

Revista de Derecho Penal

Tomo: Derecho Penal de los negocios y de la empresa - I.
Año: 2013

EL FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO [*]

ISBN: 978-987-30-0434-6

RC D: 1107/2015

Autor:
Hassemer, Winfried

Sumario: A. Imagen de la economía. 1. Confianza. 2. Crisis. B. El objeto de un Derecho Penal. 1. Constitución del objeto. 2. Sistema del objeto. 2.1. Sistemas parciales. 2.2. Respeto, cautela, firmeza. 2.3. Economía y moral. C. Fundamentos de un Derecho Penal Económico. 1. Protección de los bienes jurídicos. 2. Cuidado. 3. Proceduralización. D. Resumen.

Resumen

En este ensayo el autor realiza un análisis acerca de la relación que existe entre la economía y el Derecho Penal. Así, se establece la presencia de la imagen y la confianza como base de los fundamentos del Derecho Penal Económico.

Abstract

In this essay, the author analyses the relation between economy and criminal law. In this point, it was discovered two elements; image and confidence. They are economic criminal law right of action.

Palabras clave

Economía. Derecho Penal. Imagen. Confianza. Derecho Penal Económico.

Key words

Economy. Criminal law. Image. Confidence. Economic criminal law.

Independientemente de los comentarios que se harán luego de la exposición, ya podemos felicitar a los organizadores por el tema elegido. Por cierto, los pronósticos en la economía son muy difíciles y peligrosos. Sin embargo, aquí se lograron visualizar los problemas tratados científicamente para el ámbito de la vida cotidiana actual. Con respecto a las relaciones entre economía, política, Derecho y moral nos encontramos en una grave crisis de orientación -no desde hoy, pero hoy con una desesperación especial-. Más allá de las respuestas: planteamos las preguntas.

A. Imagen de la economía

Considerando la relación entre economía y Derecho Penal podemos decir que las respuestas dependen del ámbito del cual vienen. Aquí ya nos encontramos ante el primer dilema. Las personas que no aprendieron economía -incluidos la mayoría de los juristas- tienen una imagen distorsionada y oscura de "la economía". En las últimas semanas la imagen no mejoró ni se aclaró, al contrario. Sin embargo, mucho depende de la imagen: para la política en general, para la legislación y para la jurisprudencia -y finalmente también para la propia economía-.

1. Confianza

Es muy probable que haya muchas personas como yo en la presente exposición: ciudadanos interesados, lectores de diarios, expertos en Derecho Penal y admiradores de la economía y sus ciencias que están cada vez más asustados. Nosotros entendimos que nuestra vida depende en muchos aspectos de la economía, pero todavía no entendimos toda la estructura de la dependencia. No sabemos si hay otros que entienden toda la estructura, no sabemos cómo se llaman o dónde viven. Asombrados y esperando malas noticias nos encontramos ante los secretos que llegan del país oscuro de la economía. Nos impactan y nos hieren decisiones ajenas, que ni siquiera podemos entender en sus fundamentos -ni hablar de evitarlas o corregirlas-.

La Bolsa de Alemania (Deutsche Börse) estará controlada por "fondos buitres", señores oscuros apuestan a la caída de la economía y la fomentan, a costo de otros: ¿Quién interroga seriamente y en público el resultado que causan las preguntas en las cabezas y los corazones de las personas, quién pregunta qué significan para una sociedad civil y una democracia? La discusión pobre sobre el rol de la moral en la economía con su mezcla de abreviación y firmeza es una prueba para la desorientación actual. La moral es lo único y último de lo cual las personas piensan que entienden realmente, la ven como la última salvación. La afirmación de que el ataque, la economía y aquellos que lo dirigen están subordinados a la moral es tan falsa como la afirmación de que las economías no tienen ninguna relación con la moral. Una economía que considera que las reglas normativas que rigen en la sociedad son indiferentes y que lo fundamenta con un argumento analítico -aunque correcto en sí- en vez de enfrentarse al problema, podría recibir a largo plazo una sorpresa ingrata. Más adelante volveré al aspecto (abajo B.2.3).

