

EL DERECHO PENAL ECONÓMICO BRASILEÑO EN UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

DIEGO AUGUSTO BAYER¹ y THIAGO M. MINAGÉ²

Fecha de entrada: 23/06/2014.

Fecha de publicación: 16/07/2014.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo analizar la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal Económico, analizando los fundamentos y limitaciones de esta relación. Este es un tema de actualidad y bastante polémico, debido a la necesidad de la utilización del derecho penal en el ámbito de la economía. Así, el primer tema del trabajo se centra en la influencia que la globalización ha causado dentro de la Derecho Penal, y luego el análisis del Derecho Penal Económico en el marco del enfoque Penal y Constitucional y lo relativo al bien jurídico protegido. Al final, trataremos de analizar la constitucionalización actual de las ramas del derecho, esta corriente que está ganando más fuerza de la Constitución brasileña de 1988.

Palabras Claves: Constitución. Derecho Penal Económico. Globalización.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a aproximação entre o Direito Constitucional e o Direito Penal Econômico, analisando a fundamentação e a limitação desta relação. Trata-se de um tema atual e bastante controverso, em razão da necessidade da utilização do Direito Penal dentro da matéria econômica. Assim, no primeiro tópico do artigo se busca analisar as influências que a globalização vem causando dentro do Direito Penal, para então adentrarmos na análise do Direito Penal Econômico sob o foco Penal e Constitucional e qual o bem jurídico protegido. Ao final, buscou-se analisar a corrente da Constitucionalização dos ramos do Direito, corrente esta que vem ganhando cada vez mais força a partir da Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-Chaves: Constituição. Direito Penal Econômico. Globalização.

¹Alumno regular del Doctorado en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Experto en Derecho Penal (Uniasselvi/SC). Experto en Criminología (LFG). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en Facultad Católica de Santa Catarina. Profesor de postgrado en Derecho Penal y Procesal Penal de la IMED. Coordinador y uno de los autores de la obra *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*. (Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni). Abogado Criminal. Contacto: diego@bayer.adv.br.

²Maestría em Derecho por la UNESA/RJ. Especialización en Derecho Penal e Procesal Penal por la UGF/RJ. Docente en Especialización de Derecho Penal e Procesal Penal de la UCAM/RJ y de la UNESA/RJ. Coordinador de Posgrado lato sensu en Derecho Penal e Procesal Penal y de graduación en Derecho de la UNESA/RJ. Miembro de la AIDP – Asociación Internacional de Derecho Penal. Autor de la obra: *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição* – publicado pela Lumen Juris.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales. 2. La influencia de la globalización en el derecho penal. 3. La ley penal y el análisis económico al amparo de un derecho penal y constitucional. 4. Conclusión. 5. Referencias.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Desde las ideas de Cesare Beccaria hasta la actualidad, son numerosos los cambios que se han producido en los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. En base a los dictados de la teoría del contrato social de Rousseau, Beccaria entiende que el derecho penal debe intervenir sólo en forma mínima, y sólo respecto de los bienes jurídicos más relevantes³. Tal concepción se llamó Ley Penal Liberal⁴.

Sin embargo, el derecho penal contemporáneo se está utilizando como medio principal, convirtiéndose en el "protagonista" de las ramas del derecho y de la protección legal, incrementando sus gastos para cubrir diversas situaciones que no deberían ser parte de su tutela, en particular, los titularizados por la comunidad en la faz económica y social, el Derecho Penal económico.

A partir de esta comprensión, este artículo tiene como principal objetivo analizar el enfoque del derecho constitucional para legitimar la creación del Derecho Penal Económico, buscando en algunos paradigmas las necesidades de este nuevo enfoque, así como la visión clásica de la necesidad de la protección legal de los bienes pertinentes.

2. LA INFLUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Asimismo, no sólo el bien jurídico protegido por la ley penal se está modificando en los últimos años, sino también la visión de los derechos fundamentales, producto de los cambios de los sistemas de gobierno y de la creación de nuevas constituciones que también vinieron evolucionando y cambiando. En consecuencia, la libertad contenida en los derechos

³ MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011, p. 212.

⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 11ª edição, 2007, p. 34.

fundamentales ya no se corresponde con una liberación anárquica, sino en la auto-responsabilidad en las actividades económicas y sociales⁵.

Aunque la Ley Penal del Brasil hay recepta los llamados principios de intervención mínima, es decir, que el derecho penal debe aplicarse sólo cuando sea absolutamente necesario, manteniendo subsidiaria (para actuar como último recurso, ya que las sanciones son más drásticas y afectan bruscamente la libertad individual) y fragmentadas (el derecho penal interviene sólo cuando exige una lesión o peligro de lesión relevante e intolerable a la sala judicial), el sistema punitivo del Estado pretende, a menudo, dar una mayor protección a los delitos o contra el orden económico que a los delitos contra la vida⁶.

