

# **Un enfoque histórico al Derecho Penal Económico y Financiero**

John A.E. Vervaele<sup>1</sup>

## **Estado vigilante nocturno y codificación del Derecho Penal común y especial**

Se podría afirmar que el Derecho Penal Económico y Financiero es tan viejo como la humanidad. La regulación estatal de la actividad económica a través de la legislación del Derecho Público, incluyendo tipos penales económicos, no es nada nuevo. En todos los tiempos ha existido la necesidad de proteger la cesta básica de alimentos y de proteger contra la falsificación de monedas de oro y plata y/o otros medios de pago. Los emperadores romanos utilizaron, efectivamente, en parte, las sanciones económicas para mantener los precios fijos de los productos básicos como garantía, ya sea en tiempos de crisis (como en el estallido de la peste), como contra la especulación de precios. Las multas, la exclusión e incluso la pena de muerte se aplicaban como sanciones. En la Edad Media las ciudades usaban regulaciones con disposiciones penales para garantizar la calidad de los alimentos y luchar contra el fraude. También el peso de la carne aumentaba significativamente mediante la adición de agua y agentes fijadores de agua <sup>2</sup>.

---

1 Profesor de Derecho Penal Europeo y Derecho Económico, Utrecht School of Law.

2 P.A. Huidekoper, *Hantering van het economisch strafrecht in Nederland*, 1.(Manejo del derecho penal económico en el País Bajo).

Sin embargo, sería un error considerar el Derecho Penal Económico y Financiero como un concepto universal, que se presenta en todas las sociedades y en todas los tiempos. El Derecho Penal como lo conocemos hoy en el mundo occidental, siendo parte del Derecho Público, en realidad solo se ha desarrollado en los tiempos modernos y se ha configurado en la Ilustración y en el proceso de codificación. Antes de ese tiempo, la represión, era a menudo una expresión del poder soberano del príncipe o emperador, o tenía un carácter más de Derecho Privado, vinculada a las corporaciones, las sociedades, las relaciones de la tenencia de tierra, etc. El Derecho Penal antes de la Revolución Francesa de 1789 carecía de sistematización y de estructura. Los primeros paquetes de normas de Derecho Penal y Procesal Penal, como la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 para el Sacro Imperio Romano de Carlos V<sup>3</sup> o la *Ordonnance Criminelle* francesa de 1670 en el reinado de Luis XIV<sup>4</sup>, no contienen todavía una parte general del Derecho Penal (procesal) y tampoco se hablaba de principios generales del derecho, como por ejemplo el principio de la legalidad.

Paralelamente a la formación de los estados-nación modernos, desde el siglo XVI, surge una necesidad creciente de remodelar el Derecho Penal que estaba fragmentado en un conjunto coherente, en una codificación, iniciativa que tiene éxito sólo por etapas y que se demorará hasta el final del siglo XVIII para finalizar este proceso de codificación. Tampoco en la República de los Países Bajos Unidos (1580-1798), la declaración de independencia en el Acta de abjuración (1581), tras la Unión de Utrecht (1579), significa todavía que, la sustitución del ejercicio de la venganza privada por un derecho penal de carácter público, se realice bajo una codificación única. El derecho penal sigue basándose en diversas fuentes de derecho y carece de sistematicidad y de coherencia.

---

3 Ver:[http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:De\\_Constitutio\\_criminalis\\_Carolina\\_\(1577\)](http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:De_Constitutio_criminalis_Carolina_(1577))

4 Ver: [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/ordonnance\\_criminelle\\_de\\_1670.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm)

En el siglo XVIII, la Ilustración representa también la resistencia al Antiguo Régimen y al carácter arbitrario de la acción represiva de las autoridades. Como reacción al estado policiaco absolutista, la idea de un Estado de Derecho se vuelve dominante a finales del siglo XVIII y principios del XIX. La racionalidad de la Ilustración y la influencia de la ley natural y de la razón<sup>5</sup>, hacen sentir su influencia. Los escritos de Bentham, Voltaire, Beccaria, Montesquieu y Feuerbach<sup>6</sup> también resuenan en Europa y algo más tarde en las Américas. Para Bentham, el padre intelectual de la idea de la codificación, el Estado es la única fuente legítima de autoridad de la violencia pública. El Estado tiene el monopolio del derecho de castigar (*ius puniendi*) y asegurar así el bienestar público. El orden jurídico no se basa más en la ley metafísica o natural derivado de fuentes religiosas, sino en la razón humana y la racionalidad. La *Declaración francesa de los derechos humanos y de los ciudadanos* de 1789 consolida el concepto de Estado de Derecho y sus principios generales del Derecho Penal, incluso el principio de legalidad del Derecho Penal<sup>7</sup>.

El resultado es que en todos los países europeos están tratando de llegar a una codificación de inspiración racionalista, basada en la igualdad de todos los ciudadanos y la uniformidad transparente. El concepto de codificación se consagra también en las constituciones de los estados-nación. Los privilegios penales estatales de las corporaciones se han suprimido y el castigo arbitrario es reemplazado por sanciones estrictamente legales, matemáticamente prescritas en la ley, dejando poca discrecionalidad a los jueces penales. Montesquieu considera que el juez

---

5 G.A. van Hamel (retrabajado por Dijk J.V.), *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Belinfante, 1927, 67 (Introducción al estudio del derecho penal del País Bajo)

6 Ver: C. Beccaria. *Dei Delitti e delle Pene*, 1764; Ch. Montesquieu. *L'Esprit des Lois*, in *Œuvres Complètes*, Parijs, 1951; A. Feuerbach. *Anti-Hobbes*, Giessen, 1797/ 1808, & A. Feuerbach, *Betrachtungen über den Geist des Code Napoléon und dessen Verhältnis zur Gesetzgebung und Verfassung deutscher Staaten überhaupt und Bayerns insbesondere*, 1808.

7 Ver <http://www.syti.net/DDH.html>

es *la bouche de la loi*, aplica la ley y nada más. La política legislativa penal nació y está estrictamente ligada a la idea del Estado de Derecho: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. El código legal revolucionario francés de Lepeletie de 1791<sup>8</sup> es un ejemplo claro de ello..

El proceso de codificación de principios del siglo XIX es interesante por tres razones para el desarrollo del Derecho Penal Económico y Financiero:

***a. Distinción legal formal entre el derecho penal común y el derecho penal especial***

Inicialmente la intención era codificar todo el derecho penal e integrarlo en un código, pero rápidamente resulta imposible de realizar e innecesario. El proceso de codificación resulta involucrado en una distinción jurídica formal entre el derecho penal común y el especial. El derecho penal especial se ve desde esta óptica como la parte del derecho penal que no está incluido en el Código Penal, pero que se articula en leyes especiales. Este enfoque se encuentra por ejemplo todavía en su forma actualizada en el artículo 107 de la Constitución holandesa vigente: “La ley regula el (...) derecho penal (...) en los códigos penales generales, salvo la facultad de regular ciertas materias en leyes separadas”.

Todos los países de Europa continental han optado por esta estructura dual, que recibió fundamentos teóricos y fue realizado por Feuerbach, quien es el padre del Código Penal de Baviera (*Kriminalrecht*) de 1813. El Código Penal sanciona solamente actos que dañan el ejercicio de la libertad de otro de acuerdo con el concepto kantiano. Las transgresiones que no contienen una violación a este ejercicio de la libertad, las define como infracciones de policía (derecho penal de policía) y estas se rigen por leyes especiales. La idea de fondo de esto la encontramos también en la distinción hecha por nuestros legisladores entre delito e infracción.

---

<sup>8</sup> Ver <http://www.syti.net/DDH.html> para el texto.

### ***b. Diferencia de contenido entre el derecho penal común y el especial***

De lo anterior, parece claro que el legislador está en la búsqueda de una diferencia substancial entre las acciones punibles que lesionan bienes jurídicos (a menudo delitos) y las que son para proteger el orden público (a menudo infracciones). Al inicio del siglo XIX, la distinción entre el derecho penal común y el especial está basado en la distinción entre delitos de derecho (*mala in se*) y delitos legales (*mala prohibita*). Los delitos de derecho están relacionados con comportamientos, que cada uno entiende como ilegítimos, incluso en el caso de que la ley no los mencione mientras los delitos legales se refieren a comportamientos declarados como punibles<sup>9</sup>. Los delitos de derecho reflejan la protección a nuestros bienes jurídicos más esenciales como la vida, la propiedad, etc. Esta distinción se remonta a la ley natural. Para los delitos de derecho, el derecho al castigo corporal, como se llamaba en este entonces el derecho penal, era de aplicación.