Según la economía financiera la confianza es la base de la economía; según el Derecho Penal una desorientación normativa es la destructora de una política criminal razonable. Probablemente ambas manifestaciones son correctas. Pero entonces también es correcto que la imagen que nos transmite la economía es la destructora de confianza y orientación.

2. Crisis

La actual crisis bancaria es un ejemplo claro. El 21 de septiembre de 2008 el diario Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung publicó un artículo en el suplemento "Dinero & más" bajo el título: ¿Caída o salvación? Dos escenarios. Todo será peor. Todo saldrá bien, entre otros como Las crisis siempre se solucionan con el mismo modelo. El Estado asume el riesgo. El Estado de los Estados Unidos de América tiene la culpa. A pesar de todo: asegurar su jubilación con acciones. Ahora se tomarán medidas contra los especuladores. Cuando vi la cantidad de expresiones diferentes, abandoné enseguida la lectura del último artículo con el título Todo lo que deben saber los inversores ahora: ¿Qué información fiable podría haber contenido el artículo? Sería imposible imaginarnos títulos y artículos parecidos de otras ciencias empíricas como la ciencia económica, es decir la psicología, historia, biología, meteorología, o, que Dios nos proteja, en la técnica aeronáutica o la farmacología.

No tengo la intención de criticar la teoría científica de la economía y sus ciencias; no tengo la competencia ni la capacidad. Probablemente el problema sea otro. Según mi punto de vista el problema no es lo que sucede, sino la imagen difundida públicamente de lo que sucede. Naturalmente no puedo evaluar en qué medida la imagen es correcta y en qué medida no lo es. Cualquier persona que observa el discurso público y que no mira solamente su propia billetera, sino también el bienestar general, debe reconocer los resultados de una determinada imagen de la economía para nuestra sociedad, para nuestra política y para la supervivencia del civis activus.

Además cualquier persona que piensa seriamente en un Derecho Penal Económico o que habla de él, tiene una imagen de la "economía" -independientemente de si lo sabe y quiere o no-. Pues lo que es la "economía" es el objeto del Derecho Penal Económico. Las estrategias e instrumentos legales propuestos por el Derecho Penal Económico y la cuestión de si son acertados depende sobre todo de la imagen de "economía". En consecuencia, en un debate no es del todo falso pensar en la imagen y discutir sobre la misma.

B. El objeto de un Derecho Penal

Partiendo de la imagen de la economía, comienzo y desarrollo mis pensamientos sobre los fundamentos de un Derecho Penal Económico.

1. Constitución del objeto

Corresponde mencionar que no es sencillo determinar "la economía" como objeto del Derecho Penal y de un posible Derecho Penal Económico. Lo mismo rige para ámbitos de actuación y sus objetos, que tienen una relación con la economía y que deben ser delimitados de la misma, como, por ejemplo, la moral y también el derecho y su política. La razón, la justicia y la proporcionalidad de un Derecho Penal Económico no son funciones de una observación inmediata de la verdad, sino el resultado de su constitución. No son observados, sino producidos.

Aquí no es necesario desarrollar nuevamente los pilares tradicionales de una teoría crítica del conocimiento y de una hermenéutica pragmática, pero es importante acordarse de ellos. El hecho de acordarnos de los pilares posibilita un trato prudente y adecuado de "la economía" como objeto del Derecho Penal Económico. El hecho de acordarnos debe evitar que nos manifestemos de manera poco compleja y metódicamente incierta sobre el ámbito material del Derecho Penal Económico y deducir las consecuencias político-legales: mejor dicho, poner las consecuencias.

En realidad todo es mucho más complicado: decisiones en el ámbito de la política criminal no solamente deben reflejar sobre su justicia y fundamentarla; también deben evaluar y justificar que sean adecuadas para su objeto, que hayan reconocido y entendido su objeto. Si quieren ser tomadas en serio, no solamente deben cumplir una tarea normativa, sino también una tarea empírica. Cuando no alcanzan la tarea empírica, no pueden cumplir la tarea normativa. Un Derecho Penal Económico sin relación sólida con la realidad de la economía sería pura casualidad. Nos podemos olvidar tranquilamente de un Derecho con esas características (a pesar de que los juristas se inclinan hacia tales conclusiones erróneas).

