

Cuestiones fundamentales del derecho penal económico*

Urs Kindhäuser**

I. Planteamiento del problema [\[arriba\]](#)

Mediante la imposición de pena criminal se pone de manifiesto un reproche ético-jurídico por una conducta antecedente defectuosa. Este reproche es esencial para delimitar la pena frente a otras formas de sanción estatal. Por esta razón el derecho penal se encuentra bajo una necesidad enorme de legitimación. Él es, no solo cuantitativa sino también cualitativamente, distinto del resto de áreas del derecho.

Por su parte, el derecho penal económico también persigue los fines regulativos del derecho penal.[1] En consecuencia, el derecho penal económico solo será legítimo en la medida en que satisfaga los criterios de legitimidad del derecho penal en general. Lo anterior significa, entonces, que la culpabilidad del autor en derecho penal económico debe ser una culpabilidad en el sentido del derecho penal, si es que esa culpabilidad va a desencadenar la imposición de una pena criminal. Y el injusto del hecho en derecho penal económico debe ser un injusto en el sentido del derecho penal, si es que ese injusto va a fundamentar una culpabilidad jurídico penal.

Ahora bien, en la discusión alemana de los últimos años suele ponerse en duda la legitimidad del derecho penal económico. Así, al derecho penal económico se le objeta que él consumiría el abandono del derecho penal propio del estado liberal de derecho, al que transformaría en un derecho de policía preventivo. Esta crítica está referida, principalmente, a dos circunstancias que se tienen como características del derecho penal económico. Ellas son la creación de bienes jurídicos supraindividuales y su protección mediante delitos de peligro abstracto.[2]

Más allá de la cuestión relativa a la capacidad de una puesta en peligro abstracto de bienes jurídicos supraindividuales para constituir un injusto que fundamente culpabilidad, en derecho penal económico se presenta un problema de culpabilidad más específico aún. Pues el reproche ético-jurídico de la pena no solo tiene por objeto el fracaso del autor en un rol social específico, sino que lo afecta en todos los espacios de ejercicio de sus roles y, con ello, en todos sus roles. De esta forma, la pena apunta al ser humano como persona, es decir, como aquel sujeto que es tenido por libre y responsable en la vida social.

De allí se sigue lo siguiente para el presente tema. La lucha contra la conducta desviada en el terreno económico mediante el derecho penal solo será legítima cuando se le pueda reprochar a quien se desvía un fracaso personal. Justo bajo este aspecto resulta evidente la necesidad específica de legitimación del derecho penal económico. Pues a pesar de la particular problemática que revisten los intentos de definición de la criminalidad económica, lo cierto es que esa delincuencia está impregnada de manera significativa por modalidades del hecho y por características del autor propias de la profesión y, con ello, propias del ejercicio del rol profesional. De conformidad con ello, para que el derecho penal económico sea legítimo tiene que ser más que una simple reacción frente al quebrantamiento de las reglas que el orden político establezca para el ejercicio de una profesión.

En lo que sigue es mi pretensión, antes que nada, explicar brevemente los presupuestos bajo los cuales puede imputarse culpabilidad jurídico penal (II). A continuación, exponer de qué calidad deben ser los bienes cuyo menoscabo puede fundamentar culpabilidad jurídico penal (III) y en qué forma debe legitimamente protegerse esos bienes mediante el derecho penal (IV). Finalmente, resumir las reflexiones que siguen en torno a la idoneidad de la retribución de culpabilidad jurídico penal como respuesta a los delitos de peligro abstracto en el derecho penal económico (V).

II. Culpabilidad jurídico penalmente relevante [\[arriba\]](#)

Si la pena se dirige a la persona, entonces la culpabilidad -la cual se retribuye mediante pena- debe consistir en el uso erróneo de libertad personal. Así, culpabilidad es la defraudación por el abuso de libertad. En este contexto, con libertad no se alude a una libertad de acción y voluntad de carácter empírico, la cual, de cualquier forma, no es demostrable. Antes bien, la libertad resulta, en este sentido, de la relación de reconocimiento recíproco como sujetos libres, relación en la que se encuentran los seres humanos en su vida social. Si, por ejemplo mediante contratos, se establecen y aceptan deberes mutuos, entonces con ello se asume mutuamente que también se es libre de querer y libre de poder cumplir esos deberes.