Sin embargo, esta distinción debe ser relativizada. De hecho, el entonces derecho penal especial consta no solamente de delitos u omisiones menores que son consideradas como infracciones (de policía), pues hay áreas especializadas del derecho penal particular, que son fuertemente vinculadas a tareas esenciales de los Estados nacionales emergentes, como la política económica o la defensa y, por tanto, ya en el siglo XIX tienen su propia autonomía. Me refiero al derecho penal fiscal (procesal) el derecho penal aduanero (procesal) y al derecho penal militar (procesal). Estas áreas se caracterizan por reglamentos específicos, incluidos los delitos con sanciones severas y penas de prisión. A menudo, en estas áreas también se establecieron leyes que se asemejan mucho a codificaciones parciales especiales.

---

<sup>9</sup> Ver: *Memorie van Toelichting, Wetboek van Strafrecht*, BRON (Memoria de aclaración, Código Penal).

***c. No hay separación completa entre el derecho penal común y el especial***

La codificación del derecho penal común no se limita a la categorización de los delitos en el Código Penal. Mucho más importante es la elaboración de principios en la parte general, que tienen relación a la autoría, la culpa, la tentativa, la jurisdicción, las penas, etc. También el código de procedimiento penal contiene muchos principios generales como el principio de legalidad de la acción penal, la definición del acusado y el derecho al silencio. En los Países Bajos y en Alemania se ha optado por declarar la aplicabilidad de estos principios generales del derecho (procesal) penal en el derecho penal especial, salvo que la legislación penal especial se distancie de estas normas explícitamente. Con la introducción del código penal holandés de 1886, se ha asegurado un enfoque general. Su versión actual, en el Art. 91 del Código Penal holandés establece lo siguiente: “Las disposiciones de los Títulos I – VIII A de este libro también se aplican a hechos donde en otras leyes y ordenanzas se atribuyen puniciones, a menos que la ley define otra cosa”.

Esto es tanto una técnica legislativa como una afirmación del principio de legalidad. También implica que, en principio, las definiciones de autoría, participación, tentativa, etc., se regulan exclusivamente en la parte general del Código Penal. En principio, porque la ley formal especial se puede desviar de este mismo principio. Muchas leyes especiales se refieren a la parte general del Código Penal y del Código del Procedimiento Penal. En principio, sus partes generales son de aplicación a las leyes especiales, pero las leyes especiales tienen también previsiones en los cuales se apartan formalmente de la parte general y elaboran matices específicos en materia de autoría, de culpabilidad, de sanciones, de medidas cautelares, de prueba, etc.

La aparición del derecho penal procesal moderno, su codificación y el reconocimiento del derecho penal especial no significa todavía que podamos hablar, a principios del siglo XIX, de un Derecho Penal

Económico y Financiero como lo conocemos hoy en día. Todo esto tiene que ver con la definición política de la función de autoridad y de Estado y la función del Derecho Penal al principio del siglo XIX. En el modelo ideológico, también expresado metafóricamente como el Estado de vigilante nocturno, la reflexión kantiana sobre la autoridad y el Derecho Penal es dominante. Desde esta visión, no es tarea de la autoridad regular la vida socio-económica. La autoridad sólo tiene como tarea crear las condiciones previas para el ejercicio individual de la libertad del ciudadano. Esta visión constitucional y jurídica de Kant <sup>10</sup> es la realización del liberalismo clásico. Su individualismo racional de derecho está fundamentado en una igualdad jurídica y en la libertad del ciudadano. Esta visión, traducida a la escuela clásica del derecho penal, sigue dominando hasta finales del siglo XIX. Es una visión que excluye el desarrollo de un derecho penal económico y financiero para proteger bienes jurídicos de la sociedad civil. Los bienes jurídicos son individuales y la responsabilidad penal estrictamente individual. La ley penal especial <sup>11</sup> queda fuera del Código Penal y se limita por la corriente clásica al Derecho Penal (procesal) fiscal, aduanero y militar y al mantenimiento de la paz pública por vía del derecho penal de policía.

### **Del Estado vigilante nocturno al Estado intervencionista en lo socio-económico**

A finales del siglo XIX, el liberalismo clásico atraviesa una profunda crisis socio-económica y política. El modelo racionalista de la sociedad basada en la igualdad jurídica y libertad del ciudadano, parece en la práctica no llevar hacia una sociedad justa ambicionada por la Ilustración. Por el contrario, las contradicciones sociales están aumentando y alrededor de 1848 se habla en Europa de una ola de agitación y revuelta política. En la segunda mitad

---

<sup>10</sup> Ver Memorie van Toelichting, Wetboek van Strafrecht, BRON (Memoria de aclaración, código penal)

<sup>11</sup> C. Kelk, Studieboek materieel strafrecht, Kluwer, 2005, 12-13. (libro de estudio de derecho penal material)

del siglo XIX, lo que se llama la cuestión social, forma el caldo de cultivo para el surgimiento del partido socialista, los sindicatos y las corrientes de corte anarquistas. La Revolución Industrial del siglo XIX conduce también a la urbanización y el empobrecimiento de grandes sectores de la población, por lo que empresarios liberales también abogan por un modelo social. La cuestión social se está estudiando como un problema de higiene social y se define como un problema social ontológico que requiere la intervención de la autoridad. El Estado recibe la tarea de regular las relaciones sociales-económicas. Así, vemos que la unificación alemana bajo Bismarck dio lugar a una política de intervencionismo estatal en el campo socio-económico. Para salvaguardar los objetivos de la nueva política socio-económica el Estado introduce ilícitos administrativos y tipos penales económicos y financieros. Al final de siglo XIX, en esta primera ola de intervención pública en el campo socio-económico y financiero, nace el Derecho Penal Económico Financiero, protegiendo los derechos del obrero (a un salario, a condiciones dignas de trabajo), protegiendo el mercado de valores, protegiendo la calidad de los alimentos, etc.

Además, aparecen preguntas del tipo: ¿cómo surge la exclusión socio-económica y con ello el interés por la prevención?, ¿cómo se puede realizar la rehabilitación criminal de los actores de hechos criminales? La atención se desplaza, entonces, del derecho de los actos criminales de la escuela clásica al derecho penal del infractor, de la política legislativa hacia la política social. En este contexto surge igualmente la criminología como movimiento científico. La atención hacía la persona del delincuente, su contexto social y las causas de la criminalidad son objeto de análisis. La mentalidad tradicional en el derecho penal debe dar paso a la nueva orientación, también conocida como el positivismo sociológico o defensa social. Esta escuela se centra tanto en las causas biológicas (Lombroso)<sup>12</sup>

---

12 La influencia del libro *L'Uomo Delinquente* (1876) es enorme.

como en las causas sociales de la criminalidad<sup>13</sup>. En 1905 el criminólogo neerlandés Bonger publicó su famoso estudio sobre el contexto económico de la criminalidad<sup>14</sup>. Prins, Van Hamel y Von Liszt crean la *International Kriminalistische Vereinigung* (IKV), el precursor de la organización mundial actual para el Derecho Penal, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). El IKV defiende una ciencia penal integrada, donde el Derecho Penal, la Criminología y la Sociología forman la base científica para el estudio del delincuente y la respuesta penal adecuada, centrándose en la rehabilitación y en la defensa social (protección de la sociedad).

El modelo ideológico del liberalismo clásico se sustituye por un modelo socio-liberal. El estado no debe limitarse a crear las condiciones para la vida social, pero de ahora en adelante debe regular la misma vida social. La redefinición del papel de la autoridad, con un papel sustancial para la regulación de la vida social y económica a través del uso del derecho público y del derecho penal como una herramienta de mantención, corre paralelo con el grado de la Revolución Industrial. En los países con la mayor industrialización la intervención del Estado en la vida socio-económica es también la más evidente. En algunos países europeos, el Estado utiliza, en forma simultánea el derecho penal especial para penalizar los nuevos movimientos políticos. En algunos países europeos como Alemania e Italia, el derecho penal de policía se transforma en un muy represivo derecho penal de excepción o derecho penal de seguridad, criminalizando los movimientos políticos y sindicales.

Un ejemplo clásico para el desarrollo de un Estado de intervención socio-económica es, por supuesto, los EE.UU. Ya a finales del siglo XIX, en lo que se llamó *Progressive Age*, los EE.UU. desarrollan una intervención

---

13 E. Ferri. *La scuola criminale positiva*. Napoles, 1895 ; A. Prins. *La criminalité et l'état social*. Bruselas, 1890 & A. Prins. *Science pénale et droit positif*, 1899 ; G. Tarde. *La philosophie pénale*. Paris, 1890.

