

ESTUDIOS

PRINCIPIOS LIMITADORES AL EXPANSIONISMO PENAL EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

THE CONSTRAINERS PRINCIPLES TO THE MAXIMUM PENAL RIGHT IN THE ECONOMIC ENVIRONMENT

MANUEL ALBERTO LEYVA ESTUPIÑÁN*
LARISBEL LUGO ARTEAGA**
ARLIN PÉREZ DUHARTE***
ANA MARÍA INFANTE ALMAGUER****

Resumen

Los principios del derecho penal constituyen barreras para el ejercicio del poder del Estado. Sin embargo, estos principios solo representan límites formales. El derecho al igual que la moral son productos históricos. En otro

* Profesor Auxiliar de la Universidad de Holguín. Profesor Principal de Derecho Penal. Jefe del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Holguín. Email: mleyvae@fh.uho.edu.cu. Artículo recibido el 21 de marzo de 2017 y aceptado el 25 de mayo de 2017.

** Profesora Asistente de la Universidad de Holguín. Profesora Principal de Derecho Penal Especial del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Holguín. Email: llugo@fh.uho.edu.cu

*** Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Oriente, Cuba. Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Secretaria de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Email: arlin@lex.uh.cu

**** Profesora Asistente de la Universidad de Holguín. Segunda Jefe del Departamento de Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Holguín. Email: ainfante@fh.uho.edu.cu

sentido la Constitución como ley suprema define el papel de los órganos del Estado en cualquier país. En el ámbito de la delincuencia económica los principios de derecho penal mínimo, la lesividad y la culpabilidad representan límites jurídicos al poder sancionador del estado. Es la sociedad, la que puede, ejerciendo sus derechos dentro de la Constitución, la que tiene el poder de exigir límites al *ius puniendi*.

Abstract

The principles of the penal right constitute barriers for the exercise of the power of the state. However, these principles only represent formal limits. The law and the morals are historical products. In another sense the paper of the organs of the state are defined by the constitution as supreme law in the country. In the economical crime the minimal penal law, the offensive conduct, legality and guilt constitute a limits of the power the state. The society is who can establish limits to the state power in the penal law

1. Introducción

Los principios en materia penal resultan imprescindibles para ofrecer valoraciones sobre el *ius puniendi* del Estado. Los principios de legalidad, *última ratio*, lesividad y culpabilidad constituyen límites —para el autor de carácter técnico formal— al *ius puniendi* del estado, del cual ya se habló en las primeras líneas de la investigación, como deber jurídico generado por las funciones propias del estado. El escoger estos principios y no otros, obedece a su estrecha interrelación con el objeto de protección del Derecho Penal y el carácter subsidiario del mismo.

Si un principio limita o no la función del Estado de penar conductas resulta bastante discutible. Como axiomas representan la existencia de garantías jurídicas. Por otro lado se ha insistido bastante en la separación del derecho y la moral, cuando la moral ha sido siempre una moral de clase¹, justificando o criticando según los intereses que defiende. El derecho al igual que la moral son productos históricos. En

1. ENGELS, Federico: *Anti-Duhring*. Instituto de Marxismo-Leninismo, Editorial Progreso, Moscú.

los siglos XVII y XVIII estuvo en el centro de la reflexión jurídico-filosófica la separación derecho-moral como resultado del movimiento iusnaturalismo contractualista².

Las implicaciones deónticas o principios en un modelo garantista³, según Ferrajoli, no implican una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar. Los principios, en tanto constituyen un producto jurídico de las luchas de clases⁴, de sus contradicciones y consensos, no necesariamente reflejan las aspiraciones clasistas en el poder, pues pueden representar un estadio intermedio de ascensos y retrocesos, de conciliaciones entre clases. En el plano teórico los principios constituyen axiomas, generalizaciones, bases sobre las cuales se pueden identificar sustentos básicos de una doctrina. Como ideales implican que las normas positivas se acerquen cada vez más a su enunciado.

En el plano formal, la Constitución, como fundamental norma política y jurídica establece cuáles son las funciones de los órganos del Estado y he aquí donde podríamos encontrar posibles barreras al deber sancionador del estado, más que en las construcciones teóricas, las cuales no obstante son necesarias para lograr un ordenamiento jurídico coherente y garantista.

2. Principio de legalidad

Cuando se buscan los orígenes del principio de legalidad en materia penal generalmente se aduce a la Carta Magna inglesa de 1215. Sin embargo, a tal enunciado pueden objetársele serias dudas. En primer

2. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1995. P. 226.

3. *Ibíd*, p. 92.