En consecuencia, por “persona” entiendo el conjunto de condiciones^[3] bajo las cuales se reconoce a un ser humano como sujeto libre y responsable en el marco de la interacción social.^[4] De allí se sigue que también la culpabilidad (jurídico penal) tiene carácter normativo, de la misma forma en que tiene carácter normativo la libertad (jurídico penal).^[5] Culpabilidad es entonces el quebrantamiento -del cual emana responsabilidad- de la norma social básica que establece la relación de reconocimiento recíproco como sujetos libres, esto es, de la norma que establece la justa coordinación de las esferas de libertad. En otras palabras, culpabilidad es la defraudación por la injusta intromisión del autor en la esfera de libertad de otro.

Si la usurpación de esa libertad permaneciera impune, entonces el sistema jurídico ya no podría erigirse en garante de las condiciones elementales para la justa coexistencia de libertad para todos. De allí que la usurpación de libertad llevada a cabo por el autor, desvalorada desde una perspectiva ético-jurídica, deba ser compensada (simbólicamente) mediante la irrogación del mal penal. Mediante la pena se restituye, de esta forma, la norma quebrantada y su confirma su vigencia. Ahora bien, si la culpabilidad está asociada a una conducta mediante la cual el autor demuestra que desprecia la libertad de los otros, entonces la norma quebrantada por el autor tiene que ser una norma que proteja la libertad de todos.

III. Los bienes protegidos [\[arriba\]](#)

La interpretación que entiende el injusto jurídico penal como una desviación de la justa coordinación de las esferas de libertad tiene en Alemania una respetable tradición en la historia de las ciencias del espíritu y se remonta principalmente a las concepciones de Kant y Hegel. Esta interpretación del injusto jurídico penal puede, al mismo tiempo, entenderse como el criterio para delimitar el derecho penal legítimo de otras ramas del derecho, tal como fuera ya propuesto por el más influyente penalista alemán de la modernidad. Así, en su proyecto de “Código Penal Bávaro de 1813” diferenciaba P.J.A. Feuerbach entre delito y

el tipo de delito no criminal de la infracción de policía. De esta forma, la esencia del delito residiría en la lesión de derechos (de libertad) subjetivos (absolutos), mientras que las infracciones de policía serían aquellas formas de conducta amenazadas con sanción en razón a su peligro para el orden jurídico y la seguridad.[6]

Trasladado a la terminología jurídica alemana de hoy en día, el criterio de Feuerbach significa que la lesión de derechos subjetivos sería un (auténtico) injusto criminal, mientras que la perturbación del ordenamiento que garantiza jurídicamente la seguridad de los derechos subjetivos sería una contravención. Es decir, para Feuerbach la totalidad del derecho penal económico, en tanto su intención sea proteger la capacidad funcional de subsistemas económicos, sería parte del derecho de contravenciones y no del derecho penal.

Ahora bien, no es mi intención defender la conveniencia de realizar en su totalidad, hoy por hoy, el programa de Feuerbach. Pues así como la delimitación de Feuerbach es dependiente de su tiempo, también la comprensión de derechos subjetivos absolutos está subordinada a las transformaciones sociales. Al respecto simplemente basta con remitirse a temas tan actuales como los relativos al derecho de bienes inmateriales, la autodeterminación en materia de información, las condiciones de vida de generaciones futuras en un medio ambiente amenazado, etc. Es decir, los derechos absolutos del particular son siempre relativos al estado de desarrollo de una sociedad y, precisamente por esa razón, también a los peligros que amenazan al libre desarrollo del particular.

Además, el concepto de derecho subjetivo se asocia con frecuencia en teoría jurídica a una pretensión que solo puede llevarse a cabo procesualmente. Ahora bien, si la intervención del derecho penal dependiera de la lesión a una pretensión del particular que solo puede llevarse a cabo procesualmente, entonces se recortaría innecesariamente la protección jurídico penal del particular. Pues las condiciones para su libre desarrollo se encuentran con frecuencia institucionalizadas en el marco de la interacción social[7] y no se dejan reemplazar -al menos no sin traumatismos- por pretensiones procesualmente exigibles. A título de ejemplo piénsese en la confianza habitual que cada quien tiene en la veracidad de los documentos y registros públicos, confianza que permite que se estructuren las interacciones, sin que por ello le fuese posible, sin más, transformarse en una pretensión individual exigible.