14 W.A. Bonger. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam, 1905.

legislativa en el campo del comercio interestatal, el comercio justo, la calidad de los alimentos, la política monetaria, etc., y crea organismos (agencias) responsables de la aplicación de estas normas (normas delegadas, investigación y sanciones). La *Inter State Commerce Commission* (Comisión Interestatal de Comercio) (1887), la *Food and Drug Administration* (La Administración de alimentos y fármacos) (1906), la *Federal Reserve Board* (Reserva Federal) (1913), la *Fair Trade Commission* (Comisión de Comercio Justo) (1914) son constituidos rápidamente. Después de los años de gran crecimiento especulativo, en los años veinte y la caída de la bolsa en 1929 en *Wall Street*, surge durante la gran depresión, una segunda ola importante de intervención estatal en lo socioeconómico. El paquete de intervención, conocido con el nombre de *New Deal*, va de derecho laboral hasta la regulación de mercados financieros. La regulación de los mercados financieros y el mercado de valores, y la regulación de la libre competencia son ahora también penalmente sancionadas. La idea de la protección es una prioridad y tiene por objeto proteger al ciudadano contra las prácticas desleales. Esta idea se refleja en el *Security Act* (Ley de Valores), 1933 y el *Securities and Exchange Act* (Ley de Valores y Bolsa), 1934. Ambas leyes prevén también la creación, en 1934, de la *Securities and Exchange Commission* (SEC). La SEC como órgano de regulación utiliza tanto instrumentos civiles, administrativos como penales. Estas dos primeras olas transforman el Estado en un Estado de intervención socioeconómico, que los estadounidenses llaman de forma muy expresiva el *Regulatory State*. Con este hay una ampliación sustancial del derecho penal económico y financiero y órganos especiales de investigación. Estos últimos son los organismos gubernamentales (agencias), que además de sus poderes de supervisión desde el derecho administrativo reciben igualmente poderes de justicia penal. Surge entonces un Derecho Penal Económico y Financiero, al lado del Derecho Administrativo sancionador, con matices particulares en la parte general, con tipos penales específicos y con matices particulares en materia procesal penal.

No es entonces casual que Sutherland, en 1939, introduzca el término crimen de cuello blanco y le dedique en 1949 su trabajo estándar<sup>15</sup>. El Derecho Penal Económico y Financiero en los EE.UU. es referido por lo general como *regulatory offenses*. Estos son crímenes y delitos, para los cuales cualquier persona razonable debiera saber que violaciones de estos mandamientos o prohibiciones son una grave violación a la seguridad o al bienestar de la comunidad. Por esta razón, también se les llaman *public welfare offences* delitos de bienestar público. Desde 1886, en los EE.UU. es posible, gracias a un desarrollo jurisprudencial<sup>16</sup> responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Este es también el comienzo de una evolución significativa hacia el derecho penal para personas jurídicas<sup>17</sup>, o derecho penal empresarial, llamado comúnmente en los EE.UU. *corporate crime*.

En la Europa continental, el desarrollo difiere de un país a otro. En países con una gran industrialización (minería, altos hornos), como Francia y Bélgica, se habla ya al principio del siglo XX de un desarrollo significativo del derecho penal económico y financiero en la esfera socio-económica<sup>18</sup>. Es así como en Francia en 1905 una ley penal marco<sup>19</sup> entra en vigor y debe evitar el fraude y proteger a los consumidores. La ley incluye tanto los productos como el comercio. Esta ley es en los años veinte del siglo pasado una herramienta de orden importante y sienta también las bases para el desarrollo de órganos especiales de investigación y del derecho penal económico y financiero. Con el desplome de la bolsa de 1929 y la posterior Gran Depresión, Francia opta decididamente para la regulación

---

15 E.H. Sutherland, Edwin Hardin. *White Collar Crime*. New York: Dryden Press, 1949.

16 Ver: Santa Clara *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad* 118 U.S. 394.

17 C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility* (Second Edition). Oxford University Press: Oxford, 2001.

18 M. Delmas-Marty & C. Teitgen-Colly. *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, 1992.

19 Loi du 1er août sur les fraudes.

socio-económica y la salvaguardia por vía del derecho penal<sup>20</sup>. Por ejemplo en 1945, en Francia entra en vigor la legislación penal anti-trust para garantizar la competencia leal.

En los Países Bajos este desarrollo es más lento. Sin embargo, a principios del siglo XX, se realizaron, además de la legislación laboral y social, reformas del derecho penal, influido por la Nueva escuela de la justicia penal (defensa social), como la medida de internamiento de delincuentes psiquiátricos, de un nuevo sistema penal para los menores y de una nueva reglamentación de la detención preventiva. También en los Países Bajos se dan cuenta de que el derecho (procesal) penal codificada no es ideal para mantener regulaciones socio-económicas especializadas, no sólo por la idea de último remedio, sino también por la necesidad de herramientas especiales para detectar, perseguir y juzgar las infracciones. Durante la Primera Guerra Mundial entró en vigor legislación de emergencia, como fue el caso con la Ley de la Bolsa en 1914. Sin embargo, un borrador de regulación de los mercados de valores en 1919 no condujo a legislación. Para la primera experiencia real con el derecho público de ordenamiento económico, tenemos que esperar hasta la Gran Depresión de los años treinta del siglo pasado y durante los años de la Segunda Guerra Mundial subsiguiente. En 1933, en el contexto de escasez de alimentos, toma fuerza la ley de crisis agrícola, que establece un marco jurídico disciplinario punitivo. Comités de justicia disciplinaria están facultados para imponer fuertes multas disciplinarias, la revocación de licencias, la incautación de depósitos de garantía, etc. Esta justicia disciplinaria está vinculada a las sociedades agrícolas, *Genossenschaften*, una estructura privada de auto-regulación, pero con competencias públicas. El gobierno justifica el derecho punitivo disciplinario en manos de sociedades agrícolas por sus conocimientos, su capacidad de imponer sanciones adecuadas a las empresas y la simplicidad y celeridad.

---

20 Para una sinopsis histórica, ver M. Delmas-Marty, 1973, y para el estado actual ver : Ducouloux-Favard, 2008.

Durante la ocupación alemana el derecho disciplinario se convierte en derecho disciplinario de guerra y se utiliza igualmente para el aprovisionamiento de la alimentación<sup>21</sup>. Las sanciones disciplinarias se extienden a la clausura de empresas y confiscación de bienes. Los comités y jueces disciplinarios de guerra y los tribunales no son en absoluto independientes. Además de la vía disciplinaria se opta también por un derecho administrativo penal para el control de precios<sup>22</sup>. Una superintendencia administrativa recibe las facultades para imponer multas, suspensión, decomiso, etc. Así como se tiene en cuenta el derecho disciplinario y el derecho punitivo administrativo, las fuerzas ocupantes alemanas eligen una tercera vía con el Decreto de enjuiciamiento de asuntos penales con respecto a la vida económica de 1941. Sólo este camino del derecho penal contiene la posibilidad de imponer penas de privación de libertad. El decreto contiene normas especiales para la adjudicación de los delitos económicos, tales como la introducción de un juez de policía económica. Los delitos económicos están reglamentados en un decreto de sanciones económicas. Llama la atención el hecho de que no haya sanciones mínimas puesto que además de los delitos económicos existen crímenes económicos con penas máximas de seis años y fuertes multas, y también hay que notar que en 1943 la responsabilidad penal para las personas jurídicas para delitos económicos entra en vigor. En 1941, entró en vigencia un decreto sobre la prórroga los poderes de investigación y medidas coercitivas. Es así como se extiende en competencias especiales de investigación, incluyendo más posibilidades de registrar locales y habitaciones, y una aplicación más amplia de medidas cautelares contra bienes y personas, como embargo y detención preventiva.

En general podemos decir que por la transición de un Estado de vigilante nocturno a un Estado de intervención socio-económica, la función

---

21 Voedselvoorzieningsbesluit 1941 en Organisatiebesluit Voedselvoorziening, 1941.

22 Prijsbeheersingsbesluit 1941, incluido en el Staatsblad No 132, 31 oktober 1944, London.

del derecho penal de policía judicial clásica se amplía substancialmente. Surge al lado del derecho penal general (*Hauptstrafrecht*) un amplio derecho penal especial (*Nebenstrafrecht*) relativo a la observancia por la justicia penal de la ley pública de regulación socio-económica. Sin embargo, las autoridades demuestran estar confrontados con una serie de dilemas en el período de entreguerras y guerra en relación con la salvaguardia de la ley pública de regulación socio-económica. Los interrogantes que surgen al respecto se pueden resumir de la siguiente manera:

- a. ¿La intervención es una tarea del derecho público o se puede dejar a la industria, al sector mismo a través de la autorregulación / autosalvaguardia, esté o no dentro del marco de una estructura disciplinaria semi-privada/semi-pública?
- b. En el caso de salvaguardia por el derecho público ¿es preferible la vía del derecho administrativo sancionador en manos de la administración o es preferible la vía del derecho penal económico en manos de la jurisdicción penal?
- c. En el caso de la vía del derecho penal ¿es preferible el derecho penal común o el derecho penal especial (socio-económico)?, ¿existe realmente una diferencia intrínseca y de contenido entre los dos?