4. Siguiendo a este autor consideramos que los principios generales son construcciones doctrinales elaboradas sobre normas o sistemas de normas, la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no sólo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas. *Ibíd*, p. 174.

lugar el derecho anglosajón otorga a los tribunales la facultad de crear el derecho⁵, lo cual choca frontalmente con dicho principio. En segundo orden lo regulado en su artículo 39 representaba más una garantía de orden procesal que un principio penal en sentido estricto⁶. En sus inicios, además del contenido propiamente jurídico, tuvo, y aún tiene, una trascendencia política contra el *ius incertum*, contra la incerteza y la inseguridad características del derecho penal del sistema feudal.

Consideramos más lógico su construcción por los ideólogos de la ascendente burguesía en la segunda mitad del siglo XVIII⁷, y su reconocimiento en la Constitución de los Estados Unidos de 1787⁸, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en el artículo 8 lo regulaba⁹. Posteriormente un grupo de legislaciones lo fue reconociendo en su articulado¹⁰.

5. Como principio se consagra en Inglaterra en 172. ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho penal*. Ediar, Buenos Aires, 1989. P. 135.

6. “Null ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée” (*Ningún hombre libre será detenido, preso, o desposeído, o proscrito, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por juicio de sus iguales y por las leyes de la tierra*).

7. Una sistematización de los orígenes de este principio puede ser consultada en la doctrina cubana en la tesis doctoral del profesor Alarcón Borges. ALARCÓN, Ramón: *Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano*. Tesis en opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Santiago de Cuba, 2012.

8. La cláusula 37 de la sección 9 del art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos establece que no se aprobará ningún Bill of attainder ni ninguna ley ex-post facto. Las leyes ex post facto según la Constitución estadounidense era toda ley que hace criminal un hecho cometido antes de la sanción de aquella y que era tenido por inocente cuando fue realizado, que cambia el castigo o que infringe uno mayor que el que imponía la ley o que agrava un delito o lo hace más importante que cuando fue cometido, o aplicable al delito cuando éste fue cometido, o que altera las reglas de prueba, autorizando una prueba menor o diferente para condenar a una persona por un delito cometido antes de la sanción de la ley. ZAFFARONI, Eugenio, ob. cit., p. 136.

9. “La ley no puede establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.

10. Sobre los antecedentes históricos y contenido del principio de legalidad pueden consultarse los siguientes autores: Alarcón Borges, ALARCÓN, Ramón, ob.

Beccaria junto a Feuerbach son quienes tienen el mérito de la formulación moderna del principio. El primero desde el punto de vista político. Como precursor, en el sentido técnico con que hoy lo conocemos, podemos hablar de Anselm Von Feuerbach, quien estableció las tres máximas fundamentales del mismo: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*.

En los inicios del siglo XX Beling elabora, partiendo del principio de legalidad, el concepto básico del tipo y la teoría de la tipicidad.

Rodríguez Devesa afirma que “el principio de legalidad es un postulado, la aspiración a una meta ideal e inalcanzable, la de la seguridad jurídica absoluta¹¹. Una seguridad de esta clase no es posible con el tosco instrumento de la ley. Es el que más amplia recepción tiene en los textos constitucionales consultados.

Ha de distinguirse la legalidad en sentido lato, como exigencia de una ley anterior al delito, de la legalidad en sentido estricto, que implica un grupo de garantías necesarias para una legalidad penal¹². Entre las principales exigencias de la legalidad la mayoría de los autores consultados reconocen la “*Lex certa*”, “*Lex stricta*”, “*Lex scripta*” y “*Lex praevia*”¹³. Hoy ya se habla en términos de seguridad y claridad jurídicas (*Rechtssicherheit und Rechtsklarheit*)¹⁴.

cit., p. 31 ss.; GOITE, Mayda: *Las Normas Penales en Blanco y el Principio de Legalidad*. Conferencia ofrecida en la II Escuela de Verano sobre Temas Penales Contemporáneos, La Habana 2006; BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, 1996. P. 33 ss.; ZAFFARONI, Eugenio: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1998. P. 132 ss.

11. Citado por Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugenio, ob. cit., p. 141.

12. Ilustrativa resulta la relación que expone Ferrajoli: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación. FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 93.

13. BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal Parte General*. 2da Edición. Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999. P. 126; CREUS, Carlos: *Derecho Penal Parte General*. 3ra Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992. P. 52; ROXIN, Claus:

Para Bacigalupo, una de las implicaciones prácticas que impone el principio son las referidas al parlamento el cual, a la hora de elaborar la ley tiene por objeto reducir al máximo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe¹⁵.

La exigencia de este principio implica, en primer lugar, que los órganos legislativos son quienes deben restringir al máximo las posibilidades de decisión de los jueces¹⁶, la exclusión de la analogía¹⁷, de decisiones basadas en el derecho consuetudinario, prohíbe una aplicación retroactiva de la ley penal. Estos límites o barreras no tratan sino de lograr una seguridad jurídica, meta de toda política penal que intente frenar el crimen. Es la seguridad jurídica la que impone la adopción misma del principio de legalidad¹⁸. El legislador penal no deberá hacer uso de la técnica del reenvío, remitiendo, en definitiva, a la decisión de los tribunales o el llamado poder ejecutivo límites de lo punible.