Por esta razón considero que es teóricamente más fácil, y al mismo tiempo más productivo, comprender las esferas de libertad protegidas por el derecho penal no mediante la alusión a derechos subjetivos, sino mediante el concepto de bien jurídico.[8] Los bienes jurídicos son, entonces, aquellas condiciones jurídicamente garantizadas al particular para su libre desarrollo en una sociedad configurada de forma concreta.[9]

Si ese bien le es garantizado (en primera línea) a un portador definido, entonces es un bien jurídico individual.[10] Y si él sirve indistintamente al libre desarrollo de muchas personas, entonces se trata de un bien jurídico universal.

De esta forma es posible diferenciar mi posición de aquellas que ven la finalidad del derecho penal económico, por sobre todo, en la protección de determinados bienes jurídicos intermedios “mediatizados”.[11] Así, de conformidad con estas últimas, en derecho penal económico no solo se debería proteger el patrimonio y la libertad de

disposición, sino también la capacidad funcional de distintos subsistemas, como por ejemplo la capacidad funcional de la economía de crédito, de las operaciones de pago sin dinero en efectivo o del mercado de inversión de capitales.

Sin embargo, este punto de vista pasa por alto, de una parte, que el menoscabo a un sistema de ordenación no puede, simplemente, equipararse a una intromisión dañina en las condiciones concretas de libertad institucionalizada, pues para esto último aún es menester demostrar que el autor ejerció una influencia perjudicial en las esferas de libertad jurídicamente garantizadas a los demás. Y de otra parte, este punto de vista riñe con los fundamentos de una política criminal orientada a fines, cuya observancia es una condición previa de legitimidad del derecho penal. Estas consideraciones pueden ilustrarse mediante un rápido vistazo a la estafa crediticia (§ 265b StGB). Así, en primer lugar, la capacidad funcional de la banca pertenece tan poco a las condiciones jurídicamente garantizadas para el libre desarrollo del particular como la capacidad funcional del comercio automotor o del mercado inmobiliario.[12]

Además, en segundo lugar, bien jurídico solo puede ser aquel bien que pueda ser lesionado de forma empíricamente comprobable. Sin embargo no está claro aún en qué medida una estafa crediticia tendría la capacidad de perjudicar realmente la economía de crédito. Así, es casi imposible representarse una estafa crediticia concreta que estuviera en capacidad de dañar la totalidad del subsistema economía de crédito. Por su parte, sería un razonamiento contrario al principio de culpabilidad por el hecho fundamentar la dañosidad en la posibilidad de un colapso de la economía de crédito en caso de una estafa crediticia masiva. Pues en ese caso se le imputarían al autor como fundamento del injusto los hechos de otros. Por lo demás, con ese mismo razonamiento podría entenderse que el bien protegido con el tipo de homicidio es la sociedad humana, dado que su existencia se pondría en peligro mediante un homicidio masivo. Resulta entonces evidente que con un argumento tan amplio no se conseguiría ninguna ganancia teórica.[13]

Adicionalmente a lo anterior, en tercer lugar, una política criminal empíricamente sustentada presupone una conexión causal demostrable entre un daño y una acción. De esta forma, la dañosidad de la acción se determinará, en estricta dependencia causal, a partir de la lesión del bien jurídico. Solo de esta forma será racional prohibir la acción para evitar el daño. Ahora bien, la capacidad funcional de la economía de crédito es una magnitud poco apta[14] para la medición de daños, pues ella vive justamente de la posibilidad de obtener ganancias, pero también pérdidas, mediante la asunción de riesgos.[15] Dicho con otras palabras, en la economía de crédito resulta caótica la relación causal entre una acción y la lesión del bien jurídico, pues el daño a la economía de crédito apenas podrá determinarse con, y solo con, la acción riesgosa no permitida, de forma tal que el daño a la economía de crédito no es un injusto de resultado en el contexto de legitimación referido a bienes jurídicos.[16]

Finalmente, en cuarto lugar, no se entiende por qué la capacidad funcional de subsistemas debería estar solo parcialmente protegida, pues la economía de crédito también se ve afectada mediante riesgosos negocios bancarios de concesión de créditos.

En consonancia con lo anterior puede concluirse, como resultado provisional, lo siguiente. Una política criminal orientada a fines y de carácter liberal tiene que encaminarse, también en derecho penal económico, a la protección de las condiciones -jurídicamente

garantizadas- de las esferas de libertad individual, en particular a la protección del patrimonio y de la libertad de disposición del individuo.