### **Del Estado de intervención socio-económica al Estado de bienestar**

Después de la Segunda Guerra Mundial, vemos que la mayoría de los países consolidan y amplían su derecho público de regulación socio-económica y la salvaguardia de este, también cuando ya pasó la gran depresión y la guerra. Los años cincuenta del siglo pasado siguen siendo años difíciles. A partir de los años sesenta del siglo XX, el Estado de intervención socio-económica se desarrolla en un Estado de bienestar o asistencial, caracterizado por la construcción planificada de la sociedad, con base en lo

que se llama en los EE.UU. “la regulación social”. El modelo ideológico del Estado asistencial nació y la dogmática penal ajusta cuentas con los excesos del totalitarismo y así hay un fuerte argumento para un derecho penal estatal con especial énfasis en la rehabilitación del delincuente. Gracias a la criminología sociológica en los EE.UU. se da especial atención al origen del derecho penal (criminalización primaria) y al funcionamiento del sistema de justicia penal en sí mismo (criminalización secundaria). Especialmente en los EE.UU. se da una mayor atención a la delincuencia empresarial, la delincuencia de cuello blanco y el crimen organizado.

En los Países Bajos los decretos de ocupación son reemplazados formalmente por las decisiones tomadas en 1944 por el gobierno en el exilio para el procesamiento de los delitos económicos<sup>23</sup> y el decreto de la justicia disciplinaria para la regulación de los precios<sup>24</sup>. El decreto de justicia disciplinaria para el suministro de alimentos (1942)<sup>25</sup>, sin embargo, quedó vigente. El decreto para el procesamiento de los delitos económicos contiene una reglamentación especial con respecto a la investigación, persecución y enjuiciamiento de hechos delictivos. En el decreto se enumeran las regulaciones económicas que caen bajo su ámbito. Después de la Segunda Guerra Mundial, se hace sentir la necesidad de mayor regulación socio-económica por parte del derecho público y de una coherente aplicación y salvaguardia de ella.

Por esta razón, ya en 1945 se crea la Comisión *Langemeijer*, cuya tarea es diseñar un nuevo sistema uniforme para la detección, persecución y enjuiciamiento de los delitos económicos. El proyecto de ley de la comisión lleva a la entrada en vigor en 1951 de la Ley de Delitos Económicos (WED)<sup>26</sup>. En términos generales, esta ley retoma el decreto para el procesamiento

---

23 Besluit van 31 oktober 1944 houdende vaststelling van het Besluit berechting economische delicten, Stb.E 135.

24 Prijsbeheersingsbesluit 1941, opgenomen in Staatsblad No 132, 31 oktober 1944, London.

25 Stcrt. 1942, 183.

26 F. Hollander. Wet op de economische delicten, Arnhem 1952.

de los delitos económicos y con esto, en cuanto al contenido, también muchos aspectos del derecho de la ocupación.

Con esta ley el legislador escoge claramente una sola regulación general, lo cual implica una normatividad, competencias de investigación y sanciones propias. El legislador opta también por preponderancia de un solo modelo de salvaguardia, es decir el del derecho penal económico, al detrimento del derecho disciplinario económico y del derecho administrativo sancionador. Había en este momento mucha insatisfacción con respecto a los sistemas concurrentes de salvaguardia y sobre la falta de protección jurídica en algunos de estos sistemas. Así, Mulder<sup>27</sup> defiende en su tesis de doctorado, destacada sobre la relación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal económico en una perspectiva comparada que, el Derecho Administrativo no es apto para imponer sanciones punitivas como la multa y la confiscación o extinción de bienes, pues estas son reservadas para el Derecho Penal. Sin embargo, la primacía del Derecho Penal económico no es evidente, ya en los años treinta del siglo pasado había sido objeto de considerables debates. En 1936, la Comisión *Van den Dries* se pronuncia por la introducción de multas administrativas en el Derecho Penal y Derecho Procesal Fiscal<sup>28</sup> y van der Poel<sup>29</sup>, defiende abiertamente un sistema general de sanciones administrativas.

En 1947, la Asociación Holandesa de Juristas (NJV)<sup>30</sup> debate sobre la cuestión “¿con qué sanciones y medidas, por cuáles jueces o superintendencias administrativas y en aplicación de qué reglas se tendrían

---

27A. Mulder, *De handhaving der sociaal-economische wetgeving. Rechtsvergelijking met Zwitserland en Amerika*, Den Haag, 1949.

28 Ver J. van der Poel, *Rondom compositie en compromis. Fiscale studie in bestuurs- en strafrecht*, Utrecht 1942, p. 304.

29 J. van der Poel, *oc*, p. 307 en J. van der Poel, *Een nieuw kleeft voor het fiscaal strafrecht*, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1951, p. 181.

30 *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, preadviezen van A.A.L.F. van Dulleman en E. Bloembergen*, Zwolle, 1947.

que salvaguardar los reglamentos de regulación socio-económica?”. Es sorprendente, sin embargo, que la discusión se limitó en gran medida a la naturaleza jurídica de las sanciones y que no contuvo un debate amplio sobre los sistemas de salvaguardia (derecho sustantivo, derecho procesal y administración de justicia).

La voluntad del legislador es clara, a saber, la primacía de la vía del derecho penal económico ensamblada en una codificación especial de delitos económicos. Esta escogencia está escrita en el artículo 5 de la Ley de Delitos Económicos (WED): “A menos que la ley lo disponga de forma diferente, con respecto a delitos económicos, no se podrán elaborar otras normativas con respeto a medidas de pena o de disciplina que las penas y medidas previstas por esta ley”.

Las razones principales para elegir el derecho penal económico y la codificación parcial en la Ley de Delitos Económicos (WED) son: facultades de investigación ampliadas, derecho penal económico severo con sanciones especiales, un sistema de medidas cautelares drásticas y los conocimientos especializados en el poder jurisdiccional especializado<sup>31</sup>.

Además, los principios generales del Derecho Penal y Procesal Penal son de aplicación en la WED, a menos que se desvíen de ellos en la WED. Este *nexus* entre ley general y ley especial pasa para el derecho penal por el Art. 91 del Código Penal y para el derecho procesal penal a través del Art.25 WED. La WED contiene evidentemente normas especiales que difieren de derecho penal y del derecho procesal penal. Así, la WED prevé en 1951 en el Art. 15 la autoría y punibilidad penal de las personas jurídicas por delitos económicos, retomando las cláusulas de los decretos del derecho penal de ocupación alemana al respecto. El Art. 15 WED es un ejemplo típico de la desviación del principio básico del Art. 91 del Código Penal.

---

31 F. Hollander. *Wet op de economische delicten*, Arnhem 1952.

En el Libro I del Código no se prevé<sup>32</sup> en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La WED de 1951 incluye también un arsenal de sanciones muy variadas. También está previsto que el fiscal o el juez de instrucción pueden aplicar amplias medidas cautelares durante la fase de investigación, incluyendo el cese temporal o parcial de las actividades de una persona jurídica o el nombramiento de una junta judicial de dirección. Además, existen importantes normas especiales de Derecho Penal Procesal que difieren del Código Procesal Penal. El umbral para abrir una investigación judicial en materia de delitos económicos es más bajo que el umbral del Art. 27 del Código Procesal Penal, que exige una sospecha razonable y concreta. Para la WED indicaciones concretas bastan para utilizar las competencias de investigación de WED. Estos últimos son, por tanto, más amplios que en el Código Procesal Penal. De otro lado, el fiscal tiene más autonomía y está menos ligado a una autorización previa del juez de instrucción para la aplicación de medidas coercitivas.

En el Art.1 WED se definen los delitos económicos en la legislación socio-económica. La definición se basa en una lista exhaustiva de los artículos en las leyes de regulación socio-económica a los cuales la WED se aplica. Las leyes de regulación socio-económica (ley formal, regulaciones ministeriales, estatutos, decretos,) contienen la sustancia material de las tipificaciones penales. En el fondo, la tipificación penal en la WED consiste en tipos penales en blanco, que se llenen de contenido por las referencias a la regulación socio-económica. Esta técnica legislativa en el Derecho Penal Económico es indicada como tipificación por reenvío. La lista del Art. 1 WED es larga y cubre agricultura y pesca (incluido el bienestar de los animales), los servicios públicos, sanidad, salud pública, transporte, servicios financieros, condiciones de trabajo, etc.