Rodríguez Mourullo considera que como principio desde el punto de vista técnico formal el principio equivale a una reserva de ley¹⁹, pues la materia penal debe ser regulada en virtud de disposiciones

Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, Madrid, 1997. P. 140.

14. Vid. *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung* (Bonn, 1962), p. 101. Tomado de RODRÍGUEZ, Gonzalo, ob. cit., p. 62.
15. BACIGALUPO, Enrique, ob., cit., p. 34.
16. Asumimos el término órgano y no poder a partir de considerar que existe un solo poder del estado y este se divide orgánicamente en dependencia de las funciones que asume.
17. En relación a la prohibición de la analogía, resulta común considerar solo la *malam partem*, es decir, aquella que extiende la punibilidad.
18. ZAFFARONI, Eugenio, ob. cit., p. 156.
19. Para este autor el principio de legalidad también prohíbe basar la punibilidad de una acción en normas de rango inferior a la ley (en sentido amplio). RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas S.A. <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>, p. 61 ss.

emanadas de aquel poder estatal que, según las leyes fundamentales, tiene la facultad de legislar. Este autor le reconoce cuatro garantías emanadas del axioma; 1. Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*). Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal. 2. Garantía penal (*nulla poena sine lege*). No podrá imponerse pena alguna que no haya sido previamente establecida por la ley. 3. Garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per légale iudicium*). Nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por Tribunal competente. 4. Garantía de ejecución. No podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta de la prescrita por la ley y los reglamentos.

3. Principio de Derecho Penal Mínimo

La mínima intervención penal ofrece al Estado un criterio de legitimidad en su relación frente al individuo, en el primero de los escenarios donde se concreta *el ius puniendi*, la etapa legislativa. “*El principio de intervención mínima representa un límite coherente con la lógica del estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor costo social, de acuerdo con un postulado utilitarista*”²⁰. Solo serán tipificadas aquellas conductas que por la gravedad *per se* representan un peligro a la estabilidad de la sociedad y solo cuando no existan otros medios menos lesivos para su solución, o cuando dichos medios han sido ineficaces. La ya citada expansión de las normas penales supone un ataque frontal al garantismo en materia penal²¹. La mínima respuesta

20. GARCÍA, Antonio: *Tendencias del Actual Derecho Penal. Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Congreso Internacional, Actas y Congresos, Madrid, 2000.

21. Algunas de las maneras concretas de manifestarse esta expansión puede ser la proliferación de Leyes Penales especiales contraponiéndose en alguna manera a etapas anteriores de codificación, la penalización de nuevas conductas que anteriormente tenían su respuesta en el Derecho Administrativo, la incorporación de bienes jurídicos colectivos, aparición de figuras delictivas de peligro, que en la mayoría de los casos constituyen peligro abstracto, así como otras formas de anticipación de la tutela penal como la consideración de la tentativa como delito consumado en el *iter criminis* e incluso llevar clásicos Actos Preparatorios a la condición de delitos.

penal constituye una línea protectora para el ciudadano ante la maquinaria estatal.

Los inicios del principio de *última ratio* habrán de buscarse en el pensamiento liberal del siglo XVIII y siguientes. En Beccaria encontramos la primera expresión de lo que hoy llamamos principio de mínima intervención del Derecho Penal²². La construcción de un Derecho Penal Mínimo va indisolublemente ligado a la Teoría del Garantismo Penal, con Ferrajoli como uno de sus máximos exponentes. En lo personal el autor considera que el abolicionismo, difícilmente triunfe como tendencia reductora de la aplicación de las normas penales en las condiciones actuales y futuras. Como expresan Hassemer y Muñoz Conde [...] *ningún sistema sancionador garantiza su función protectora sobre la base de eliminar todas las infracciones normativas*²³.

Hablar de Derecho Penal Mínimo es llevar a la esfera de aplicación el mínimo de conductas transgresoras. En la evolución del *ius puniendi* podemos apreciar que no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos. Hay quienes afirman que el Derecho Penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas²⁴.

Algunos de sus principios responden a concepciones de *última ratio*, entre estos encontramos el carácter fragmentario y el carácter subsidiario del mismo. Según el principio de subsidiariedad ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima. Siguiendo esta línea, solo deben protegerse bienes jurídicos, sin embargo no significa que todo bien jurídico haya de ser

22. ASÚA, Adela: "Reivindicación o superación del programa Beccaria". En: Asúa, Adela, Ed.: *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1990. P. 9.

23. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

24. DORADO, Pedro: *Del Derecho Penal Represivo al preventivo*. En: *Derecho Protector de los Criminales*. Madrid, 1995. Pp. 16 ss.

protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del penal. En los delitos asociados a procesos contractuales, los bienes lesionados están asociados fundamentalmente a la función pública (como ocurre en Cuba) o a la economía nacional.

Cuando se afirma que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario, se quiere indicar que éste solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten contra las reglas mínimas de la convivencia social (esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, además, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma especialmente graves. Cuando se dice que el Derecho Penal es la *última ratio* del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención general del delito a través de la pena) solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación.

Evidentemente, la puesta en práctica, con seriedad, del principio de intervención mínima (en sus dos facetas), resulta en muchos casos extraordinariamente difícil. Sin embargo, el legislador debería tener presente:

- a) Que el carácter fragmentario del Derecho Penal exige que estén presentes elementos para un amplio proceso de despenalización de comportamientos considerados en la actualidad como delictivos (sobre todo en materia de delitos contra la propiedad, que es donde se deja sentir con más intensidad la falta de respeto al mencionado principio).
- b) Que dicho carácter fragmentario, sin embargo, no puede ser utilizado como excusa para no acometer la penalización de otros hechos socialmente dañosos que en la actualidad escapan a la esfera penal y que, por su carácter lesivo para bienes jurídicos colectivos (con trascendencia individual) han de ser prevenidos por un Derecho Penal que asuma plenamente la función promocional que le corresponde en

un Estado que se proclama Social y Democrático de Derecho²⁵.

Procede de Binding la afirmación de que el Derecho Penal tiene carácter fragmentario. Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida en que no cabe ignorar que padece de múltiples cuestionamientos. Entre ellos podemos citar el aumento del simbolismo en cuanto a sus efectos, así la falsa creencia, arraigada en la sociedad, en los legisladores e incluso entre los operadores del derecho de que cuando las demás formas de control social han fallado, es ahí donde entra a jugar su papel el Derecho Penal.

Creemos, igualmente, que atribuirle a la pena y al Derecho Penal en general la misión de Mesías de los conflictos sociales no representa una solución a los mismos. Por el contrario, la respuesta penal no soluciona, sino agrava y profundiza más los problemas generadores del delito. Llegar a vías de solución distintas, que no impliquen la intervención del Estado propicia un abaratamiento de la justicia, y la posibilidad de una rectificación sin que se sufran las consecuencias de la prisión. Las formas de control social, al constituir respuestas primarias al delito resuelven, o al menos tratan de resolver el problema social desde un análisis de sus causas, y no como lo hace el Derecho Penal, que sanciona efectos.

Baratta, Ferrajoli, Melosi, Bergalli, Aniyar de Castro, Zaffaroni, De La Cruz Ochoa, Fernández Carrasquilla y Sandoval, entre otros, consideran eficiente la política criminal, que implica la transformación de la sociedad, se oponen entonces a la reducción de la política criminal a una política penal, y consideran que una política criminal alternativa

25. La denominación del Estado Social y Democrático de Derecho corresponde más que al Derecho Penal al Derecho Constitucional. Dicha ubicación responde a las prioridades del Estado como un ente jurídico. Después de la II Guerra Mundial proliferan en el mundo distintos modelos de Estado, donde el llamado Estado de Bienestar significa la cumbre en las democracias occidentales. Se autoproclaman no solo como defensoras de las libertades individuales sino también como paradigmas en la organización gubernativa.

es una política de radicales transformaciones sociales e institucionales para el desarrollo y garantía de la igualdad y la democracia. La intervención penal no es positiva en el infractor. Lejos de socializarse se estigmatiza, mancha en vez de limpiar. Crea la pena, en la persona del delincuente una desviación sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a su nuevo status. Como diría Antonio Pablos García “a menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena”²⁶.

El carácter subsidiario vendrá reforzado por encontrarle solución al conflicto, a la afectación patrimonial o económica por la vía administrativa, mercantil, económica, etc. Si cabe la posibilidad de reparar el daño causado mediante una vía distinta a la penal, será menos onerosa para el sistema a mediano plazo. La jurisdicción económica-mercantil, y en primerísimo orden los entes arbitrales serán más efectivos que la respuesta penal. Respetar el carácter subsidiario en este escenario equivaldría a preferir en primer lugar métodos autocompositivos o conciliatorios tales como la negociación, la conciliación y la mediación en el cual las partes juegan el rol principal en la solución de sus conflictos. En caso de no resultar posible ir a un segundo escalón con métodos heterocompositivos, donde la decisión se traslada a un tercero. Nos estamos refiriendo a formas de solución de conflictos tales como el arbitraje, la vía administrativa o los propios tribunales conforme a una jurisdicción económica.