Finalmente: las exigencias con respecto al cumplimiento de la tarea empírica crecen con la complejidad del objeto que debe ser regulado legalmente: la complejidad convierte cualquier práctica, también la práctica jurídica y político-legal, en complicada y propensa a errores. Para nosotros, los juristas, no siempre es evidente porque no todos nuestros ámbitos de regulación son especialmente complejos. Sin embargo, con respecto a la economía, la complejidad afecta nuestro trabajo inmediatamente: según mi punto de vista no existen muchos ámbitos de trabajo que tienen la misma complejidad que "la economía". La imagen de "la economía" que vimos recién (punto A) habla por sí misma.

En consecuencia, la única posibilidad de determinar el fundamento de un Derecho Penal Económico es reconstruir el objeto de la reglamentación legal con mucha cautela y con cuidado también en su dimensión empírica.

2. Sistema del objeto

Además existe otra complicación del Derecho Penal Económico. La complicación es mucho más diferenciada para la práctica de la legislación y las tareas cotidianas de la justicia, y tiene más consecuencias que las exigencias de la teoría del conocimiento para la constitución del objeto. La razón es que el objeto de cualquier Derecho Penal Económico es un "sistema": un ámbito semiautónomo del sistema general no solamente con peculiaridades empíricas, sino también normativas, con estructura propia, fuerza propia y un derecho propio de existencia.

2.1. Sistemas parciales

Aquí tampoco desarrollaré los detalles de la teoría de sistemas, a la cual se deben nuestras opiniones, sino solamente menciono las características del sistema "economía" que tienen importancia especial para un Derecho Penal Económico. La economía -igual que otros sistemas parciales de la sociedad como la ciencia, la religión, el deporte, la familia, los medios masivos, pero también el derecho- tiene una propia razón del sistema. La economía actúa bajo sus propias reglas, con sus métodos, instrumentos, instancias y funciones en su ámbito parcial de la sociedad, define y cumple con sus tareas específicas, dispone de criterios propios para éxito y fracaso, lleva a cabo sus propias discusiones y dicta sus sentencias. La economía tiene una propia estructura normativa -más allá de cualquier reglamentación legal-. La pregunta si hoy o mañana deberíamos o podríamos prescindir del sistema parcial economía no es sin sentido pero desacertada. Sería una especulación tan alejada de la verdad como la pregunta sobre el derecho de existencia de la ciencia o la religión.

Las determinaciones del ámbito parcial de la sociedad que es denominado economía a través de la teoría de sistemas tienen una relevancia evidente para cualquier regulación legal de dicho ámbito parcial y pertenecen al fundamento de cualquier Derecho Penal Económico. Diferencias surgen solamente de la diferente función y estructura de la regulación legal -desde el Derecho de Títulos Valores, hasta el Derecho Comercial Internacional y el Derecho Penal-. El mismo sentido tienen -y aquí es lo importante- las exigencias que debe cumplir cualquier regulación legal de la economía como sistema parcialmente autónomo de la sociedad.

2.2. Respeto, cautela, firmeza

Respeto, cautela y firmeza: así podemos definir las exigencias que debe cumplir el Derecho, y también un Derecho Penal Económico, si pretende reglamentar otro sistema social parcial como la economía según sus criterios.

Respeto se refiere al hecho de que el sistema parcial economía no es un campo caótico de casualidades o insensateces, sino un propio orden normativo con una estructura funcional -por cierto otra estructura que la del Derecho-. La economía dispone además de instrumentos e instituciones que a su vez tienen la función de crear un orden normativo y controlarlo. El Derecho no debe dictarle a la economía lo que es adecuado y plausible, lo que es tolerable y lo que debe ser sancionado; la propia economía lo sabe.