Para demostrar cómo funciona el sistema de justicia penal se ha maximizado, JORIO⁷ crea una tabla comparativa que muestra que se está creando una tendencia a castigar más severamente los delitos contra la propiedad que a los que atentan contra la vida, una de la más importantes protecciones legales, pero vamos a ver:

Crímen Patrimonial	Penalidad (Reclusión)	Otros crímenes	Penalidad (Reclusión)
Hurto Simple Apropiación indebida Receptación Simple	1 a 4 años	Secuestro (libertad individual)	1 a 3 años
Estelionato	1 a 5 años	Aborto consentido (vida) Lesiones Corporales grave (integridad física)	1 a 4 años 1 a 5 años
Hurto cualificado	2 a 8 años	Lesiones corporales gravísimas (integridad física) Tortura Simple – equivalente atroz (integridad física e moral)	2 a 8 años
Receptación	3 a 8 años	Tráfico de personas	3 a 8 años

⁵ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 203.

⁶ BATISTA, *op. cit.*, p. 37.

⁷ JORIO, Israel Domingos. *Latrocínio: a desconstrução de um dogma – da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 188.

cualificada		(costumbres)	
-------------	--	--------------	--

Es decir, la sustracción de algo ajeno sin violencia, recibe un castigo mayor que el secuestro y

o furto qualificado (igualmente desprovido de violência à pessoa), é punido mais duramente do que a lesão corporal grave e em intensidade idêntica à da lesão corporal gravíssima. Pior do que isso: o furto qualificado recebe apenamento idêntico àquele destinado à tortura, crime hediondo por equiparação. Finalmente, à receptação qualificada foram impostas as mesmas penas previstas para o tráfico de pessoas. Tal postura do legislador revela que, em matéria de 'contrabando', não há diferença se o objeto material do crime é um ser humano ou um bem material.⁸

Para ello, basta con observar que el ordenamiento penal brasileño posee una multitud de delitos contra la propiedad, con penas iguales o superiores a los delitos contra la vida que son tan o más dañinos porque afectan el marco jurídico más valioso, la vida. Una de las razones para explicar esta situación es la afirmación de que el derecho penal liberal era apropiado para un estado liberal que ya no existe, que necesitan para volver a calcular la nueva forma de los estados, es decir, los estados intervencionistas, que tienen la obligación de intervenir regulando positivamente la vida de la sociedad y las situaciones indeseables causadas por la supresión de los ciudadanos contra los efectos de la globalización, lo que garantiza la convivencia pacífica entre los ciudadanos.

En este punto, surge el conflicto de ideas contradictorias para armonizar la legislación penal con el sistema punitivo mínimo máximo del Estado. La razón más inmediata de esto sería la incertidumbre en relación con la percepción de los beneficios que se deriven directa o indirectamente, hace que el Estado para fomentar la explotación de la legislación penal a fin de garantizarlos.

En la actualidad, hemos tomado el Derecho Penal como medio de protección de los ciudadanos, lo que resulta en el sentido amplio como el alcance de la protección penal. Bueno, como expone SILVA SANCHEZ⁹, esta tendencia ha dado lugar a la creación de nuevos "*legal - penal real*", es decir, la creciente aumento del riesgo jurídicamente relevante, la aparición de

⁸ JORIO, *op. cit.*, p. 188.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

nuevos delitos y el agravamiento de los actuales, entre otros.

No se puede negar que, por otro lado, la idea de la despenalización de los delitos de bagatela perdió su razón de ser, como ha ocurrido tan insignificante en comparación con el movimiento inverso, el aumento de los delitos sean castigados.

Un factor clave para la expansión, sobre todo en relación con el Derecho Penal Económico, es la aparición de nuevos derechos y el aumento de valor que algunos de ellos tenían. Esto es debido, respectivamente, a la aparición de realidades previamente no existentes y realidades tradicionalmente abundantes de desintegración, lo que conduce a poner de relieve aspectos anteriormente irrelevantes¹⁰.

Se puede ilustrar, un primer caso, el de la delincuencia financiera, el uso de información privilegiada en los delitos contra el sistema financiero o el llamado fraude piramidal, cuyas consecuencias pueden ser abrumadoras, como en el caso Madoff (quien por medio de una maniobra fraudulenta, causaron pérdidas estimadas en \$ 50 mil millones en todo el mundo, incluyendo Brasil), y el segundo caso, el problema de la evasión de la seguridad social, que ahora se destaca debido a factores como el aumento de la esperanza de vida de la población mundial y la posible crisis de la seguridad social.