El carácter fragmentario no puede verse limitado a la cuantía de la afectación económica. Elementos tales como la rama o área en la cual se contrata, que necesariamente ha de ser priorizada por el país, el rol y estatus de los funcionarios o empleados públicos que negocian, etc. La imputación penal tiene que distinguir entre la afectación económica y su nexos con el bien jurídico tutelado, los fines de la norma, de la pena y los elementos constitutivos del tipo penal, diferenciando, a los efectos de la calificación del delito, aquellas afectaciones que pueden ser exigidas desde la responsabilidad civil derivada del delito como indemnización por el daño causado. Englobar ambas cuantías afecta la función de garantía del bien jurídico y el principio de legalidad, amén

26. GARCÍA, Antonio, ob. cit.

de la clara aberración que constituye el incremento de la pena, no sobre la base de criterios como la culpabilidad, sino por los perjuicios ocasionados.

4. Principio de Lesividad

La lesividad u ofensividad expresada en el dogma *nullum crimen sine iniuria* constituye un indicador de la antijuricidad de la conducta. La lesividad como principio surge ya en Aristóteles y Epicuro y que es denominador común a toda la cultura penal ilustrada de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas²⁷.

No basta que se hayan afectado determinados bienes, es necesario que estos bienes tengan naturaleza jurídica. Siendo así, el principio de lesividad constituye en sí mismo una barrera (digamos interna) ante la potestad legislativa del Estado. La ofensividad depende que se lleve o no al plano del derecho positivo determinada conducta, representa por tanto el principio de legalidad de los delitos y las penas el primer presupuesto para considerar la existencia de un bien jurídico. La contradicción del hecho con la norma penal (prohibitiva o permisiva) el comportamiento definido por el deber ser versus el ser (que integra lo penalmente típico), conduce a la verificación de que se ha cometido un delito, se ha materializado una conducta definida como delito (*nullum crimen sine lege nullum poenae sine crimen*) implica además que se ha atacado un bien jurídico.

Entre las complejidades a las que dogmáticamente se enfrenta este principio está en la justificación de tutela de bienes jurídicos colectivos. La defensa de lo social frente a los valores tradicionales que constituyeron el sustento de la teoría del bien jurídico, han provocado un sobredimensionamiento en el mismo, llegando a constituirse en un fetichismo jurídico. Constituye una razón esgrimida ante cada avance expansivo de las normas penales. Se le usa como llave mágica que justi-

27. MUÑOZ, Francisco: *Derecho Penal (Parte Especial). Teoría General del Delito*. Editorial Temis, Bogotá, 1984. P. 466.

fica la punición de nuevas y nuevas conductas. Para Zaffaroni el principio de lesividad implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo²⁸.

La exigencia de que se lesione o ponga en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, constituye una garantía procedimental para el individuo frente al poder sancionador del estado, estando estrechamente ligado al clásico principio de legalidad. En materia de delincuencia económica se puede afirmar que ciertamente se afectan con este tipo de conductas, diversos bienes jurídicos. En los procesos contractuales donde se han producido serias afectaciones patrimoniales se puede afirmar que opera la lesividad, pues hay un bien jurídico penal afectado. No obstante cabría hacerse la pregunta si ¿este bien jurídico se puede proteger desde otras ramas del derecho menos violentas? En los inicios decíamos que el Derecho Penal protege bienes jurídicos de manera subsidiaria, a manera de segunda barrera de contención.

La lesividad vista desde otra óptica puede identificarse con el carácter antijurídico de la conducta, la antijuricidad como rasgo del delito implica que dogmáticamente la norma existe porque protege bienes vitales a la sociedad y el individuo, más allá de clasificaciones teóricas sobre bienes individuales y colectivos. Resulta antijurídica y reprochable la conducta a partir de que ataca no ya normas, sino bienes. El legislador configuró determinado comportamiento como delito no para garantizar la vigencia de una norma jurídica, lo hace para a través de esa norma proteger intereses vitales a la sociedad, y solo cuando el ataque esté configurado como muy grave. En este sentido opera el principio de lesividad.

Concretar la ofensividad requiere en primer lugar que la conducta encuentre correspondencia en el tipo penal, y supone una valoración especial en los delitos de peligro abstracto o presunto. ¿En qué medida la conducta ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado? La existencia del peligro se constituye en la posibilidad del resultado de

28. ZAFFARONI, Eugenio: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005. P. 128.

daño en su futuro y probable desarrollo. No constituye una posibilidad segura, ya que a pesar de la situación de peligro, el resultado dañoso podrá o no producirse. Constituyen delitos de mera actividad.