El Derecho interviene recién cuando se pasa una línea, la cual debe ser determinada por la razón sistemática del Derecho: cuando el comportamiento de la economía lesiona intereses legítimos sin justificación. En términos del fútbol se podría decir que el subsistema Derecho en relación con el subsistema economía es un juez de línea, no es un árbitro. La propia economía cumple la tarea del árbitro "en la cancha". El respeto es una manera positiva de delimitación, ya que le deja al otro sistema parcial los derechos y competencias que le corresponden. Luego volveré al punto (abajo, C.2).

La cautela es la virtud de una aproximación razonable, que protege el sistema y que mantiene su función. Especialmente en un sistema parcial tan complejo como la economía, que en varios aspectos es similar al Derecho -desde la normatividad de su estructura y su dependencia de la política hasta las diferentes formas de un "Derecho Penal Económico"- existe un peligro grande de que el Derecho intervenga en un lugar que no es el suyo. La cautela debe evitar el hecho de no observar los límites entre los sistemas parciales y producir reglamentaciones disfuncionales para el sistema, reglamentaciones que no encajen en el sistema. Por consecuencia, la cautela interroga los contenidos y los límites de la razón del sistema y de sus competencias funcionales, como, por ejemplo, la razón subsidiaria de una autorregulación en el ámbito de la economía, la idoneidad de los respectivos instrumentos de regulación en el Derecho Penal para el ámbito de la economía o la determinación de sucesos que justifiquen la intervención penal.

Finalmente, la firmeza garantiza que el Derecho se impone en el ámbito que abarca su función de regulación. La firmeza del Derecho, de sus principios y de sus órdenes en sí ya es un valor legal. Sociedades con reglamentaciones poco claras o solamente simbólicas, como las que conocemos de los países del bloque oriental, o sociedades con marcados vacíos de implementación, como todavía en varios países de Latinoamérica, son deficitarias por su falta de firmeza y decepcionan a los ciudadanos, que no las toman en serio. Tales reglamentaciones causan más daños que beneficios.

En un sistema legal como el Derecho Penal Económico, que se presenta delante de la economía con respeto y cautela, la firmeza es una condición esencial. Es la respuesta del Derecho a la complejidad de la economía y su propia normatividad. La firmeza asegura que el Derecho Penal no acepta una estructura normativa que se opone a la estructura legal o que escapa de la misma. La firmeza subraya que el Derecho Penal tiene un mensaje para la economía y que dicho mensaje debe ser impuesto no solamente en beneficio de los ciudadanos, de la política y del sistema criminal, sino finalmente también en beneficio de la economía. Un Derecho Penal Económico puede aplicar firmeza si antes definió su ámbito de regulación con respeto y cautela.

2.3. Economía y moral

Los conceptos de la razón del sistema y de los subsistemas no solamente contribuyen a la delimitación fundamental entre economía y Derecho (arriba B.2.2), sino también a la delimitación razonable entre economía y moral (arriba A.1). Naturalmente la moral no pertenece a la razón del sistema de la economía. Naturalmente no sería un fin razonable de un comportamiento económico generar menos ganancias para evitar un debate sobre los ingresos de los directivos de las empresas, con lo cual el argumento de la moral para disminuir los ingresos de los directivos no es correcto. Dentro del subsistema economía el intento de extraer económicamente el máximo de una situación no es codicia, sino el sentido de los negocios. Tal especie de moral no pertenece al arsenal instrumental del subsistema economía, y quien hace referencia a dicha moral "saca un conejo de la galera". El argumento de la moral oculta las delimitaciones fundamentales y necesarias entre economía y moral y ensucia los discursos públicos sobre el tema -tal vez no siempre sin determinadas intenciones-.

La referencia a los límites del sistema de la economía carece de una visión estratégica futura, se trata de una referencia meramente analítica sin resultados. El debate sobre la moral de la economía no termina con esa argumentación en el ámbito de la teoría del sistema. La economía es solamente una parte, un subsistema de la sociedad, que entra en contacto y competencia con otros sistemas parciales, por lo cual su razón es solamente una razón parcial. De la misma manera de verse afectada por el Derecho mediante prohibiciones, sanciones y efectos legales de sus actuaciones, también se ve

afectada por la política, el discurso público y los medios masivos.