IV. La forma de protección [\[arriba\]](#)

Sin embargo, el alegato a favor de restringir también en derecho penal económico la protección jurídico penal a las condiciones de libre desarrollo deja todavía abierta la cuestión concerniente a los tipos de delito con los que deba tener lugar esa protección. Así, por más claro que parezca -de una parte- que el particular debe ser protegido frente al menoscabo de sus espacios de libertad jurídicamente garantizados, no resulta muy convincente -de otra parte- que esa protección deba estar circunscrita solo a la evitación de lesiones a sus bienes. La tesis según la cual solo las lesiones pertenecerían al derecho penal mientras que las puestas en peligro pertenecerían al derecho de contravenciones es una tesis que no puede defenderse aquí, por lo menos no si se atiende al objeto de la protección.

Los bienes no pertenecen a los estantes de un museo sino que, antes bien, son parte de la vida social. Y justo gracias a su participación en la vida social es que procuran libertad. El valor de la salud, de la libertad de movimiento, del patrimonio, etc., radica en la posibilidad de emplearlos para el desarrollo personal. En consecuencia, el daño que puede experimentar una persona no solo radica en el menoscabo sustancial de un bien, sino también en la privación de la posibilidad de disponer de su bien con seguridad. Así por ejemplo, una casa que con ocasión de circunstancias políticas se encuentre de repente en un campo de batalla perderá ya valor, sin que se presente ningún cambio en su sustancia, simplemente por el hecho de que la probabilidad de destrucción ha aumentado y ya nadie podrá vivir en ella sin miedo de lesión.

De allí que resulte evidente que no solo la lesión de un bien, sino también su puesta en peligro y la privación de la posibilidad de disponer de ese bien con seguridad son daños sui generis, es decir, daños independientes y no un mero estadio previo a una lesión.[17]

A la protección de bienes jurídicos pertenece entonces, como elemento esencial, la relación entre el bien y su titular.[18] Esa relación jurídicamente garantizada constituye -y con ello se concreta, así, una expresión utilizada a lo largo del texto- la esfera de libertad que el derecho penal debe proteger. Pues esta relación señala el margen de maniobra que le es jurídicamente adjudicado al particular para la libre organización de su vida. Y una lesión del bien jurídico es, en consecuencia, una (intolerable) determinación ajena de la relación entre bien y titular.

Bajo esta premisa es posible distinguir tres formas de menoscabo al bien jurídico, cada una de las cuales es auténticamente lesiva:

- Lesión es el menoscabo a la integridad del bien. Aquí el daño radica en la depreciación del bien mismo.

- Puesta en peligro concreto es la situación en que, desde la perspectiva del bien, resulta probable una lesión que, además, no se puede impedir de manera programada. La lesividad

de la puesta en peligro concreto radica en la grave desprotección del bien, es decir, en la dependencia que subordina la integridad del bien a influencias ajenas.

- Puesta en peligro abstracto es la merma de las condiciones de seguridad necesarias para el uso tranquilo del bien. La puesta en peligro es abstracta cuando lo relevante no es la desprotección actual del bien, sino el menoscabo de los estándares típicos de seguridad[19] cuya eficiencia es una magnitud determinante para el uso racional de los bienes. La auténtica lesividad de la puesta en peligro abstracto estriba en que el uso de un bien del cual no se puede disponer tranquilamente no es un uso totalmente racional.[20]

Por lo tanto, de la idea misma de protección de bienes jurídicos no se puede extraer ninguna limitante que la reduzca a la mera evitación de lesiones. Antes bien, ella comprende -en principio- tanto las puestas en peligro concreto como las puestas en peligro abstracto. No obstante, aún es necesario efectuar una restricción en lo que tiene que ver con las puestas en peligro abstracto, la cual justamente es de gran importancia para el derecho penal económico. Pues aun cuando no esté todavía del todo claro cómo deben repartirse las cargas concernientes a la seguridad de los bienes, sí es evidente que también al particular le compete la facultad de disposición segura de sus bienes.

Si por seguridad se entiende la posibilidad de usar bienes sin peligro, entonces debe distinguirse entre una competencia autónoma y una competencia heterónoma en relación con la seguridad. Así, con competencia autónoma se designa la autoresponsabilidad del individuo en sus asuntos. Por el contrario, con seguridad heterónoma se designa la compensación de aquellas medidas de precaución que el individuo no puede llevar a cabo, o que solo puede llevar a cabo con un esfuerzo desproporcionado, a la hora de hacer uso de sus bienes. Es decir, la seguridad heterónoma solo es jurídico penalmente relevante si ella está jurídicamente garantizada. Un ejemplo de seguridad heterónoma es la seguridad en el tráfico rodado y uno de seguridad autónoma es una forma de vida sana.