Otra cuestión se plantea cuando la conducta es casi irrelevante desde el punto de vista penal, lo que podríamos llamar insignificante o exigua. Los llamados delitos “bagatelarios *I reati bagattellari*” representan una negación de la lesividad de la conducta, en este caso o no se está protegiendo un bien jurídico o este no es relevante a los efectos penales. Los delitos bagatelarios por otra parte suponen la negación del carácter de última *ratio* del Derecho Penal, específicamente su carácter subsidiario. También depende de la dañosidad social de la conducta lesiva, con la que no se corresponde necesariamente la desvaloración del comportamiento lesivo para los bienes²⁹. No podemos seguir utilizando (amén de lo expresado por la legislación nacional) el criterio ya superado de la peligrosidad social. El tránsito ha de ser hacia la dañosidad social, ya enunciado por Beccaria hace dos siglos y medio.

En otro orden de cosas no puede considerarse como delito aquella conducta que no ataca o pone en peligro un bien jurídico penal.

5. Principio de culpabilidad

En las líneas siguientes emitiremos algunas ideas, teniendo siempre presente la deuda de nuestro sistema penal con el principio de culpabilidad³⁰.

Las acaloradas discusiones en torno a la culpabilidad como principio (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), van desde aquellos

29. JAKOBS, Gunther: *Derecho Penal (Parte General). Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1997. P. 45.

30. Como manera de distinguir el juicio valorativo que se formula en relación al delito, podemos decir que al juicio de desvalor realizado al hecho se le denomina injusto o antijuricidad mientras que al juicio de desvalor realizado al autor le denominamos culpabilidad. MUÑOZ, Francisco: *Introducción al Derecho Penal*. 2ª Edición. Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2001. P. 64.

que lo consideran un límite al *ius puniendi* del Estado en un sistema democrático y de derecho, hasta los que le niegan cualquier atributo. Entre las críticas que se le formulan a este juicio de culpabilidad o reprochabilidad está la dificultad de poderlo constatar en un proceso penal. Jakobs por ejemplo considera que los presupuestos a la culpabilidad han de encontrarse derivados de las necesidades preventivo-generales. Frente a los que se oponen al principio de culpabilidad Roxin plantea que “ningún Derecho Penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad; se lo puede designar de otro modo, pero no anular”³¹.

Se alude generalmente al pensamiento positivista de naturaleza sociológica de Von Liszt³² para ubicar los orígenes del principio de culpabilidad. Para este autor la culpabilidad es reprochabilidad de una acción antijurídica desde la perspectiva de la deficiencia del proceso psíquico que la ha originado³³. Desde las teorías psicológicas hasta las más recientes de corte normativista la culpabilidad ha sido ubicada en diferentes posiciones con respecto al injusto.

Durante décadas las bases del ordenamiento penal sustantivo cubano han estado signadas por criterios de peligrosidad, no solo las medidas de seguridad, sino el propio delito. Las razones (son de diversa índole y no es nuestro objetivo mencionarlas) para fundamentar la pena en el criterio de la peligrosidad social, categoría esta que aparece en la propia definición que del delito se realiza en el artículo 8 del código penal, están asociadas no solo al extinto Código de Defensa Social de marcada naturaleza positivista, sino también a la influencia del derecho eslavo de Europa del Este. De hecho subsisten las categorías culpabilidad

31. ROXIN, Claus: *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*. Disponible en www.derechopenal.com.ar (Consultado el 12 de agosto del 2013).

32. Von Liszt consideraba que la culpabilidad es responsabilidad por el hecho realizado en forma ilícita. REINHARD, Frank: *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Euro Editores S.R.L., Buenos Aires, 2002. P. 15.

33. VELÁZQUEZ, Fernando: “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”. En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, año 1993, Lima. P. 6.

y peligrosidad en buena parte de la legislación contemporánea. El hecho típico y antijurídico de un autor culpable dará lugar³⁴, por tanto, a la imposición de una pena; el hecho típico y antijurídico de un autor, culpable o inculpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida.

Para Schünemann la culpabilidad significa reprochabilidad y reprochabilidad presupone poder actuar de otro modo³⁵.

Roxin considera que la categoría reprochabilidad es carente de contenido para explicar la culpabilidad, según este autor la culpabilidad en el sentido del Derecho Penal es la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada³⁶.

Este juicio sobre el comportamiento humano desde una óptica marxista no implica una actuación mecánica e inevitablemente dirigida en una relación causa-efecto, tampoco supone un actuar libre, donde el ser humano basado en el llamado libre albedrío escoge la opción a su gusto y preferencia.

La culpabilidad solo ha de poder ser entendida como reprochabilidad, cuando el actuar del individuo, o la opción de actuar de manera diferente está influenciado por las circunstancias en las cuales se ha formado, con la carga axiológica que ha marcado su existencia. Y a la vez dichas circunstancias son el producto en última instancia del actuar del mismo. El dolo, contrario a criterios reduccionistas, tiene trascendencia tanto en el tipo penal como en el juicio de reprochabilidad.