A largo plazo la economía lo debe comprender, toda vez que los efectos en otros sistemas parciales la podrían afectar. Si la economía no quiere tener sorpresas desagradables, debe tener en cuenta que la razón del sistema de los medios masivos y sus armas son diferentes. Lo más importante: de algunas señales de la crisis financiera actual surge que los límites y los valores de los diferentes subsistemas están en movimiento. La crítica difundida -e indiscutida- a los directivos inmorales de empresas indica que la autonomía del subsistema economía no se encuentra en un buen momento. Su poder de convicción se debilitó, su brillo se opacó.

C. Fundamentos de un Derecho Penal Económico

Con ello señalamos cuál es el fundamento de un Derecho Penal Económico, es decir la respuesta a la pregunta, ¿qué rasgos fundamentales deben determinar la regulación legal de un Derecho Penal Económico? Tengo tres palabras claves, de las cuales opino que son las correctas para explicar el camino, del cual pienso que es el adecuado: protección de los bienes jurídicos, cuidado y proceduralización. Los conceptos detrás de las palabras claves consideran las particularidades del ámbito regulatorio economía que desarrollamos anteriormente.

1. Protección de los bienes jurídicos

El quien se pregunta si la tarea del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, si además de los bienes jurídicos o en lugar de los bienes jurídicos debe proteger otra cosa, si los bienes jurídicos existen, y quien no lo sabía, ahora entiende dos aspectos: qué caracteriza una discusión académica entre penalistas y por qué aquí no participo de la discusión. En vez de utilizar argumentos me limito a elogiar las grandes ventajas de un pensamiento desde el bien jurídico en el ámbito de un Derecho Penal Económico y les explicaré el porqué.

La concepción alternativa, es decir que el delito es la infracción del deber, no puede competir con el concepto del bien jurídico. La concepción de la infracción del deber no es el intento de responder la pregunta, ¿qué debe hacer el Derecho Penal?, sino es el intento de evitar la respuesta: el concepto del delito como lesión del bien jurídico le dice al legislador penal qué fines debe perseguir con sus leyes para obligarlo luego a cumplir con su deber: el legislador debe proteger bienes jurídicos como la vida, la libertad o el funcionamiento del mercado de capitales. Por el contrario, el concepto del delito como infracción del deber no le obliga al legislador a nada, sino que acepta lo que el legislador establece como el deber de la persona subordinada al derecho. Es un concepto reducido, un concepto positivista, con gran popularidad en legislaciones penales de índole autoritaria.

Hoy en día el concepto del delito como infracción al deber no es una competencia seria para la lesión del bien jurídico -diferente a la tesis según la que en un Derecho Penal Económico no hay lugar para el concepto del bien jurídico, es decir que el Derecho Penal Económico fuera demasiado complejo para el concepto anticuado del bien jurídico, que no puede cumplir con las tareas de los tiempos modernos-.

Es evidente que el origen del concepto del bien jurídico data de antes de ayer: en el Derecho Penal clásico, el hurto, la violación y el envenenamiento de agua potable; allí nos dice algo, por ejemplo, que la alta traición (§§ 81 y ss., Código Penal alemán [StGB]) o la instigación pública de cometer delitos (§ 111, Código Penal alemán [StGB]) tienen efectos solamente antes de la lesión del bien jurídico, por lo cual las condiciones de su punibilidad deben ser tratadas de manera correspondiente. Sin embargo, el concepto del bien jurídico tiene sus dificultades en el Derecho Penal Especial y también en el Derecho Penal Económico, toda vez que se trata de intereses extensos que en la mayoría de los casos no son individuales, como por ejemplo, la salud pública, sistemas de subvenciones, provisión de energía o provisión de alimentos. ¿Cómo se le podría hacer entender al legislador que una determinada norma de la Ley de Estupefacientes en realidad no es idónea para proteger el bien jurídico salud pública?