Trazar el límite entre seguridad autónoma y heterónoma es algo que depende de la propia comprensión de la sociedad y, por esa razón, es un asunto que se resuelve en primera línea mediante una decisión democrática. Ahora bien, si el derecho penal asume la competencia por la seguridad heterónoma mediante delitos de peligro abstracto, debe entonces tener en cuenta el principio *in dubio pro libertate* al momento de delimitarla. Pues la autoresponsabilidad propicia la creatividad, mientras que la tutela y el paternalismo estatal atrofian y a largo plazo incluso dañan, como bien lo muestra la existencia y el abuso de las subvenciones. Lo anterior significa que los subsistemas económicos son completamente capaces de proteger por sí mismos sus intereses y, en lo que aquí concierne, también de fijar por sí mismos la medida de su profilaxis. Así, a título de ejemplo, el sistema de información bancario debería constituir una protección del sistema de crédito notablemente superior a la ofrecida por el tipo penal de la estafa crediticia del § 265b StGB.

En este contexto hay todavía un punto muy delicado referido al desarrollo del derecho penal económico. En efecto, entre los elementos más importantes de una economía racional se encuentran la simplificación de los métodos de trabajo, la disminución de los costos de producción y la explotación de nuevos mercados. Y cada una de estas modalidades lleva riesgos consigo. Así por ejemplo, mediante tiendas de autoservicio o tarjetas débito se

ahorra personal pero se incrementa el peligro de hurto o de retiro fraudulento de dinero, respectivamente.

En relación con lo anterior puede observarse que la economía también le traslada al consumidor elementos tradicionales de autoprotección. Así, en las tiendas de autoservicio el cliente es su propio vendedor y en tratándose de tarjetas débito el cliente es su propio empleado bancario. Ello significa que los peligros de relevancia en estos ámbitos se originan porque la economía asume riesgos en su propio interés. Por ello, si el derecho penal interviniera aquí tratando de cubrir los riesgos que la misma economía ha creado, entonces no solo se convertiría en el representante de los intereses de la economía, sino que podría también quebrantar la prohibición de regreso, la cual prohíbe imputar los daños originados en una autopuesta en peligro a un espacio de responsabilidad completamente ajeno.

Esta problemática se hace particularmente patente en el tipo penal de abuso de tarjeta de cheque y de tarjeta de crédito del § 266b StGB. Porque el titular de la tarjeta de cheque que sobrepasa su límite de crédito no se encuentra frente al banco en una relación de protección patrimonial[21] y comete, por ello, un “simple” incumplimiento de la relación obligacional emanada del contrato. Ahora, dado que mediante este tipo el derecho penal asume el rol de protector de los intereses de una parte contractual, se expone entonces a que se le critique esta contradicción del reparto usual de los riesgos contractuales.[22]

El resumen provisional reza, entonces, así. La protección de bienes jurídicos mediante delitos de peligro abstracto en derecho penal económico es en principio legítima, siempre y cuando se trate de la garantía de espacios individuales para la libertad de acción y la seguridad que deba brindarse a las condiciones para el libre desarrollo personal sea inequívoca competencia del estado.

V. La culpabilidad de la puesta en peligro abstracto [\[arriba\]](#)

Para finalizar es menester resolver un último interrogante. ¿Es tan importante el menoscabo de la posibilidad de disponer tranquilamente de bienes que deba ser también castigado con pena criminal?

Antes que nada debe resaltarse que, de conformidad con la interpretación del tipo de delito de peligro abstracto que aquí se defiende, la objeción principal contra la legitimidad de dichos delitos fracasa ya desde el principio. Esta objeción reza así: dado que los delitos de peligro abstracto se limitarían a formular vagamente peligros para un bien jurídico, y dado que con ello abrirían la posibilidad de que una conducta típica careciera completamente de peligro en el caso concreto, entonces se presumiría el peligro en perjuicio del autor.[23]

Ahora bien, una puesta en peligro abstracto, si se entiende como el menoscabo de las condiciones jurídicamente garantizadas para el uso seguro de bienes, es un daño sui generis perfectamente diferenciable de una lesión sustancial al bien jurídico. De esta forma, al autor de un delito de peligro abstracto solo se le reprochará la lesividad de la puesta en peligro abstracto de su acción. Es decir, no existe aquí ninguna presunción que sobrepase este reproche o que le sea imputada al autor.