Se actúa de una u otra manera en correspondencia con los patrones de conducta —no necesariamente morales, aunque se incluyen— existentes en la sociedad, patrones éstos conformados ontológicamente durante la historia.

34. MUÑOZ, Francisco: "Introducción". En: *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal de Claus Roxin*. Editorial Reus, Madrid, 1981. P. 15.

35. SCHÜNEMANN, Bernd: *El sistema moderno de Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Biblioteca Jurídica Argentina. P. 25.

36. ROXIN, Claus, *Culpabilidad*, ob. cit.

En las conductas dolosas el autor persigue mediante una conducta determinada el resultado dañoso o peligroso, tipificado en una norma. En las figuras delictivas culposas, el autor debe representarse subjetivamente la peligrosidad de su conducta. El dolo y la imprudencia trascienden como medida de la culpabilidad.

En el tema de los ilícitos penales de naturaleza económica, donde resulta común la construcción de normas penales en blanco, el juicio de culpabilidad (cuando estamos en presencia de una relación jurídico-penal generada por la concertación de un contrato)³⁷ transita por la valoración de las posibilidades de actuar del individuo. Los riesgos que asume el individuo han de ser balanceados con los potenciales beneficios que se obtendrían.

La afirmación casi concluyente de que la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho ignora que la libertad de voluntad en sentido amplio no existe. El ser humano es un producto de su tiempo y de las circunstancias que le rodean desde su nacimiento. Como demostrar de manera empírica y fuera de toda duda razonable que un sujeto ha actuado de una u otra manera y que debía de actuar de forma distinta. Legislativamente las claves no podrán ser aportadas por el legislador, quien solo podrá ofrecer pautas y valoraciones. El juicio de reproche corresponderá al juzgador, quien si deberá sopesar todas y cada una de las aristas de la conducta y el hecho.

El juicio de culpabilidad (especie de responsabilidad subjetiva) en estos casos ha de comprender no solo lo que en materia de imputación objetiva implicaría el análisis del riesgo, si se trata de un riesgo tolerado, permitido (referidos a costos, beneficios, lesiones patrimoniales, responsabilidad pre y post contractual, etc.) o es un riesgo desaprobado desde la óptica del Derecho Penal. Un riesgo innecesario, invasivo, temerario y descontrolado, atendiendo al caso y las circunstancias concretas del hecho, merece la reprobación penal.

En los delitos económicos y/o funcionariales, la existencia de normas penales en blanco condiciona valorar la culpabilidad y la

37. De naturaleza pública.

realización del injusto, a pesar de que existía otra forma de actuar, ya no exigida por la norma penal, sino por aquellas de naturaleza económica. Las regulaciones en materia de contratación ofrecen las pistas para determinar si ha sido o no culpable el actuar de un sujeto en un proceso contractual. Los límites y el juicio de antijuricidad y culpabilidad sobre la conducta del agente son ofrecidos por la norma complemento que aporta a la valoración del tipo penal, sin poderse fragmentar el análisis.

En una operación contractual de naturaleza económica este juicio de reproche deberá formularse sobre la base de los conocimientos existentes en la figura del agente que negocia un contrato, los pasos dados en esta etapa pre-contractual, los riesgos asumidos y las causas de los mismos; si son riesgos enfrentados por el agente o provocados por este. Habrá de valorarse en el caso concreto la relación de causalidad entre el actuar del agente, el resultado producido y los elementos esenciales del contrato. El ámbito de la libertad está dado por las facultades que le son asignadas a la hora de negociar. Y esas facultades han de materializarse por el agente dentro de los límites existentes, no solo creados por el ordenamiento jurídico, sino también constituyen límites los fundamentos políticos del sistema. Desde otra visión el juicio de reproche no se funda en un libre albedrío, por el contrario el poder actuar de uno u otro modo está condicionado como reconocimiento de la necesidad, por una realidad, por objetivos y necesidades del sistema. Las negociaciones en materia económica trascienden lo meramente contractual para influir en calidad de vida de la sociedad. El conocimiento resulta vital a la hora de reprocharle al agente determinada conducta, y este conocimiento parte desde el mismo nombramiento, sea de hecho o de derecho, como funcionario o agente estatal.

Principios como la buena fe en materia contractual unido a la autonomía de la voluntad de las partes presuponen un actuar civilizadamente honesto. Ocultar información a la contraparte, por solo citar una posible modalidad de actuación, podría dar lugar al dolo reticente, que se formaría por omisión de la información que, en buena fe, se debía haber suministrado.