Lo reconozco, pero quiero objetar lo siguiente: cuando se utiliza el argumento, que en sí es correcto, para excluir el concepto del bien jurídico del Derecho Penal Económico, vamos demasiado lejos. El hecho de que la regulación penal en el ámbito de la economía trate de intereses extensos, complejos, más allá del individuo y con un crecimiento rápido, no es un motivo para abandonar el concepto del bien jurídico, sino un motivo para mejorarlo y concretizarlo.

El hecho de que la economía como un subsistema social parcialmente autónomo tenga su propia razón del sistema, que vive dicha razón, que es estructurada normativamente y que elabora criterios de lo correcto y lo incorrecto (arriba B.2.1), por lo cual puede esperar el respeto y la cautela de una regulación penal (arriba B.2.2), requiere dos exigencias claras y firmes de un Derecho Penal Económico: el compromiso con los principios y moderación. Una punibilidad adecuada de la lesión del honor o de la falsificación de moneda no es fácil de lograr, pero es mucho más complicado, peligroso y

propenso a la intervención en el ámbito de la economía, un ámbito caracterizado por la complejidad, la falta de claridad y la dependencia de pronósticos. En consecuencia, los penalistas deben respetar criterios que evitan intervenciones e intrusiones disfuncionales, criterios firmes, claros y controlables. Ése es el regalo que solamente los bienes jurídicos nos pueden hacer.

La orientación de la punibilidad a la protección de intereses concretos, es decir a bienes jurídicos, es la única ancla que puede fijar la moderación penal y el compromiso con principios. El concepto del bien jurídico requiere del legislador, de manera diferente que otras ideas de una buena legislación penal, una justificación de su escala de penas. La justificación consiste en parte también de empírica, es decir, que debe demostrar que existe un problema concreto en un ámbito determinado que debe ser regulado, debe demostrar cuál es el problema y por qué debe ser resuelto, o por lo menos tratado, con los instrumentos del Derecho Penal. Además debe demostrar que no existen otros medios mejores fuera del Derecho Penal. Sostengo que cada referencia empírica en el discurso penal-normativo mejora su transparencia y sus posibilidades de control. Es más fácil detectar la falsedad de los argumentos empíricos que la falsedad de los normativos, mientras que los argumentos empíricos falsos son recibidos como comprobados.

Pero hay algo más importante: atento a la situación, no es posible llevar a cabo un discurso adecuado sobre la protección de bienes jurídicos mediante un Derecho Penal Económico sin la inclusión de conocimientos específicos de la economía. El Derecho Penal necesita los conocimientos específicos en un terreno complejo y poco claro, sin perder su firmeza (arriba B.2.2). ¿Por qué debería perder su firmeza? Los bienes jurídicos, los intereses concretos que merecen una protección, su fragilidad y la técnica penal de protección son el objeto del discurso.

Además, quizás podemos esperar que una posición general de la política del Derecho Penal Económico, la cual está orientada al bien jurídico, desarrolle una sensibilidad para el momento cuando el penalista deje de hablarle al economista y comience a escuchar. Un ejemplo es el término central del daño patrimonial, el cual es extendido por el Derecho Penal de forma ligera a la puesta en peligro del patrimonio, sin darse cuenta de que con ello se incorporan elementos peligrosos de un pronóstico, que según la experiencia del economista tienen una importancia totalmente diferente que según la sentencia del penalista.

El pensamiento desde el bien jurídico es un pensamiento penal, no un pensamiento económico. Sin embargo, en el discurso sobre bienes jurídicos penales, su fragilidad y su protección, los economistas y los penalistas se pueden entender y enseñarse cosas.

2. Cuidado

Un término extraño para un jurista y un terreno casi desconocido para los teóricos del Derecho. Es un terreno injustificadamente desconocido, ya que el cuidado de los ámbitos de la vida y de las decisiones mediante el Derecho es una solución sabia en aquellas constelaciones donde el sistema parcial Derecho encuentra otro sistema parcial, como por ejemplo, la economía: con una estructura normativa propia, propia razón del sistema, un método propio e instrumentos propios (arriba B.2.1). Además nuestro sistema del Derecho aplica la técnica del cuidado en muchos contextos, solamente hay que mirar bien.