Por supuesto que esta lesividad también debe tomarse en serio y exigirse de facto en los tipos concretos. Pues el fracaso personal presupone una intromisión en esferas de libertad

garantizadas y no solo el quebrantamiento de las disposiciones que dirigen la economía o uno de sus subsistemas. Así, quien se limite a quebrantar el deber emanado de una de estas disposiciones simplemente infringirá un rol profesional, más con ello no habrá desatendido aún la pretensión elemental de otro a su libre desarrollo.

De otra parte -y el punto debe subrayarse enérgicamente- resulta evidente que la protección de reglamentaciones puede ser de mucha importancia para el bienestar general. De allí que también resulte legítimo, dado el caso, la protección de ordenamientos mediante sanciones masivas (intimidantes), por ejemplo multas drásticas, prohibiciones de ejercicio profesional, y así sucesivamente. Es solo que estas sanciones no tienen derecho a formular ningún reproche ético-jurídico en el sentido de un fracaso personal.[24]

Pero tampoco el quebrantamiento de una prohibición de puesta en peligro abstracto, tal como aquí se entiende, es eo ipso suficiente para justificar la pena como sanción. Por el contrario, todavía se necesita que el contenido de injusto de los delitos de peligro abstracto corresponda al nivel presente en el núcleo del derecho penal. Solo así se evita la bagatelización de dicho nivel y, con ello, el fracaso de la exigente pretensión ético-jurídica del derecho penal. En efecto, hay delitos de peligro abstracto tradicionales que de tiempo atrás satisfacen esta pretensión, como por ejemplo el falso testimonio o el incendio de espacios habitados. En la actualidad pertenecen a ese grupo muchos tipos penales del derecho penal medio ambiental, particularmente todos aquellos que deban garantizar la seguridad en el manejo de la energía nuclear.

En el derecho penal económico no se ve (en principio) ningún problema de legitimación en tratándose de los delitos de banca rota (§ 283 StGB) o de usura (§ 302a StGB). En tratándose de los derivados de la estafa -estafa informática, estafa de subvenciones, estafa crediticia y estafa de inversión de capitales- no deseo negar en lo esencial la corrección de una protección, segmentada y referida a formas tradicionales de ataque, del patrimonio y de la libertad de disposición. Simplemente considero problemático que de las modalidades de hecho propias de la estafa -es decir, engaño, error, disposición patrimonial y daño patrimonial, unidas mediante ánimo de lucro- solo se hayan mantenido a grandes rasgos elementos objetivos del engaño (en parte rudimentarios). Para mantener a la estafa como punto de referencia ha debido, en mi opinión, introducirse la concreta aptitud lesiva como parte del injusto típico y reafirmarse, además, que la garantía de verdad se ve resquebrajada. Pues la conducta incriminada siempre debe ser interpretada como el menosprecio por la esfera de libertad ajena.

Bibliografía

Birnbaum, J.M.F.:

- "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung" en: Archiv des Criminalrechts 15 (1834).

Graul, Eva:

- Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.

Herzog, Felix:

- Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg, r. v. Decker, 1991.

Jakobs, Günther:

- "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" en: ZStW 97 (1985).

Kindhäuser, Urs:

- Gefährdung als Straftat, Frankfurt del Meno, Vittorio Klostermann, 1989.

- "Personalität, Schuld und Vergeltung" en: GA 1989.

- BGH Juristische Rundschau 1990.

Rawls, John:

- "Justice as Fairness: Political not Metaphysical" en: Philosophy and Public Affairs 14 (1985).

Robbers, Gerhard:

- "Der Grundrechtsverzicht. Zum Grundsatz 'volenti non fit iniuria' im Verfassungsrecht" en: JuS 1985.

- Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden, Nomos, 1987.

Tiedemann, Klaus:

- Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Tübinga, Mohr Siebeck, 1969.

- "Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts. Versuch einer Zwischenbilanz" en: E.W. Hanack, P. Riess y G. Wendisch (Coord.), Dünnebieber-FS, Berlin, De Gruyter, 1982.

Zaczyk, Rainer:

- "Der Begriff 'Gesellschaftsgefährlichkeit' im deutschen Strafrecht" en: K. Lüderssen, C. Nestler-Tremel y E. Weigend (Coord.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt del Meno, Peter Lang, 1990.