No podemos olvidar que la industrialización trajo un aumento en la creación de los riesgos, lo que refleja principalmente el pasivo, creando así la teoría del riesgo, que más tarde, en la sociedad post- industrial, BECK (*apud* SILVA SANCHEZ¹¹), denominó la "*sociedad del riesgo*", que entre sus características podemos citar el dominio tecnológico y económico inestable.

Esta visión de la sociedad del riesgo introdujo incertidumbre en la vida social, con una sociedad de la inseguridad. Esta incertidumbre es en dos dimensiones, la primera es la incapacidad para neutralizar a los nuevos riesgos, admitiendo sólo la distribución de los riesgos, y la segunda se refiere a la dependencia de los individuos entre sí, que se manifiesta

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 27.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002, p. 29.

en la necesidad de otros comportamientos positivos para garantizar ser un *"buen ciudadano"*, causando *"al otro a menudo demuestra con precisión y, sobre todo, como un riesgo"* ¹².

Esta segunda dimensión se percibe en los delitos de orden fiscal, donde se analiza que la persona que no paga el impuesto o contribución, o hacerlo lo menos, no contribuiría a los ingresos fiscales que se utiliza para apoyar las actividades relacionados con las necesidades sociales, hiriendo así a cada persona en la sociedad que podría beneficiarse.

Lo que ha sucedido es que esta institucionalización de la inseguridad ha hecho que los riesgos subjetivos sean mayores que los realmente existentes ¹³, lo que hace más fácil que la victimización invada el espacio democrático, lo que es hecho de forma extraordinaria por los medios de comunicación. Esta idea que trajo el fenómeno de la victimización en el Derecho Penal, ocasionó se pase de la Carta Magna del delincuente a la Carta Magna de la víctima ¹⁴.

Esta nueva política de expansión de los bienes protegidos por el Derecho penal ha creado una reacción en contra de la delincuencia de gran alcance. La razón principal para que este fenómeno pase a cubrir la protección penal de orden económico y financiero es precisamente el modelo del Estado de bienestar, que se preocupa por el bienestar de sus ciudadanos, que, junto con el desarrollo de la actividad financiera y la intervención del Estado, han hecho surgir el llamado fenómeno de la delincuencia económica.

En base a este análisis, el Derecho Penal Económico tiene estas dos últimas características mencionadas. En primer lugar, que opera en la victimización debido a los daños que causa, la mayoría de las veces, con efectos económicos y sociales. En segundo lugar, debido a que estos delitos suelen ser cometidos por personas que buscan un mayor rendimiento, es decir, como las empresas, los inversores y los grandes conglomerados financieros, estas violaciones no siempre se borran.

La idea de que endurecer las leyes garantizará la seguridad, conduce a la aversión de los principios y elementos característicos del Derecho Penal clásico: los valores de trato y de acuerdo con los valores comunes a través de procedimientos formales, en busca de una

¹² KINDHAUSER, 1992, *apud* SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 32.

¹³ HERZOG, 1990, *apud* SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 51.

solución real a los problemas¹⁵. Estos aspectos son impulsados por la globalización económica y la integración supranacional, que funcionan como catalizadores de una tendencia arraigada en la Ley Penal del Brasil, que es *"una demolición de la teoría conceptual del edificio de la delincuencia, así como las garantías del derecho procesal y sustantivo Criminal"*¹⁶.

La globalización está haciendo que el Derecho Penal acentúe la lucha contra la delincuencia económica, el crimen organizado y la corrupción. En cuanto a la lucha contra la delincuencia económica en un sentido amplio, significa que los criminalistas han reflejado la primera hora de algo diferente del paradigma clásico, es decir, un castigo pronto para delinquentes poderosos, no regulado y no suficientemente dogmático.

Sin embargo, este nuevo modelo de Derecho Penal Económico no alcanza la ley penal en su conjunto. En este sentido, Silva Sánchez expone dos alternativas: o la sectorialización afecta a las normas de la parte general del derecho penal, o se supone que debido a la fuerza de atracción del nuevo delito, las modalidades clásicas de la delincuencia debe reflejar el cambio¹⁷.

Lo que se ha demostrado, tanto por la ley y la doctrina que se ha adoptado es el primer modelo, que será discutido en este artículo, sobre la base de la distinción con que son tratados antes de los crímenes previstos en el derecho penal clásico y los crímenes que hoy conforman el derecho penal moderno. Los delitos se diferencian en las plumas, en cuanto a las reglas de asignación, de las salas judiciales de bienes delictivos.

El derecho penal económico y empresarial no se refiere a un Derecho Penal existente, sino con una ley penal con un objeto que protege su propia naturaleza peculiar, y donde el derecho penal clásico no estaba preocupado.