Cuidado significa garantizar una vida autónoma a través del derecho y dentro de límites legales claramente definidos. Su concepto combina con la idea de que el Derecho Penal Económico es el "juez de línea" del sistema parcial economía, quien no determina "las cosas en la cancha", sino que interviene recién cuando se traspase un determinado límite (arriba B.2.2). La lógica del concepto se fundamenta en la autonomía parcial de sistemas parciales. El Derecho deja actuar a los sistemas parciales (es más, a veces los beneficia y los fomenta), mientras que respeten los límites de su autonomía y mientras que no causen daños que no sean justificados por la razón del sistema. Es evidente que los límites de la autonomía no están determinados de forma estable y que la definición legal de los límites no es un Derecho natural, sino el resultado de un acuerdo político.

El concepto regulatorio del cuidado se puede detectar en los ámbitos donde el derecho regula un sistema parcial en el sentido mencionado antes (arriba B.2.1). Tres tipos de ejemplos:

Artículo 6° II de la Ley Fundamental (Grundgesetz [GG]) cuida a la familia cuando establece que el cuidado y la educación de los hijos es el "derecho natural (!) de los padres y su deber primordial (!)"; luego agrega que la comunidad estatal controla el cumplimiento. Lo que ocurre en la familia no es asunto del Estado; el Estado controla el cumplimiento de los padres (e interviene recién después de un límite establecido por el art. 6° III de la Ley Fundamental como inidoneidad de los titulares de la patria potestad o el peligro de abandono de los menores). La relación entre médico y paciente, entre cónyuges, es una decisión autónoma de los afectados y se convierte en asunto del Estado recién en el caso de infracciones definidas. El Estado tomó precauciones ante dichas infracciones con el Derecho de Actos Ilícitos, el

Derecho de Daños y Perjuicios y el Derecho de Divorcio. Comunidades religiosas, universidades y asociaciones deportivas tienen sus propios reglamentos frente a un Estado atento, pero neutral, mientras que no excedan su ámbito funcional. Lo mismo merece la economía.

Podemos hacer la contraprueba mediante el concepto contrario al cuidado -un concepto que goza de mucha simpatía de los teóricos del Derecho Penal Económico: el concepto de dirigir a través del Derecho, es decir dirigir la economía a través de un Derecho Penal Económico. El concepto del cuidado contiene un aspecto importante, ya que tiene la posibilidad de diferenciar.

Naturalmente un sistema parcial inteligente como la economía registraría y elaboraría las informaciones y los impulsos provenientes del sistema parcial Derecho Penal Económico. La economía adaptaría su comportamiento a las sanciones penales y las sentencias dictadas, por lo cual podemos hablar de una función de dirección mediata del Derecho Penal Económico. Evidentemente es correcto, toda vez que el sentido del sistema parcial Derecho Penal es la dirección de comportamientos -en todos lados-.

Pero eso no soluciona nuestro problema. No considera la diferencia entre la economía y su política por un lado y el Derecho Penal por otro lado: dirigir la economía en el sentido de una determinación inmediata de sus fines nunca puede ser la tarea del Derecho Penal. Es un asunto de la propia economía y de su política. El Derecho Penal no está autorizado ni profesionalmente capacitado para determinar las normas de dirección; el Derecho Penal es el guardia de los límites en los cuales comienza la lesión de un bien jurídico. Nada más.

3. Proceduralización

La proceduralización no es un remedio universal para la configuración de un Derecho Penal Económico, pero es una forma de regulación adecuada para la relación precaria entre economía y Derecho (arriba B.2), que brinda una posibilidad que una regulación sustancial del Derecho Penal Económico no tiene. En consecuencia, ahora me refiero a dicho tipo de regulación legal.