** Traducción del alemán por Orlando Humberto De La Vega Martinis.*

*** Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, profesor de la materia.*

[1] Los medios de regulación propios del derecho penal son las normas de conducta jurídico penal, las cuales se dirigen a todo destinatario del derecho y cuyo contenido reescribe la conducta que debe ser evitada. A su turno, la conducta que debe ser evitada está legalmente fijada en los tipos penales particulares. Los criterios de atribución de responsabilidad propios del derecho penal se encuentran en las normas de sanción jurídico penal, las cuales se dirigen a los operadores jurídicos y cuyo contenido nombra los presupuestos bajo los cuales el destinatario de una norma de conducta debe ser penado como consecuencia de su comportamiento defectuoso. Criterios de atribución de responsabilidad son las reglas de imputación de una conducta como injusta (imputación de primer nivel) y como culpable (imputación de segundo nivel). La finalidad regulativa de las normas de conducta jurídico penal es la protección de bienes jurídicos, con lo cual formas de comportamiento lesivas de bienes jurídicos deben ser omitidas. La finalidad regulativa de las normas de sanción jurídico penal es la afirmación de la vigencia fáctica de las normas de conducta jurídico penal. De esta forma, debe pensarse cada vez que el actor ponga de manifiesto con su conducta que, para él, la norma de conducta jurídico penal no vale, lo que tiene lugar cada vez que el actor no sigue la norma pese a que habría podido seguirla. De esta forma la pena tiene por objeto una protección mediata de bienes jurídicos en la medida en que mediante ella se afirma el reconocimiento de normas de conducta como razones efectivas para la acción.

[2] Al respecto, de forma resumida, véase Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, pág. 109-140.

[3] Al respecto véase Rawls, Philosophy and Public Affairs 14 (1985), 223 (239-244); respecto de otros elementos para un concepto personal de autor en derecho penal véase Kindhäuser, GA 1989, 493 (499 ss).

[4] Este reconocimiento no es de carácter fáctico, sino normativo. Pues el ser humano, en su condición de “zoon politikon”, no puede renunciar al mismo, de la misma forma en que tampoco puede renunciar a su corporeidad. Lo que sí puede es desatenderlo y apartarse del consenso social básico. Y eso es lo que hace el autor mediante el hecho punible, al tiempo que la pena lo trae de vuelta en la medida en que ella -modificando un poco una expresión de Hegel- lo honra como persona, esto es, lo continua reconociendo como sujeto libre y responsable, en lugar de clasificarlo y tratarlo como un suceso peligroso de la naturaleza. Acerca de derechos irrenunciables véase Robbers, JuS 1985, 925-931.

[5] Normativa en el sentido de un constructo teleológico derivado de reglas sociales constitutivas.

[6] Véase el art. 2, párrafo 4, del BayStGB de 1813.

[7] Véase al respecto Zaczyk, Der Begriff ‘Gesellschaftsgefährlichkeit’ im deutschen Strafrecht, pág. 113, 125 s.

[8] La introducción del concepto de bien jurídico se remonta históricamente a Birnbaum, Archiv des Criminalrechts 15 (1834), 149 ss.

[9] Para prevenir malentendidos agréguese que cada lesión de un bien jurídico individual

mediante un hecho punible es también, al mismo tiempo, socialmente dañina. Pues también, y justamente, la observancia de normas que protegen bienes jurídicos individuales pertenece a los presupuestos básicos de una comunidad jurídicamente ordenada.

[10] En este contexto solo es de relevancia la razón para la constitución de un bien jurídico. Que el titular concreto de un bien jurídico sea una persona natural o jurídica es algo que aquí carece de importancia. Así por ejemplo, la propiedad no pierde su carácter de bien jurídico por el solo hecho de que pueda corresponderle a una sociedad por acciones o al fisco.

[11] Principalmente Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, pág. 119 s.

[12] Para prevenir malentendidos agréguese que el aseguramiento de la capacidad funcional de un sistema debe diferenciarse claramente de la tarea del estado consistente en repeler los peligros que puedan originarse en ese sistema.

[13] Contrario a la opinión de Tiedemann (véase el mismo, *Dünnebier-FS*, pág. 519, 521), la cualidad del bien jurídico es independiente de su forma de protección. De allí que en el absolutamente hipotético evento en que mediante la obtención fraudulenta de un crédito se lesionara la economía de crédito, entonces es seguro que la lesión propia de una estafa “verdadera” con daño patrimonial según el § 263 StGB no sería menor a la lesión (carente de consecuencias) propia de la solicitud fraudulenta de crédito según el § 265b StGB.