La WED se desarrolló a partir de la regulación socio-económica de

---

<sup>32</sup> En 1976, en el Art. 51 Código Penal se introduce la punibilidad general de las personas jurídicas y se caduquea el Art. 15 WED.

emergencia y de guerra, con el fin de proteger los bienes jurídicos colectivos y con una orientación hacia el bienestar público. En 1994, muchas de las leyes del medio ambiente, a través del nuevo artículo 1a WED, se ponen al alcance de la aplicación de la WED. Así, la salvaguardia penal del medio ambiente se vuelve más severa y concentrada en la WED, la cual se desarrolla como una codificación parcial que es de aplicación en más de cien leyes de regulación socio-económica.

Sin embargo, la WED no tiene el monopolio del Derecho Penal Económico. El Código Penal tipifica delitos importantes para la salvaguardia de la regulación socio-económica, como la falsificación en escrituras (Art. 225 Código Penal) y la estafa (Art. 326 Código Penal), pero también los delitos de quiebra (Art. 340-348 Código Penal) y la participación en organizaciones criminales o terroristas (Art. 140 y 140<sup>a</sup> Código Penal). Esto no significa que todas las regulaciones socio-económicas se basen en la WED para su salvaguardia penal. Así, el Derecho Fiscal Penal (procesal) y el Derecho Aduanero Penal (procesal) tienen un estatuto y una legislación marco aparte<sup>33</sup>, así como una serie de leyes especiales, como la Ley del opio, no se encuentran en la WED.

Pocos países en Europa han logrado construir para el Derecho Penal Económico una codificación parcial. En muchos países, el Derecho Penal Económico consiste en una colcha de retazos de leyes especiales con estipulaciones penales. Una comparación interesante es la que se puede hacer con Alemania, y no porque Alemania durante la ocupación haya ayudado a dar forma al derecho penal económico en los Países Bajos. Alemania adopta en 1949 una nueva ley en este ámbito<sup>34</sup>, pero en realidad esta ley contiene un régimen de salvaguardia dual. De un lado, la ley prevé un sistema de ilícitos administrativos (*Ordnungswidrigkeiten*) sancionados

---

33 Ver para comentario sobre Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR), W.E.C.A. Valkenburg, Fiscaal straf- en strafprocesrecht, 2001 en en W.E.C.A. Valkenburg, Inleiding fiscaal strafrecht, Kluwer, 2007.

34 Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, 1949

por superintendencias administrativas con apelación delante del juez penal (y no el juez administrativo); por otro lado, la ley considera delitos económicos que son juzgados por el juez penal.

El régimen administrativo sancionador se define en 1952 en una codificación parcial separada, el *Ordnungswidrigkeitengesetz*<sup>35</sup>. Esta ley marco para sanciones administrativas (*Geldbusse*) fue declarada aplicable en el curso del siglo XX para muchas leyes especiales y en 1974 incluso fue declarado de aplicación a todas las infracciones del Código Penal. A diferencia del Derecho Penal común alemán y del Derecho Especial restante, aquí se aplica el principio de oportunidad y está prevista la responsabilidad de las personas jurídicas. El *Ordnungswidrigkeitenrecht* con los años se convirtió en una regulación de derecho material y procesal para todos los ilícitos administrativos sancionables.

A pesar del importante desarrollo del derecho administrativo sancionador en Alemania el derecho penal especial económico y fiscal penal (procesal) y el derecho procesal aduanero (penal) también son renovados en Alemania. En los años setenta y ochenta del siglo pasado, se hicieron dos grandes reformas relacionadas con el derecho penal económico<sup>36</sup>. Nuevos delitos económicos vieron la luz, como los fraudes en el sistema de pago, la delincuencia cibernética en la esfera económica, etc., pero también fueron instalados organismos de investigación especializados equipados y surge la especialización en la fiscalía y en el poder judicial.

En los años setenta del siglo pasado se introduce también una nueva ley marco para el campo fiscal y aduanero, la *Abgabenordnungsgezetz*. En realidad, tanto las regulaciones socio-económicas, como las leyes en relación con la criminalidad económica como el *Abgabenordnung* contienen ilícitos administrativos multables (*Ordnungswidrigkeiten*) y delitos. En el

---

35 Ver para comentario sobre Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR), W.E.C.A. Valkenburg, Fiscaal straf- en strafprocesrecht, 2001 en en W.E.C.A. Valkenburg, Inleiding fiscaal strafrecht, Kluwer, 2007.

36 Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts , 1949

sistema alemán desde la Segunda Guerra Mundial se habla con claridad de un sistema dual de salvaguardia, basado en el Derecho Administrativo Sancionador (con recurso delante el juez penal) y el Derecho Penal Económico.

En resumen, después de la Segunda Guerra Mundial, los Países Bajos lograron codificar una gran parte del derecho penal económico en una codificación parcial y dar forma a la naturaleza especial de este derecho penal (procesal). La idea de que existe una distinción sustancial-intrínseca, de fondo entre delitos de derecho y delitos legales, lo que formaba todavía la base de la distinción entre el Código de Derecho Penal y el Código de Derecho Penal Especial en 1886, fue abandonado en el curso del siglo XX por muchos países europeos, entre ellos los Países Bajos. Intentos en la dogmática del derecho penal de diferenciar a través de un criterio de injusto ético o sustancial fracasaron. En general, se acepta que la elección de un sistema de salvaguardia no se basa en criterios ontológicos de injusticia, sino en criterios de política legislativa. La distinción entre delito o infracción depende del significado de la definición política del bien jurídico dañado, la magnitud y la forma de la violación y la intencionalidad. El Derecho Penal Económico no se limita a infracciones, también incluye los delitos punibles con pena de prisión de hasta seis años y sanciones muy punitivas como multas altas, la exclusión, la prohibición de ejercicio de la profesión, el cierre de empresas, etc.

### **La primacía del Derecho Penal Económico: una revolución silenciosa**

La elección del legislador WED para la primacía del Derecho Penal Económico para la salvaguardia de los bienes jurídicos de la regulación socio-económica no significa el fin de la discusión sobre los sistemas de salvaguardia. Al contrario, en los años setenta y ochenta del siglo pasado, surge para la administración una necesidad creciente de una responsabilidad propia para la salvaguardia de la regulación socio-

económica, a menudo vinculado materialmente a ciertos ministerios (agricultura, economía, etc.). El derecho administrativo sancionador se considera como una pieza final de la responsabilidad integral para el proceso de regulación y salvaguardia. La administración también quiere un mayor poder de supervisión y quiere equipar los supervisores con facultades sancionadoras, como una extensión administrativa punitiva de su gestión. En algunas áreas hay también un déficit de salvaguardia<sup>37</sup>. El Derecho Penal Económico sólo tiene una función simbólica. El número de casos penales se pueden contar en una sola mano y las sanciones impuestas no son efectivas. Este déficit de salvaguardia en relación a la conservación de las poblaciones de peces conduce en Holanda a principios de los noventa del siglo pasado a tensiones considerables con la Comunidad Europea y la dimisión del Ministro de Agricultura y Pesca<sup>38</sup>. Existe una clara tendencia social a la instrumentalización de la salvaguardia, encaminada a lograr objetivos políticos<sup>39</sup>.

Después de cuarenta años de la WED se hace el balance. La Comisión para la Revisión de los Proyectos Legislativos (CTW)<sup>40</sup> aboga en 1994 por un modelo donde para la salvaguardia de las regulaciones socio-económicas se debe escoger entre el Derecho Administrativo Penal o el Derecho Penal Económico. El gobierno está, sin embargo, a favor de un modelo dual. Este modelo dual seguirá siendo el modelo dominante, lo que significa que en las regulaciones socio-económicas con respecto a los arreglos de salvaguardia se usará el Derecho Administrativo Sancionador y

---

37 CTW-advies Handhaving door bestuurlijke boeten, CTW 94/1, Den Haag, 1994 Voor uitleg zie Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Commissie Michiels), Handhaven op niveau, Deventer 1998.

38 K. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 3e Auflage, Heymans Verlag, 2010 ; K. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 2e Auflage, Heymans Verlag, 2008

39 CTW-advies Handhaving door bestuurlijke boeten, CTW 94/1, Den Haag, 1994 Voor uitleg zie Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Commissie Michiels), Handhaven op niveau, Deventer 1998

40 Handhaving door bestuurlijke boeten, 1994, Ministerie van Justitie, Den Haag

el Derecho Penal (derecho penal común y derecho penal económico). Este modelo dual se utiliza por ejemplo en la reciente Ley sobre la supervisión financiera.