Estos delitos crean efectos inmateriales criminológicos que son potencialmente más perjudiciales, aunque no tan violentos como una regla, conocida por la Ley Penal clásica. Para Cinthia Rodrigues Menescal Palhares¹⁸ la penalización de los delitos económicos plantea

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002, p. 69.

¹⁶ Ibid, p. 75.

¹⁷ Ibid., p. 84.

¹⁸ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos políticos das sanções penais econômicas no Direito Brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). *Inovações no direito penal*

preguntas con referencia a los peculiares principios constitucionales penales en la misma estructuración de los tipos penales incriminatorios.

Con la expansión de la legislatura de su ámbito de actuación, que hasta ahora sólo requiere algunos cambios o correcciones en los institutos penales tradicionales progresivamente se alejó de que, en la historia, se formó el núcleo de la ley penal, lo que resulta en una situación tensa cuando se trata sobresalir por sobre los nuevos delitos económicos de los principios generales de los delitos tradicionales.

Como ya se ha señalado, una de las características de la expansión es aumentar y crear nuevos delitos. Dependiendo de Martínez-Buján Pérez¹⁹, en relación con esto, hay tres instrumentos técnicos que representan el derecho penal moderno, a saber: la protección jurídica universal de la propiedad, el uso de la técnica de los delitos de peligro y la construcción de los crímenes sin víctimas o víctimas no definidas.

En oposición a esta construcción está la Escuela de Frankfurt, quienes critican, basados en la premisa de que el marco jurídico - penal no es más individualista, el alcance del objeto del derecho penal. Tales estudiosos se valen del argumento de que la expansión implica el sacrificio de las garantías esenciales del imperio de la ley, por lo que para evitar este proceso, el derecho penal tradicional debe reducir su objeto a lo que HASSEMER²⁰ llama "*Derecho Penal nuclear*". Como argumento para combatir las ideas de Frankfurt se ha dicho que, al adoptar esta visión, se corre el riesgo de convertir el Derecho Penal en la disciplina funcionalista que finalmente incurra en sintetizar peculiaridades y simplificaciones.

El derecho penal no puede basarse en un pensamiento puramente individualista de ataque y defensa que amenazan a los bienes jurídicos estrictamente individuales. Las razones de esta afirmación son diversas y van desde el modelo de un Estado dominante, a través del marco de la globalización de la cuestión clasista. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la tendencia muestra de ninguna manera una penalización fugitiva, dado que la cuestión

econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Ideal, 2011, p. 154.

¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delimitation conceptual del derecho penal econômico; Legitimidad de la intervention penal: Especial referencia a la cuestion Del bien jurídico protegido.. In __. *Derecho penal econômico y de La empresa. Parte General*. 2^a Ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2007, p. 76.

²⁰ 1992, *apud* MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 77.

de la legitimidad jurídica es exactamente lo que merece o no este tipo de intervención.

Si, por un lado, es posible que los delitos económicos tengan en cuenta la estructura de los mismos delitos clásicos, por otro, no se puede aplicar sin crítica y sin modificaciones. Es necesario para dar cabida a los principios tradicionales tener en cuenta las características de los nuevos delitos con cuestiones relacionadas a la causa de los resultados, el engaño y la responsabilidad penal de las empresas de carga.

El derecho penal moderno se ha construido bajo la égida de la concepción liberal de la propiedad, por lo que era el punto esencial de la lucha contra la nocividad social cuyo principal medio fue la Ley Penal. Sin embargo, la visión retratada espató control penal sobre la adquisición y el uso de la propiedad. Es sobre esta premisa de que la nueva penalización, el derecho penal debe actuar también en el uso de la propiedad privada, con el fin de optimizar los beneficios del sistema económico²¹.

3. LA LEY PENAL Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO AL AMPARO DE UN DERECHO PENAL Y CONSTITUCIONAL

Los cambios en la legislación penal sobre la base de la globalización y la evolución del derecho, se traza como un punto de partida para el análisis del derecho penal y constitucional y del derecho económico, que actúa como una base empírica y como el vínculo con la realidad²². La importancia de su estudio pone de relieve la medida en que actúa como el fundamento y los límites de la protección penal de los valores fundamentales de la sociedad, por tanto encaja en un enfoque contextualizado con el derecho penal económico, así como centrado en la cuestión constitucional, el modelo de estado y las metas instituto.

Acerca de los bienes jurídicos, Edmundo S. Hendler²³ expone que

En el terreno de la dogmática jurídico-penal la cuestión de la definición y deslinde de los delitos económicos está,

²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de La clase alta. In _____. *Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 21.

²² PRADO. Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 21.