[14] Por lo demás, con la estafa crediticia tampoco se protege la capacidad funcional de la economía de crédito, por ejemplo abarcando con ella la incriminación de negocios crediticios “poco saludables” entre el tomador y el dador del crédito. De esta forma, con el § 265b StGB solo se logró un drástico adelantamiento de la estafa mediante toma de créditos, es decir un delito cuyo contenido de injusto se encuentra muy por debajo del correspondiente a una tentativa de estafa.

[15] De allí que la realización de un riesgo en un daño pueda ser, justamente para la economía de crédito, un signo de capacidad funcional al dejar al descubierto la posibilidad de tomar libremente decisiones empresariales.

[16] Es decir, la economía de crédito solo puede ser lesionada mediante la estafa crediticia en la medida en que pierda sustento la confianza en que se observarán las normas que regulan la solicitud correcta de créditos. Ahora bien, cada quebrantamiento normativo menoscaba la confianza en las normas y, con ello, su vigencia cognitiva, pero esta última no debe ser confundida con el bien que debe ser protegido. Así, la prohibición del robo no protege la seguridad cognitiva de los paseantes vespertinos del parque y la prohibición del hurto mediante penetración en lugar habitado no exime de la instalación de costosos dispositivos de alarma. Detallado respecto de la confusión entre lesiones primarias de bienes jurídicos y pérdida secundaria de vigencia normativa véase Kindhäuser, *JR* 1990, 520 (522).

[17] La admisión de puestas en peligro abstracto en la protección de bienes jurídicos llevada a cabo en Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, pág. 277 ss, se sustenta en la idea de una auténtica lesividad de las puestas en peligro y no, como Herzog incorrectamente supone (véase el mismo, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, pág. 44 s), en la adopción de un derecho humano a la seguridad. La alusión a un derecho humano a la seguridad solo pretende aclarar que la búsqueda de seguridad resulta legítima tanto desde la perspectiva de la historia de las ciencias del espíritu como desde el derecho constitucional. Al respecto, en detalle, véase Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, *passim*.

[18] “Titular” significa aquí todo aquel que esté habilitado, de conformidad con el derecho, a servirse del bien para su libre desarrollo, es decir, no solo aquel en quien recaigan derechos subjetivos absolutos, sino también quien esté autorizado a su uso común, etc.

[19] Y con ello se hace referencia no solo a estándares objetivos, sino también a estándares

referidos al sujeto, como por ejemplo la licencia de conducción en su condición de presupuesto para la participación activa en el tráfico automotor. Un caso especial lo constituyen, sin duda alguna, los delitos que consisten en actos preparatorios -en buena medida irrelevantes en el derecho penal económico-, cuya peligrosidad radica únicamente en la referencia al contexto de planificación del autor (por ejemplo el § 267, párrafo 1, primera alternativa, o el § 316c, párrafo 3 StGB). A estos delitos se les critica que quebrantarían el principio “cogitationis poenam nemo patitur” y que serían difícilmente compatibles con el derecho penal propio del estado liberal de derecho; al respecto véase Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (756 ss); Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, pág. 310 ss, 347.

[20] Al respecto un sencillo ejemplo. Abstractamente peligroso es que un instrumento médico caiga al suelo. Pues un cirujano no puede, de lege artis, utilizar en una operación un instrumento si no es seguro que está esterilizado. En esta medida el instrumento solo carecerá de valor para la concreta operación en relación con la suposición (correcta o incorrecta) según la cual el mismo no está esterilizado.

[21] De lo contrario entraría también en acción el tipo de abuso del § 266 StGB.

[22] Por esta razón los simples incumplimientos contractuales no son jurídico penalmente relevantes, pues las partes del contrato asumen libremente los riesgos de su incumplimiento o de su cumplimiento erróneo. No obstante, si por ejemplo el autor -como sucede en la estafa- instrumentaliza mediante engaño a la víctima o si -como sucede en la administración patrimonial desleal- pone en marcha la facultad de administración que le ha sido confiada contrariando su fin original, entonces en esos casos el autor habrá despreciado también la libertad jurídicamente garantizada.

[23] La más completa y correcta información sobre el estado de la discusión la ofrece Graul, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, pág. 232 ss.

[24] Las sanciones adecuadas aquí serán las referidas al rol.