Por esta razón, se desarrolla en los Países Bajos un sistema de salvaguardia punitiva dual y surge, al lado del Derecho Penal Económico, una administración castigadora<sup>41</sup>, también conocido como Derecho Administrativo Sancionador<sup>42</sup>. Así, los Países Bajos tienen un modelo dual comparable al de Alemania con la notable diferencia de que el juez penal es el juez de apelación en Alemania y el juez administrativo el juez de apelación en los Países Bajos en casos de Derecho Administrativo Sancionador. El uso del Derecho Penal del modelo dual se basa principalmente en la WED y la articulación homogénea del WED, pero en el uso del derecho administrativo sancionador se observa una gran dispersión en las regulaciones socio-económicas. Por esta razón, en la cuarta entrega de la codificación del Derecho Administrativo General, la Ley General de Derecho Administrativo (AWB) se hace especial atención al derecho administrativo sancionador. La regulación de AWB para el derecho administrativo sancionador, y las multas administrativas sobre todo (van Buuren & Borman, 2009)<sup>43</sup>, han entrado en vigor en 2009, y contiene una regulación marco que tiene un carácter unificador y del cual sólo por ley se puede desviar. La regulación AWB contiene una regulación estándar para las competencias de supervisión y sanciones (punitivas) administrativas.

Sin embargo, todavía hay algunas diferencias notables en la salvaguardia de las regulaciones socio-económicas, incluyendo diferencias que son difícilmente explicables desde una política coherente de salvaguardia. La salvaguardia de las regulaciones en el terreno de la

---

41 L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur*, oratie, Gouda Quint, 2001

42 A.R. Hartmann en P.M. Van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer, 1998.

43 P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Algemene Wet bestuursrecht: Tekst en commentaar*, Kluwer, 2009.

supervisión financiera, como se dijo anteriormente, es el prototipo de un sistema dual. Tanto la Autoridad Mercados Financieros (AFM) como los órganos de investigación judicial desempeñan sus funciones respectivas. Hay muchas consultas triangulares entre administración (AFM), policía judicial y fiscalía y una regulación de una vía para evitar la acumulación de procedimientos punitivos y sanciones punitivas. Como parte de un Centro de Pericia Financiera (FEC) los organismos pertinentes de salvaguardia intercambian información<sup>44</sup>.

De otro lado, llama la atención que la aplicación de la legislación sobre competencia leal utilizó un camino totalmente diferente, mientras que aquí también se habla de infracciones complejas y multas millonarias. La salvaguardia de la competencia desleal pertenece desde el primer momento a la WED. En 1989, sin embargo, se sustrae esta materia a la WED con la introducción de la nueva ley de competencia y fue transferida exclusivamente al Derecho Administrativo Sancionador. Dos autoridades administrativas obtienen la autoridad de control de la competencia de los Países Bajos, siendo la Superintendencia holandesa de competencia leal (NMA) y la Comisión Europea. Sin embargo, en los últimos años queda claro que el camino administrativo, como único camino, tiene sus limitaciones, ya que por ciertos abusos las herramientas del derecho administrativo procesal quedan cortas. Se siente la necesidad de poder usar competencias judiciales y coercitivas de investigación judicial. Por este motivo existe ahora una propuesta de ley en discusión que prevé también por la salvaguardia de la libre competencia un modelo dual de salvaguardia, introduciendo ilícitos administrativos y delitos económicos.

El avance del derecho administrativo punitivo no es el único desarrollo que ha socavado la primacía de la vía penal de la WED. En los Países Bajos ha continuado a existir una tradición de auto-regulación

---

<sup>44</sup> M.J.J.P. Luchtman, J.A.E. Vervaele & O.J.D.M.L. Jansen, *Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum*, Utrecht, 2002

por el propio sector. A diferencia del modelo de EE.UU. *command and control*, existe en los Países Bajos, también después de la Segunda Guerra Mundial, una fuerte tradición de cumplimiento (*compliance*), con sistemas de autorregulación y de autosalvaguardia. La salvaguardia de la regulación de la bolsa se hace hasta mitad de los años noventa del siglo pasado por la bolsa misma; la salvaguardia de la libre competencia se hace dentro del mundo empresarial. Superintendencias responsables para la salvaguardia de regulaciones socioeconómicas, como la AFM y el NMA son, en comparación con otros países europeos, de reciente constitución. Además en los años ochenta y noventa del siglo pasado sopló un viento de desregulación.

La autoregulación, la autosalvaguardia y el derecho disciplinario dentro del sector están de nuevo de moda. En los Países Bajos, se experimenta, con este último, en la mantención de la regulación de la pesca. Los grupos regionales de pescadores son responsables de la gestión y la aplicación de cuotas de pesca. Pronto se hace evidente que las sanciones punitivas por el propio sector es una farsa si no hay un sistema de salvaguardia por la vía del derecho público como amenaza. Además, la autorregulación sufre de problemas de compatibilidad con garantías mínimas de debido proceso y con principios del Estado de Derecho y Derechos Humanos, por el simple hecho de que un organismo privado disciplinario impone sanciones punitivas a no miembros<sup>45</sup>. La autorregulación por el mercado de valores y el mundo de los negocios resultan insostenibles y es en los años noventa del siglo XX, cuando son sustituidos por los sistemas de salvaguardia de derecho público, por lo que el AFM y el NMA conocen un crecimiento importante, tanto en competencias como en capacidad.

El panorama en los años setenta y ochenta del siglo pasado ya no es el de la primacía del Derecho Penal Económico, sino más bien una nueva

---

<sup>45</sup> J.A.E., Vervaele (ed.). *Compliance and Enforcement of European Community Law*, Kluwer Law International, The Hague-Boston, 1999, pp. 147-243.

pluralidad de sistemas de salvaguardia con un carácter punitivo (nuevo derecho disciplinario, derecho administrativo sancionador, derecho penal económico, el derecho penal común). Los ministerios han exigido responsabilidades por vía de la salvaguardia del Derecho Administrativo Sancionador, fuera del Derecho Penal, y las han obtenido en el marco de una política integrada de regulación y salvaguardia. El Art. 5 WED, que prevé un rol exclusivo de la WED para la salvaguardia punitiva de las regulaciones socioeconómicas, se ve minado por la cantidad de excepciones. Por el crecimiento explosivo del Derecho Administrativo, el papel unificador del WED se ha terminado. No en vano el penalista Corstens habló de una revolución silenciosa en el Derecho Penal<sup>46</sup>.

En realidad, la exclusividad del Derecho Penal Económico para la salvaguardia de las regulaciones socio-económicas se ha convertido en un papel complementario como *ultimum remedium* en un sistema dual de salvaguardia. El *Ultimum remedium* o *ultima ratio* no significa que el papel del Derecho Penal Económico se haya reducido a un amenaza de castigo, pero sí significa que se utiliza únicamente para hechos muy graves. Por ejemplo, hace parte de la política criminal que la fiscalía programe metas (incluyendo números de casos graves) para la lucha contra el fraude tributario, el fraude de seguros, el fraude en el mercado de valores, etc. En otras palabras, las superintendencias y las fiscalías se reparten el trabajo, según criterios de lesividad al bien jurídico en juego.

En este modelo, criterios de gestión administrativa de los casos se vuelven dominantes, pues las relaciones entre las Superintendencias y la Fiscalía están a la orden del día. La Fiscalía General redacta directrices de sobreseimiento, de transacciones y de persecución y se hacen acuerdos de una vía. A través de autocontrol en la cadena de salvaguardia se debe garantizar que los asuntos a través de filtros de peso proporcional se distribuyen entre los sistemas de salvaguardia y tramitación. Dentro del

---

46 G.J.M. Corstens. Een stille revolutie in het strafrecht, afscheidsrede KUN, Arnhem, 1995

sistema de justicia penal, el Ministerio Público ha recibido recientemente la competencia de imponer ella misma multas penales. Entonces, al lado de los tribunales penales tenemos ahora las superintendencias y la fiscalía con capacidad punitiva sancionadora <sup>47</sup>, y así, los organismos de salvaguardia siguen profesionalizándose.

El Derecho Penal Económico es sobre todo el terreno de los servicios judiciales especiales de investigación y de la fiscalía funcional especializada en delitos económicos y financieros; el Derecho Administrativo Sancionador, por su parte, está en manos de las superintendencias. Las superintendencias son a menudo el flujo natural de información para las autoridades penales y algunos de sus funcionarios no sólo son supervisores, sino que tienen también limitadas facultades de investigación judicial como funcionario extraordinario de investigación.