²³ HENDLER, Edmundo S. Una aproximación al tema de los delitos económicos, p. 271-276, en SILVA FRANCO, Alberto & NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas Essenciais Direito Penal, Vol. I*. São Paulo, RT, 2010, p. 271.

fundamentalmente, hoy en día, centrada alrededor de concepto de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Se trata de un objeto de tutela jurídica caracterizado por su naturaleza complementaria. Al decir de Bustos Ramírez, mientras que los bienes jurídicos individuales están en las bases mismas de existencia del sistema social, aquéllos operarían con relación a su funcionamiento. En la misma categoría complementaria estarían los que tutelan las instituciones y los que atienden a un estricto control. Lo que está en juego con esa noción de bienes jurídicos, que Bustos Ramírez prefiere designar con colectivos antes que supraindividuales, son las necesidades de carácter social y económico o, dicho en otras palabras, la participación de todos en el proceso económico-social.

Raul Cervini²⁴ nos expone que

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

Mientras que los intereses de contenido económico, por un lado, siempre están referidos a un titular determinado, la economía, en cambio, concierne al "*régimen económico de la comunidad*" y de esa discriminación es de donde puede deducirse el deslinde de los delitos económicos. También se puede decir, siguiendo a otro autor, que se trata de la tutela del orden económico estatal en su conjunto o bien el flujo de la economía en su organicidad de lo que sería sinónimo, en definitiva, la economía nacional. O, si se quiere, la protección de intereses económicos de tipo colectivo social.

Bajo una perspectiva bastante diferente, como es la que suelen emplear los autores anglosajones, se encuentra una aproximación semejante. En el trabajo ya clásico de Stanford

²⁴ CERVINI, Raul. Derecho Penal Económico - Concepto y Bien Jurídico, p. 519-535, en SILVA FRANCO, Alberto & NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas Essenciais Direito Penal, Vol. I*. São Paulo, RT, 2010, p. 519.

Kadish²⁵ sobre el empleo de sanciones penales para la imposición de reglamentaciones legales de la economía, se señala como una de las características más importantes de las leyes que así lo hacen, lo es el propósito de "*proteger el orden económico de la comunidad*". Pero esta noción tiene una sustancia problemática: la de su escasa utilidad para la función que siempre ha desempeñado el concepto de bien jurídico, es decir, la de servir como instancia crítica y de delimitación de los tipos penales.

Otra distinción se refiere a bienes jurídicos inmediatos y mediatos. El incumplimiento de éstas por parte del sujeto activo de la conducta se erige como una parte esencial de los objetivos de cualquier tipo, ya sea que lo incorpora. Ya lo mediato legal no se incorpora en el tipo de forma que el intérprete no es el caso se refiere a la violación del derecho, jugando un derecho penal mucho más modesto²⁶.

En principio, se puede pensar que el orden económico es un derecho legalmente protegido, pero algunas consideraciones deben hacerse en consecuencia. Incluso los que admiten como tal creen que esto sólo sería posible en la medida en que el orden económico se vea como el establecimiento de un interés jurídico concreto del Estado, diferente en cada delito en particular. De esta consideración se deduce que, para una correcta comprensión del marco jurídico de los delitos contra la economía, es necesario diferenciar lo mediato jurídico, patrimonio colectivo institucionalizado, construido por orden económico general que se puede subdividir de acuerdo a su función legal inmediata, también de interés general que está directamente subordinado²⁷.

MUÑOZ CONDE²⁸ señala que el orden económico en sentido estricto u orden público económico se debe distinguir claramente del orden socioeconómico. El primero, nos dice, se vincula exclusivamente a la actividad del Estado como director e interventor de la economía. Se refiere a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía y a la

²⁵ KADISH, Stanford H.. *Some observations on the use of criminal sanctions. in enforcing economic regulations.* University of Chicago Law Review, vol., 30, 1973, § 3, pp. 423-449.

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de La clase alta. In _____. *Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio.* Madri: Tecnos, 2002, p. 159-161.

²⁷ Ibid., p. 174-175.

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en honor al Prof. Klauss Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995. p. 267.

tutela de los intereses patrimoniales individuales; el segundo trasciende su esfera de protección fundamentalmente a los intereses colectivos supraindividuales.

De lo que se ha dicho más arriba, parece que el orden económico no puede ser calificado como inmediato, sino sólo como mediato²⁹. Por lo tanto, hay delitos que distinguen fácilmente lo inmediato de lo mediato y otros en los que el límite está casi diluido.