Quien sostiene, como lo hago yo, que un Derecho Penal Económico se debería orientar al concepto del bien jurídico (arriba C.1), está por lo menos a primera vista bajo la sospecha de una inconsistencia cuando se pronuncia también a favor de una proceduralización, toda vez que un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos concretos debería ser un Derecho Penal sustancial que prohíbe determinados comportamientos sin la más mínima duda, que los sanciona y que llega a una condena. Aparentemente también la firmeza, la cual recomiendo como la postura del Derecho ante un sistema complejo, parcialmente autónomo y normativamente estructurado como la economía (arriba B.2.2), combina mejor con una regulación clara, decidida y definitiva que con la proceduralización que deja decisiones abiertas, lo que generalmente demora los procesos.

No lo contradigo. Sin embargo, me permito preguntar si una estructura de reglamentación meramente sustancial en el ámbito del Derecho Penal Económico tendría la capacidad de observar todas las particularidades que caracterizan el sistema economía en su relación con el derecho. Mi propuesta es adoptar dicha estructura de regulación como caso normal, pero no dejar las proceduralizaciones de lado desde el principio, sino comprobar su idoneidad en cada constelación concreta.

La proceduralización brinda una ayuda cuando corresponde decidir sobre cuestiones legales que en la actualidad no tienen una respuesta adecuada. Eso puede ocurrir a raíz de la necesidad de pronósticos que no pueden ser justificados, a raíz de la complejidad del asunto, a raíz de la inseguridad de una evaluación, a raíz de la necesidad de conocimientos ajenos -o a raíz de todo junto-. En tal caso podría ser beneficioso no decidir inmediatamente o definitivamente, sino acumular

experiencias y asegurar la situación mientras a través de medios procedurales. Medidas cautelares con reglas de conducta, la designación de peritos o la implementación de organismos para investigar y evaluar la situación. La proceduralización también puede ayudar cuando exista el peligro de que un grave daño del bien jurídico se realice solamente porque el desarrollo que lo causó no fue observado a tiempo, a pesar de que hubiera sido posible reconocer el desarrollo y evitar o disminuir el daño. Ejemplos son las "normas anticipadas" como la punibilidad de actos preparatorios o el deber de rendir cuentas y permitir controles.

Un Derecho Penal "adicional o anticipado" también es Derecho Penal. En el futuro los objetos de decisión se tornarán cada vez más complejos, por lo cual se trata del medio adecuado. Un Derecho Penal que asegura la proceduralización, por ejemplo, mediante la constitución de un depósito de garantía para el pago de una futura indemnización o que sanciona informaciones falsas, no necesariamente debe ser una "soft law". Los bienes jurídicos cuya lesión se pretende evitar de forma anticipada tendrán generalmente -especialmente en el ámbito de la economía- un valor alto, que se puede

extender hasta la supervivencia de un sistema económico, lo que se reflejará en la medida de las penas establecidas. Naturalmente la condición de todo es que la intervención de derechos fundamentales, que también caracteriza un Derecho Penal "adicional o anticipado", esté amortiguada por garantías adecuadas del proceso, es decir según lo establecido por el Derecho Constitucional Penal.

D. Resumen.

Para el Derecho Penal la economía es un ámbito de regulación muy complejo. La economía tiene su propia razón, su propia plausibilidad, sus instrumentos y sus métodos. También tiene sus propias normas y sus vías para imponer sus normas. Por este motivo el Derecho Penal debe acercarse con respeto y cautela a la economía -más allá de la firmeza de sus convicciones y el compromiso con su tarea de regulación-. Eso significa lo siguiente para un Derecho Penal Económico: la concentración de la punibilidad a infracciones graves del derecho; liberar y garantizar un ámbito principal, en el cual la economía puede seguir a su propia razón, y la implementación de procedimientos que permitan transparencia y control con anticipación a la lesión del bien jurídico y que estén garantizados por el Derecho Penal.

* Exposición, La libertad de actuar del empresario. Perspectivas económicas, límites legales y barreras éticas, 6-11-2008.

Traducción de Dirk Styma.