También se habló en estos años de la ósmosis entre el Derecho Penal Económico y el Derecho Penal General. Muchas de las reglas especiales que justificaban la codificación parcial de la WED, como la punibilidad de personas jurídicas, los poderes ampliados de investigación y la competencia ampliada de transacción, ahora han sido adoptadas en el Derecho Penal General. Cada vez más se cuestiona la vigencia de la WED (Wladimiroff, 1989) no ha terminado su vida útil<sup>48</sup>. En 2005, en un informe a la justicia, bajo el nombre *El WED en crisis*<sup>49</sup>, se hizo el balance de la salvaguardia de la regulación socioeconómica por vía WED. El informe subraya la importante función de unificación de la WED y surge la pregunta sobre si, en lugar de desaparecer esta ley, debería convertirse en un medio de regulación general para la salvaguardia de toda la regulación socioeconómica en sentido amplio.

En conclusión, se puede decir que la revolución tranquila no trata

---

47 Ver: Art. 257a y siguientes del Código de Procesal Penal.

48 M. Wladimiroff, Niets bijzonders. Een beschouwing over de dominantie van het bijzonder strafrecht bij de handhaving van sociaal-economische normen (oratie), Deventer, 1989.

49 E. Gritter, G. Knigge en N.J.M. Kwakman, De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien, Boom Juridische Uitgevers, 2005.

solamente de una reorganización de las herramientas de salvaguardia, sino también de una evolución de la salvaguardia de la ley hacia la salvaguardia del derecho, pues se presta mucho más atención al funcionamiento social de la salvaguardia del derecho. La política legislativa, la política de salvaguardia, con un rol independiente para la salvaguardia del derecho, no tiene una función puramente instrumental, como una extensión y culminación de la gestión, también tiene una función normativa para el fortalecimiento de la conciencia jurídica y protección de los valores del derecho, los bienes jurídicos y las normas sociales<sup>50</sup>.

También vemos que se endurece la salvaguardia. Grandes investigaciones de fraude en el mercado de valores, en el sector de la construcción, en relación con las subvenciones de la Unión Europea, en relación con el Impuesto al Valor Agregado (IVA), en el sector inmobiliario, etc., llenan los tribunales penales económicos. Casos de protección penal de bienes jurídicos en relación con el medio ambiente, la salud pública, o la protección del consumidor llegan también a los tribunales penales económicos. Muchos de estos casos son complejos y grandes, algunos de ellos combinados con el crimen organizado. Se puede observar que por la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran tanto personas físicas como personas jurídicas en el banquillo, así como en graves violaciones del medio ambiente se ve ríos de casos contra entidades públicas, incluido el propio Estado.

Sin embargo, la aplicación de sanciones penales no siempre es fácil. Por la complejidad de los casos penales, el Ministerio Público se enfrenta a menudo con cuestiones complicadas de prueba y / o casos penales con muchos aspectos transnacionales. El Ministerio Público tampoco es capaz de llevar siempre grandes casos criminales según las reglas del arte de la conducción de procesos. En los últimos años,

---

50 W. Duk. Tanden van het recht, Oriënterende beschouwingen over sancties, oratie, Zwolle, 1973.

varios megacasos han fracasado por problemas de pruebas o errores de procedimiento. En una serie de importantes casos penales el Ministerio Público ha sido sancionado también por el juez penal (inadmisibilidad, exclusión de pruebas, disminución de penas), por importantes errores de procedimiento o actuaciones inaceptables. Esto crea una imagen de un sistema de salvaguardia defectuosa y de un Derecho Penal inadecuado. Sin embargo, esa imagen no es del todo justificada. En el Ministerio Público la especialización en el ámbito del Derecho Penal Económico ha tomado forma por la creación de la Fiscalía especial y por la agrupación de competencias en determinados tribunales. Por otra parte, el sistema neerlandés de justicia penal es uno de los más activos en Europa en el ámbito de delitos económicos y financieros. También una serie de casos importantes han resultado en condenas penales (caso Ahold, fraude en la construcción, fraude en inversiones, etc.)

De otra parte, la mantención administrativa se fortaleció más y esto de una manera que va mucho más allá de lo que fue inicialmente planeado<sup>51</sup>, puesto que las multas administrativas no se aplican solamente a delitos menores tipificados, sino también, y cada vez más, a delitos complejos y graves. En una serie de leyes especiales, como la Ley de Competencia y la Ley de Supervisión Financiera se prevé sanciones punitivas que superan las sanciones monetarias del Derecho Penal y en altas multas mínimas con una competencia de moderación. Este nuevo desarrollo hacia un derecho administrativo muy punitivo para personas físicas y jurídicas no está exento de consecuencias. Cada vez más el juez administrativo y el legislador administrativo se ve en la obligación de prever reglas semipenales con relación a la autoría, la culpa, obtención de prueba y utilización de prueba, bases de justificación, etc. El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal Económico convergen rápidamente. La

---

51 Ver opinión consultiva CTW Handhaving door bestuurlijke boeten, 94/1, Den Haag, 1994.

administración sancionadora se parece cada vez más al Derecho Penal, pero la gran diferencia es, por supuesto, que inicialmente no es el juez, sino la administración la que aplica la sanción penal. La cuarta entrega de la AWB es una codificación del Derecho Administrativo Sancionador, con un inicio de parte general para este nuevo Derecho Administrativo.

En la dogmática del Derecho Penal después de la Segunda Guerra Mundial, no existe unanimidad acerca del enfoque deseable. Una tendencia importante aboga por la protección penal de bienes jurídicos colectivos y un desarrollo del derecho penal económico y financiero. También hay un importante movimiento, especialmente representado por la Escuela de Frankfurt dirigida por Hassemer<sup>52</sup>, quien quiere regresar a un papel limitado kantiano del derecho penal y quien quiere dejar completamente la salvaguardia de las regulaciones socioeconómicas al derecho administrativo sancionador. También hay un movimiento criminológico más pequeño que propone el abolicionismo del derecho penal y que quiere reemplazarlo por otros mecanismos de control social<sup>53</sup>.

### **El Derecho Penal Procesal Económico: el fortalecimiento de las debidas garantías y de la protección judicial**

Anteriormente ya se ha indicado que el Derecho Penal Económico nació como derecho de crisis y de emergencia y que las garantías y la protección judicial no fueron la primera prioridad. Después de la Segunda Guerra Mundial, la situación ha mejorado un poco, aunque muchas disposiciones del Derecho Penal Económico tienen matices especiales en el sentido de tener menos garantías jurídicas. Tipificaciones penales sin componente subjetivo, tipificaciones en blanco con reenvíos complejos, obligaciones de amplia cooperación, amplios poderes de investigación, definición más

---

52 F Herzog & U. Neumann (eds.). Festschrift für Winfried Hassemer, C. F. Müller, Heidelberg 2010.

53 Louk Hulsman & Bernat de Celis. *Peines perdues: le système pénal en question*, Centurion : Paris, 1982.

amplia de sospecha razonable como umbral para iniciar una investigación judicial, mayor limitación de la privacidad, etc. son la regla.

En la década pasada se habló claramente del fortalecimiento de las debidas garantías en el Derecho Penal Económico y en el Derecho Administrativo Sancionador adyacente. Este proceso se ha desarrollado por varios canales: acuerdos de derechos humanos, tanto internacionales como europeos, los cuales contienen disposiciones que imponen obligaciones a los estados. Por el Derecho Penal Procesal Económico se puede pensar en el principio de legalidad, el derecho a un juicio justo, el derecho o protección jurídica efectiva, el derecho a la intimidad, etc. En la región europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), han tenido una gran influencia.

En algunos países, como los Países Bajos, la jurisprudencia sobre derechos humanos también es de producción interna, porque los jueces de baja y altas cortes manejan la CEDH como normas internas, gracias al monismo de la constitución. En otros países, debido a una sólida tradición constitucional y la existencia de tribunales constitucionales, el Derecho Constitucional Nacional es de gran importancia. En estos países se habla de constitucionalización del Derecho Penal Económico. Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Francesa y el Consejo de Estado francés, jurídicamente han cortado las alas a las amplias facultades de investigación del derecho de aduana y fiscal francés y han hecho que el uso de las facultades de investigación cumplan con el principio de legalidad y de proporcionalidad y que el respeto para la protección del hogar y de la privacidad sean garantizadas.