Asumir el principio de culpabilidad como eje cardinal del sistema penal implica que la sanción por un ilícito penal vinculado a un proceso

contractual no puede sobrepasar en su duración ni en su gravedad al grado de culpabilidad. La prevención de futuras afectaciones económicas generadas por un actuar delictivo en la negociación de un contrato no puede realizarse a costa de la sanción a imponer. Solo así desde un punto de vista político-criminal, encontrará justificación la sanción penal.

Constituye un reto abordar el principio de culpabilidad dentro de la dogmática cubana, cuando no ha sido concretado en la legislación penal. Violaciones a este, en la esfera de lo económico son frecuentes, ante la existencia de delitos cualificados por el resultado.

La teoría del bien jurídico condiciona los requisitos para que un valor sea considerado desde la óptica penal. Consideramos que solo aquellos valores fundamentales derivados de la Constitución merecen la tutela penal. La economía y la administración constituyen bienes jurídicos que merecen protección, sin embargo, asumir el carácter subsidiario del Derecho Penal implica resolver el conflicto económico siempre que sea posible, por los mecanismos administrativos y económicos.

Ante el injusto de naturaleza económica, se ha de verificar si el agente ha lesionado o puesto en peligro con su conducta un bien jurídicamente tutelado, y el juicio de reproche ha de fundarse en los límites que impone no solo la norma penal, sino también la norma complemento, en caso de resulta aquella formulada como norma penal en blanco. Este juicio de culpabilidad en lo económico debe partir de las exigencias razonables que impone la legislación económica con variables como precio, calidad, riesgos, costos, gastos, tiempo entre otras. Variables que suenan ajenas al oído del penalista pero que han de ser valoradas por este en un ilícito de esta naturaleza.

6. Conclusiones

Los principios del Derecho Penal se han ido configurando a lo largo de siglos de elaboración discusiones y profundas contradicciones no solo teóricas, sino también de índole moral e ideológica. Los mismos representan axiomas, ideales de justicia, que actúan sobre los ámbitos doctrinal, judicial y legislativo más allá de su incorporación o no a normas jurídicas.

Estos principios representan límites al poder sancionador del Estado. Sin embargo, en nuestra opinión, son límites más bien en su aspecto formal, no material. El Estado, más allá de la clase o grupo que esté en el poder, representa los intereses de los grupos económicamente dominantes en la sociedad. Esto no implica que sea homogéneo, pues en toda legislación, incluyendo la de naturaleza penal se reflejan las contracciones por la lucha del poder, las luchas de clases, los consensos y negociaciones en la esfera de las ideas se traducen en consensos en el ámbito legislativo.

La legalidad, la culpabilidad, la lesividad y el principio de última ratio son algunos de estos axiomas que reducen en el plano teórico-formal el poder sancionador del Estado. Es el Estado quien define qué bienes jurídicos son tutelados por las normas penales. Las mayorías cualificadas en los parlamentos ofrecen pistas sobre los intereses para la elevación a la categoría penal de un bien jurídico. Tal vez bastaban formas de control social informales para su protección, pero el interés de clase o grupo en el parlamento, decide qué conductas llegan a la categoría de delito, bien en el aspecto material o simbólico.

BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA BATARRITA, Adela: “Reivindicación o superación del programa Beccaria”. En: Asúa Batarrita, Adela, ed.: *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.
- BIRNBAUM, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung Zum Begriff des Verbrechens en Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834.
- CASELL LÓPEZ, Magaly: “La Política Criminal”. En: *Colectivo de autores*. Ed. Félix Varela, La Habana, 2004. Citando Hans Jescheck Heinrich “Nueva Dogmática y Política Criminal en Perspectiva comparada”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 39, Fascículo I, 1986.
- GARCÍA PABLOS, Antonio: “Tendencias del Actual Derecho Penal”. En: *Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Congreso Internacional, Actas y Congresos, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000.

- FERRAJOLI, Luigi: "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales". En: *Revista Ciencias Penales*, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Disponible en <http://www.cienciaspenales.org/ferraj05.html>. Consultado el 17 de junio del 2014.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta: "El Derecho Penal desde una evaluación crítica". En: *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf>. Publicado en agosto 2008. Consultado el 17 de junio del 2014.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Bilbao, 1989.
- HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*. Editorial BOSCH, Barcelona, 1984.
- MICCECHI CALDEVILLA, Fidel: *La potestad punitiva del Estado. Sus límites a partir de su relación dialéctica entre los principios de intervención mínima y legalidad*, Tesis presentada en opción al título de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Departamento de Jurídicos Básicos, La Habana, 2011.
- ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2da Edición alemana. Editorial Civitas SA., Madrid, 1997.
- SERRANO TÁRRAGO, María Dolores: "La expansión del Derecho Penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros". En: *Revista de Derecho*, vol. XVIII N° 1, julio 2005, pp. 213-237. Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100009&script=sci_arttext. Consultado el 14 de junio del 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, 1989.