Esta distinción se hizo originalmente por autores alemanes y fue aplicada por la doctrina española en delitos peligro abstracto para justificar la protección de la propiedad intangible. Como los delitos de peligro abstracto no son suficientes para dañar lo inmaterial legal, ya que un comportamiento individual simple no es suficiente para una técnica de dicha clasificación se recurre al uso de un bien con una función representativa³⁰. Esto también es lo que queda herido por el comportamiento individual, pero esto se atribuye a la nocividad inmaterial inmediatamente protegido.

Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³¹ la misma lógica se puede aplicar a los delitos económicos y citando a Montañés Rodríguez, los diseños, incluso para delitos contra la Hacienda Pública, entendiéndose que éstos protegen inmediatamente las estructuras básicas de la vida económica. Por lo tanto, a través de tubos de hormigón que, aunque individualmente no causan lesiones, podrían llegar a hacerlo por la repetición³². Por ejemplo, el patrimonio jurídico podría mediar en el buen funcionamiento del contexto económico en el fiscal y la equidad sería el representante inmediato del gobierno, golpeado por evasión de impuestos.

Mister que haga esa distinción acerca de los derechos legales sirve para comprobar la legitimidad del Estado en el ejercicio del *jus puniendi* en tales delitos. En este sentido cabe destacar que a diferencia de los derechos legales tradicionales, las salas modernamente legales no se ven afectados por la lesión tan sólo, sino también por el riesgo de lesiones. Considerar

²⁹ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 173.

³⁰ MONTAÑÉS, 1994, *apud* SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 174.

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delimitación conceptual del derecho penal económico; Legitimidad de la intervención penal: Especial referencia a la cuestión Del bien jurídico protegido.. *In*__. **Derecho penal económico y de La empresa. Parte General.** 2^a Ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2007, p. 175.

³² MONTAÑÉS, 1994, *apud* SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de La clase alta. *In*__. **Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio.** Madri: Tecnos, 2002, p. 175.

esta diferencia significa renunciar extracción excesiva que impida su lesión efectiva³³.

De lo anterior, podemos enumerar algunas de las características definitorias de los intereses jurídicos colectivos, siendo el primero de su propiedad, es decir, es compartida por toda la sociedad, sería más una consecuencia de la función de distinción cumplimiento de estos productos, en comparación con el individuo. La ineficiencia falta manifiesta de consentimiento legal penal a la lesión o del peligro en que se someten a tales bienes. La indivisibilidad es la imposibilidad numérica y objetiva de dividir el conjunto en partes de los intereses individuales, como los delitos de consumo³⁴.

Por lo tanto, lo que se observa es que, bajo el punto de vista punitivo y dogmático, el derecho legal de los delitos económicos debe partir del concepto de derecho penal moderno, teniendo en cuenta las cualidades de su nuevo objeto, pero sin dejar de lado los principios básicos que guían al Derecho Penal.

En un análisis constitucional, la protección constitucional de los límites legales trae el código penal a este punto analizado, ya que la Constitución es la parte superior de la pirámide normativa de decisiones bajo la protección constitucional, implica la celebración de juicio de valor positivo acerca de un objeto o situación, y su par de relevancia social para el desarrollo humano³⁵ en particular. Límite, porque una de las principales funciones de la legal - penal es la búsqueda por limitar el poder del Estado para castigar³⁶.

Por lo tanto, el concepto de bien jurídico siempre debe analizar el modelo adoptado por el Estado, la noción moderna de Derecho, Democrático y Social. El estado de derecho es el que se originó en el positivismo jurídico, instalándose en una interpretación estricta de la ley. La idea de un Estado democrático se centra en el gobierno con legitimidad democrática, el sufragio universal, el debate político y las asambleas representativas. La incorporación del

³³ GUIMARÃES, Sávio Rodrigues. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.) *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011, p. 356.

³⁴ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 188-190.

³⁵ PRADO. Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 87.

³⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. 1a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 48.

concepto de la democracia a los principios fundamentales del Estado de derecho genera la participación en la elección de los valores supremos del ordenamiento jurídico. En la secuencia, el estado de bienestar pasa por una ampliación y profundización de los valores supremos protegidos por el Estado. La integración de estos resultados al sistema legal reflejará la cohesión entre los requisitos y garantías del Estado de derecho que dan cobijo a los requisitos materiales del Estado de bienestar³⁷.

Con el propósito de una intervención para apoyar el logro de los derechos de distribución y de asistencia social, el reconocimiento de los derechos sociales y económicos por el constitucionalismo moderno deja de ser objeto de derecho administrativo y la sanción estará protegida por la ley penal, que asume el papel de conseguir los valores constitucionales. Por lo tanto, la funcionalización del Código Penal ha sido diseñada con el propósito de dar mayor eficacia contra los delitos que atentan contra el sistema tributario, el medio ambiente y las relaciones de consumo.

