificación clara y precisa de los comportamientos que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro.

4. Lo últimamente expresado nos lleva nuevamente al fermental tema del bien jurídico e impone unas reflexiones complementarias. Ha expresado JUARES TAVAREZ ⁽⁶⁶⁾ que, en términos generales, el bien jurídico ha suscitado innumerables posiciones. El principal enfoque que envuelve las discrepancias reside en saber si ese concepto es puramente una producción del derecho o recibe de éste únicamente su reconocimiento, como dato pre-jurídico.

Estos debates redoblan su importancia al momento de considerar la debatida objetividad jurídica de los delitos económicos. Pensamos que -también en el campo del derecho penal socioeconómico- la conducta prohibida debe ser encarada como realidad suficientemente concreta y tangible, no como simple relación causal, neutra y formal, de modo que tanto la prohibición como la determinación de conductas sólo tendrán sentido si tienen como objetivo impedir una lesión concreta de un bien jurídico suficientemente determinado ⁽⁶⁷⁾.

El problema radica en que una visión unilateral sobre el bien jurídico no podrá reflejar nunca la cuestión en toda su dimensión. Compartimos con el citado TAVARES que el bien jurídico tiene un substracto de realidad natural, no porque resulte de un supuesto derecho natural, sino porque se produce en el contexto de

⁶⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE: “Derecho Penal. Parte Especial...”, ob. cit. ut supra, p. 425.

⁶⁶ TAVAREZ, Juares: “Límites Dogmáticos de la Cooperación Penal Internacional” en Curso de Cooperación Judicial Penal Internacional, Alvarez Editores, Montevideo, 1994, p.123.

⁶⁷ Para visión profunda del concepto de bien jurídico y su problemática, HASSEMER, Winfried: “Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansatze zu einer praxisorientierten Rechtsguslehre”, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1973.

una relación social concreta, con todas las contradicciones que esa realidad encierra. Esa relación concreta hace generar necesidades, que a su vez conducen a la elaboración de medios para satisfacerlas. De ahí que se admita que, en este aspecto, el bien jurídico pueda resultar de una elaboración puramente del Derecho, dependiendo de las características estructurales de la sociedad y de las relaciones dominantes propias del sector en el poder. Pero, aunque se reconozca el origen natural del bien jurídico, su protección jurídica no se hace directamente, sino a través de un proceso mediatizado de interacción simbólica, donde el que hace las leyes y asume la protección del bien jurídico, aunque actúa en interés de los grupos o partidos a los que pertenece, la realiza sobre la base de la invocación del interés general ⁽⁶⁸⁾.

El concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación en el sentido de su comprensión con base en su contenido personalista ⁽⁶⁹⁾ y en su legitimación democrática ⁽⁷⁰⁾. Esto implica un doble control material. Tanto su contenido personalista como su legitimación democrática conducen a que el Estado no puede prohibir cualquier conducta, sino solamente aquella que implique una lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos, tomados como valores concretos que hacen posible la protección de la persona humana, como su destinatario final, o que aseguren su participación en el proceso democrático, sin referencia alguna a un deber general de obediencia. Desde este punto de vista, también los tipos penales socioeconómicos constituidos sobre la base de la protección del bien jurídico deben reflejar la realidad de cada sociedad y relaciones sociales concretas, nacidas de la conflictividad y no de meras imágenes causales.

Por otra parte, debido a la influencia del positivismo, que vinculó no sólo a los aplicadores de las leyes, sino también a los legisladores, durante mucho tiempo se pensó que el proceso de formalización ejercido por el derecho sobre las conductas o la protección de bienes jurídicos se hacía a través de una selección formal, donde lo que interesaba era la descripción de una acción causal, que configuraba, por consiguiente, un tipo neutro, tanto valorativa como ideológicamente, dando la impresión que el derecho penal sobrepasaba las realidades estructurales y las contradicciones sociales. El mismo finalismo de WELZEL, que no pensaba en la acción desde el punto de vista de la conflictividad social, ya había percibido la fragilidad y la dificultad conceptual de una idea puramente causal de acción y proponía una sumisión del legislador y del aplicador de la ley a la estructura óptica de esa acción. Como bien resalta ZAFFARONI, la exigencia de esa fidelidad al contenido óptico de la acción constituye una construcción altamente positiva para limitar de modo técnico y efectivo el arbitrio del poder de punir ⁽⁷¹⁾.

La construcción de un tipo penal socioeconómico, por lo tanto, no puede seguir un procedimiento puramente causal. El legislador, al considerar una conducta como prohibida, lo debe hacer teniendo en cuenta su realidad estructural social, su conflictividad, lo que implica la consideración del disvalor que ella tiene en sí misma y en su manifestación (disvalor del acto) y en la producción de sus efectos

⁶⁸ POULANZAS, Nicos: "Poder Político e Classes Sociais", Sao Paulo, Martins Fontes, 1977, p. 224.

⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual de Derecho Penal Español...." ob. cit. ut supra, p. 64.

⁷⁰ HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 111.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio: "En busca de las penas perdidas", Bogotá, Temis, 1990, p. 154.

(disvalor del resultado). La prohibición de acciones sólo tendrá sentido, evidentemente si esas acciones pudieran provocar una lesión o un peligro concreto de lesión a un bien jurídico. La prohibición tiene como presupuesto, por consiguiente, que la acción que se quiere prohibir implique un lesionar o poner en peligro valores concretos referidos como bienes jurídicos. También y muy especialmente el campo de la delincuencia socioeconómica sólo los delitos íntimamente referidos a bienes jurídicos puedan acarrear la ejecución de actos de coacción. El bien jurídico debe tener papel preponderante, en la solidificación de los principios de identidad y especialidad de la materia, imponiendo, en primer término al legislador y luego al poder judicial una interpretación limitadora del jus puniendi.

5. Por todo lo dicho, se puede concluir afirmando que la distinción entre delito contra el patrimonio y delito contra el orden socioeconómico tiene hasta la fecha un valor sistemático y apoyatura jurídica muy relativos y materialmente escasos. Como dicen LOPEZ GARRIDO / GARCIA ARAN, comentando la tramitación del Código Penal Español de 1995: “no parece que nos encontremos ante una concepción precisa de lo que deba entenderse como orden socioeconómico como bien jurídico protegido penalmente, sino más propiamente, ante el reconocimiento de una cierta vinculación entre la protección del patrimonio y la de otros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesiones patrimoniales”.

Partiendo de esta base, todo esfuerzo de tipificación constituirá una potencial lesión a la seguridad jurídica. La legitimidad sustancial y adjetiva de un Derecho Penal socioeconómico que se precie de constitucional, debe pasar, como hemos dicho y reiterado, por la definición muy precisa de su objetividad jurídica y la estructura técnica de los tipos penales. Ello presupone una metodología muy especializada para la apreciación de estos procesos sofisticados. Cuando el objeto de tutela no se encuentra suficientemente definido o reconocible, los medios jurídicos serán necesariamente ambiguos. Por el contrario la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello, por lo general, a la eficacia normativa y a la seguridad jurídica.