Sin embargo, hay algunas condiciones para la existencia de responsabilidades comunes, como la libertad, la vida, la propiedad, lo que llamamos legal y constitucional³⁸. Además de éstos hay una necesidad real para asegurar, entre otras cosas mediante el derecho penal, el cumplimiento de la prestación de carácter público que depende de la persona dentro de la asistencia social. Negar este efecto significaría enfrentarse a los derechos y garantías constitucionales de los bienes jurídicos.

La doctrina y la jurisprudencia es pacífica respecto de que los bienes jurídicos que merecen ser protegidos por la ley penal son las que se consideran esenciales para el desarrollo del ser humano y la vida en sociedad. Si, por un lado, esta protección no puede ignorar la realidad social en la que se inserta el valor, por otro, no se puede olvidar que la Constitución estará integrada por el paradigma mínimo para dicha protección.

En este sentido, tenemos, por ejemplo, art. 18, inciso 2 de la Constitución portuguesa, que establece que *"la ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, las restricciones se limitarán a lo*

³⁷ MORENOS, 2002, *apud* PRADO, *op. cit.*, p. 78.

³⁸ PRADO, *op. cit.*, p. 105.

estrictamente necesario para salvaguardar otros derechos o intereses protegidos por la Constitución".

Por lo tanto, la ley penal define lo que merece protección a través de los principios penales, que son, en su mayor parte, la Carta Magna, de manera explícita o implícita.

Mirando desde el punto de vista constitucional, no está en el primer plano del sistema tributario la llamada Constitución Económica, cuyos principios se recogen en el Título VI - Fiscalidad y Presupuesto, de la Constitución Federal. Las normas y postulados que inserta guían la actividad de los impuestos estatales y proporcionan los recursos necesarios para desarrollar la actividad que satisfaga las necesidades sociales a través de la política fiscal. Por lo tanto, la legitimidad constitucional al Código Penal es el hecho de que los fondos recaudados se destinan a garantizar la función esencial del Estado social y democrático de derecho³⁹.

Lo Título VII de la Constitución protege el Orden Económico y Financiero. Con este bien jurídico protegido, el Orden económico sólo puede entenderse en el sentido estricto, ya que una sola regulación legal de las disciplinas no puede ser un elemento de competencia desleal. Por lo tanto, debemos entender el orden económico como la intervención del Estado en la economía⁴⁰. En algunos casos, la ley más alta fue aún más específica, ya que el delito de abuso de poder económico es base directa en la Constitución, art. 173, § 4.

A medida que el orden financiero, el Sistema Financiero Nacional *"tiene como objetivo generar y mediar créditos (y el empleo), estimular la inversión, mejorar los mecanismos de financiación de las empresas, lo que garantiza el ahorro popular y los inversores de renta variable, conciliar el crecimiento con estabilidad económica y reducir las desigualdades, garantizar buena gestión de la política económica y financiera del Estado, con miras a un desarrollo equilibrado en el país"*, se instruyó en el art. 192 de la Constitución Federal, Capítulo IV⁴¹.

Aunque en este trabajo se centra en los delitos cuya tutela tiene disposición

³⁹ PRADO. Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 3a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 265-266..

⁴⁰ Ibid, p. 41.

⁴¹ PRADO. Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 212.

constitucional, no se puede olvidar que la legislación constitucional sobre asuntos de Derecho Penal abarca los delitos económicos de lavado de dinero, delitos contra el mercado financiero, el contrabando y malversación de fondos, entre otros.

Concluimos, pues, que la inclusión del orden tributario en el texto constitucional no se aparta de las ideas contrarias a irrelevancia de la materia, ya que la Constitución protege los aspectos relevantes del Estado, razón por la cual se justifica la intervención del Derecho penal en cuanto al bien jurídico "orden económico y tributario". La pregunta que surge, entonces, sería cuánta debe ser la "suficiencia" de la inclusión para la configuración de la dignidad penal de los bienes jurídicos tutelados, debido a la constitucionalización del Derecho Penal Económico.

Lo que ocurre es que la "suficiencia" está relacionada con la legitimidad del código penal de la Constitución. Savio Guimarães Rodrigues⁴² sostiene que incluso después de la recepción de dichos bienes en la Carta Política del Estado, no se puede hablar de imposición de la penalización. Para demostrar este concepto, se utiliza como ejemplo de un Derecho Penal Económico cuyo objeto se halla protegido por la Constitución, el art. 173, § 4, que prevee:

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Sin duda, la protección constitucional se halla prevista para el abuso del poder económico, sin embargo, lo que se cuestiona es si esta predicción sólo sea suficiente para justificar un código penal y la legislatura estaría obligada a hacerlo. Para este análisis, se utilizan dos conceptos elaborados por Maria da Conceição Ferreira da Cunha⁴³, a saber, la dignidad de daño criminal y social, que para justificar un papel positivo del legislador debe estar presente al mismo tiempo.

El primero nos muestra la protección constitucional del derecho legal, que confiere

⁴² GUIMARÃES, Sávio Rodrigues. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.) *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011, p. 349.

⁴³ CUNHA, Maria da Conceição ferreira da. *Constituição e crime - Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora Coimbra, 1995, p. 141.

la dignidad y el criminal. En este primer requisito, como se ha señalado, el abuso del poder económico hace bien. La pregunta es si será suficiente para que la legislatura criminalice la conducta. Para el análisis, se tiene la respuesta negativa, porque si lo hubiera, estaríamos llevados a tipificar una serie de comportamientos perjudiciales no sólo por ser determinados bienes constitucionalmente protegidos.

Entonces entramos en el segundo concepto, el de daño social. Cuando a pesar del papel fundamental del derecho legal a tener un efecto protector y no acusatorio, necesidad, sobre la base de todo el estudio en este artículo, analizar el daño o amenaza de daño a la ley de propiedad, para ver qué tanto afecta a la sociedad, y sólo entonces podría ser penalizado en Derecho Penal Económico.

4. CONCLUSIÓN

Se observa que la globalización y la modernidad han influido constantemente las acciones de la ley penal, especialmente en lo referente a los asuntos económicos y comerciales. Las discusiones acerca de si o no la intervención del derecho penal en el ámbito económico y empresarial han perdido la frecuencia, ya que las pérdidas son crímenes grandes e interconectados que involucran estas disciplinas. Sin embargo, varios nuevos delitos y los riesgos han surgido haciendo que crezca aún más la intervención del Estado en el contexto del presente asunto.

Para tratar de remediar esta situación, la ley penal ha sufrido algunos cambios, no hacer frente a las peculiaridades sobre la protección de los activos individuales de la misma forma que los bienes colectivos, pasando los separa y los individualiza, mientras que la aplicación de todas las los principios generales a los dos bienes. Por lo tanto, ha habido muchos nuevos institutos, dedicado al Derecho Penal Económico.

Después de examinar el punto de vista penal, económico, así como el punto de vista constitucional, se encontró que, independientemente de la rama, en este caso la tarea legal es proporcionar apoyo a la aplicación del código penal. La multa se presenta como el límite legal para inicio y adecuación, y terminando *jus puniendi* del Estado que coarte. Las principales diferencias con el Derecho Penal tradicional, parece ser que el objeto de protección ya no son los activos individuales, sino que se convierte en el colectivo puede ser mediata o

inmediatamente. También se observó que la mayoría de los asuntos penales tiene sus previsiones económicas y su legitimación garantida bajo el sesgo de la Constitución Federal.

Por parte del criminal bloqueo económico no constante en la Carta Magna se rodea los debates sobre la necesidad de la adecuación legal y social. El papel de este último será proporcionar armonía entre la Constitución y el criminal bloqueo económico, otorgando legitimidad a su aplicación.

REFERENCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 11ª edição, 2007. 176 p.
- CERVINI, Raul. Derecho Penal Económico - Concepto y Bien Jurídico, p. 519-535, en SILVA FRANCO, Alberto & NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas Essenciais Direito Penal, Vol. I*. São Paulo, RT, 2010.
- CUNHA, Maria da Conceição ferreira da. *Constituição e crime - Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora Coimbra, 1995. 451 p.
- HENDLER, Edmundo S. Una aproximación al tema de los delitos económicos, p. 271-276, en SILVA FRANCO, Alberto & NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas Essenciais Direito Penal, Vol. I*. São Paulo, RT, 2010.
- JORIO, Israel Domingos. *Latrocínio: a desconstrução de um dogma – da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- KADISH, Stanford H.. *Some observations on the use of criminal sanctions. in enforcing economic regulations*. University of Chicago Law Review, vol., 30, 1973, § 3, pp. 423-449.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011. 384 p.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delimitation conceptual del derecho penal económico; Legitimidad de la intervention penal: Especial referencia a la cuestion Del bien jurídico protegido.. In: *Derecho penal econômico y de La empresa. Parte General*. 2ª Ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2007, p. 71-94; 151-225.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en honor al Prof. Klauss Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995. p. 267.
- PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos políticos das sanções penais econômicas no Direito Brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011. 384 p.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. 159 p.
- PRADO. Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. 120 p.
- _____. *Direito Penal Econômico*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 400 p.
- RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011. 384 p.
- RODRIGUES, Sávio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.) *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011. 384 p.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de La clase alta. In: *Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 13-40.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002.