A la pregunta sobre si la CEDH obliga para ciertas infracciones o ciertas sanciones a utilizar el Derecho Penal por encima de las otras formas de salvaguardia, no se puede formular una respuesta unívoca. No existe duda de que los castigos con privación de libertad de acuerdo al Art.5 CEDH son reservadas para el juez penal, sin embargo, a la pregunta acerca de si otras puniciones severas son reservados para el juez penal, la CEDH nunca

ha dado una respuesta unívoca. Del Art. 6 CEDH y de la jurisprudencia relacionada no se pueden deducir límites máximos claros en relación con el Derecho Administrativo Sancionador. El acceso al juez significa solamente que la apelación está abierta a un juez que puede garantizar el cumplimiento del Art. 6 CEDH, por lo que puede tratarse de un juez penal en apelación (sistema alemán), un juez administrativo (sistema holandés) o un juez civil (sistema francés).

No obstante, la jurisprudencia de la Corte, a través de la interpretación del concepto “acusación en materia penal” en virtud del Art. 6 CEDH, ha decidido que multas administrativas muy elevadas son compatibles con la CEDH, porque las garantías del Art. 6, apartado 1-3 son de aplicación. Es decir, cuando el legislador opta por un Derecho Administrativo Sancionador en lugar de un Derecho Penal Común o Derecho Penal Económico, entran en el campo de aplicación de “acusación en materia penal” y las garantías del Art. 6, apartado 1-3 (derecho a un juez independiente e imparcial, presunción de inocencia, derecho de defensa, etc.) son aplicables. El crecimiento del Derecho Administrativo Sancionador no es entonces una huida de las salvaguardias del Código Penal, sino que es la ósmosis entre ellos lo que, precisamente, los han vuelto posibles. Ya sea que se trate de los derechos de defensa, de presunción de inocencia o del derecho a guardar silencio, garantías similares son válidas, tanto en el Derecho Administrativo Sancionador como en el Derecho Penal Económico. Así, por ejemplo la CEDH ha indicado que tipificaciones penales o ilícitos administrativos pueden definirse sin elementos subjetivos, si las sanciones son proporcionadas. A mayores sanciones la intención puede basarse en una presunción legal, siempre bajo la condición de que esta presunción puede ser refutada. Estos criterios de derecho material y de derecho de prueba, junto con la presunción de inocencia, valen entonces tanto para el Derecho Penal Económico como para el Derecho Administrativo Sancionador<sup>54</sup>.

---

54 Ver Case of Salabiaku v. France, EHRM, 7 de octubre de 1988,

Aunque la suposición de base es que el Art. 6 CEDH no contiene normas sobre el derecho de prueba, la CEDH ha desarrollado, sin embargo, una doctrina de jurisprudencia sobre la relación entre la obtención de prueba, la utilización de pruebas y el juicio equitativo. Para esto la CEDH mira toda la cadena del proceso, desde la investigación inicial hasta el juicio de fondo. Esa cadena procesal en su conjunto debe cumplir los requisitos de un debido proceso<sup>55</sup>. La Corte, por ejemplo, ha señalado en su jurisprudencia que las garantías del Derecho Penal como el derecho a guardar silencio, también deben ser garantizados en la supervisión administrativa, cuando existe la intención de utilizar la pruebas obtenidas durante la supervisión como pruebas admisibles en el proceso penal<sup>56</sup>. Además, la CEDH ha tratado, pero no siempre en forma unívoca, sobre la relación entre el derecho al silencio y el principio *nemo tenetur*. En muchos derechos penales económicos existen fuertes obligaciones de colaboración, incluyendo obligaciones que pueden llevar a autoincriminación<sup>57</sup>. La CEDH, también, ha calificado ciertas modalidades de competencias especiales de investigación (infiltraciones y provocaciones, testigos anónimos) como una violación de CEDH..

Es importante tener en cuenta el principio de legalidad del Art. 7 CEDH, pues al implementar la legislación de la Unión Europea no se puede limitar a copiar su en el Derecho Penal Económico, porque muchas veces esas reglas no están definidas con suficiente precisión y, por lo tanto, existe el riesgo de violación potencial del principio de *lex certa*. También cabe preguntarse si todas las normas articuladas, en el Derecho Penal Económico cumplen con la obligación de previsibilidad del Art. 7 CEDH. Las personas a las cuales va dirigida la norma deben saber en forma precisa y antes (*lex*

---

55 Ver ejemplo Case Imbroschia v. Switzerland, ECHR, 24 de noviembre de 1993.

56 Case of Saunders v. United Kingdom, EHRM, 17 de diciembre de 1996.

57 Ver D.R.. Doorenbos y S.C.J.J. Kortman, y Handboek Marktmissbruik, Serie Onderneming en Recht, nr. 34, Kluwer, Deventer, 2008.

*prævia, lex certa*) lo que está prohibido, mandado y cuáles son los deberes de garantía, en otras palabras cuales conductas (comisiones u omisiones) son objeto de salvaguardia penal.<sup>58</sup>

En definitiva, la CEDH y los jueces nacionales entienden las particularidades del Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Penal Económico, pero no han hecho lo suficiente para que estos sistemas de salvaguardia se desarrollen según las garantías legales del Estado de Derecho y de los acuerdos de los derechos humanos.

### **Europeización e internacionalización del Derecho Penal Económico**

Otra revolución silenciosa es la de la internacionalización / europeización de la regulación socioeconómica. En un número de áreas el impacto de la internacionalización de las normas europeas es muy substancial. Esto es particularmente cierto para las regulaciones ambientales, pero también para partes del derecho aduanero o de la criminalidad económica transnacional cometida en un contexto organizado. La influencia de la política y el derecho europeo sobre la regulación socioeconómica es, en muchas ocasiones, lo más importante, y esto es válido tanto por el contenido de la reglamentación, como por la salvaguardia de esta. El contenido sustancial de la regulación socioeconómica es en gran parte consecuencia de las directivas y reglamentos europeos. La lealtad a la Unión Europea, descrita en el Art. 4 (3) del Tratado de la Unión de Lisboa, obliga a todos los órganos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Jurisdiccional) a realizar los objetivos del tratado, a cumplir la legislación secundaria y las obligaciones consecuentes.

Una gran parte de las regulaciones socioeconómicas donde se aplica la WED, tienen sus orígenes, sus raíces, en las directivas y reglamentos europeos, y por lo tanto, en el derecho comunitario o derecho de integración de la Comunidad Europea. Para la salvaguardia de estas normas materiales el legislador de los Países bajos ha escogido el Derecho Penal económico,

---

<sup>58</sup> Case of Scoppola v. Italy (no 2), EHRM 17 de septiembre de 2009.

en la mayoría de los casos en combinación con el Derecho Administrativo Sancionador (modelo de salvaguardia dual). Esa preferencia del legislador no sólo es motivada por la política nacional de justicia penal, sino también por las exigencias europeas. La Corte Europea de Justicia ha impuesto un deber de salvaguardia para garantizar el cumplimiento con los bienes jurídicos europeos y su ejecución debe responder a las exigencias de efectividad y, proporcionalidad<sup>59</sup>, luego el legislador europeo ha armonizado el contenido sustancial de los tipificaciones (lo prohibido, lo mandado, deber de garantía), y las normas de supervisión y sanciones.

La armonización comunitaria de la salvaguardia no significaba hasta hace poco la salvaguardia directa a través del Derecho Penal. De hecho, la elección del sistema de salvaguardia (Derecho Civil, Derecho Disciplinario, Derecho Administrativo, Derecho Penal) para proteger los bienes jurídicos de una política comunitaria era exclusivamente de competencia nacional. No estaba claro jurídicamente si la Comunidad Europea tenía las competencias para imponer coactivamente el uso del Derecho Penal para proteger los bienes jurídicos comunitarios. Sin embargo, la exigencia comunitaria de una salvaguardia efectiva (también en la aplicación práctica)<sup>60</sup> obligó al legislador nacional, indirectamente, al uso de sistemas punitivos de salvaguardia. Una vez escogida la opción del Derecho Penal, todos los principios del derecho europeo como primacía del derecho comunitario, aplicación directa, interpretación conforme a las directivas, fidelidad comunitaria, etc. se aplican también en el Derecho Penal Procesal. Como consecuencia, el derecho comunitario ha dado lugar en todos los países europeos, a una armonización indirecta del Derecho Penal Económico, sobre todo en el terreno sustancial.

Con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea de Maastricht (1992) y la armonización directa del Derecho Penal bajo

---

<sup>59</sup> En el caso de la Comisión c. Grecia, 68/88 la Corte de Justicia Europea ha definido que el sistema de salvaguardia debe ser eficiente, disuasorio y proporcional.

<sup>60</sup> Ver los casos de la Comisión c. Grecia, C-68/88 y Comisión c. Francia. C-265/95.

el llamado *tercer pilar*<sup>61</sup>, se realizó una importante armonización de subpartes del derecho sustantivo a través de convenios, y desde el Tratado de Amsterdam (1999) a través de las decisiones marcos. No fue creado un derecho penal europeo<sup>62</sup> con delitos europeos o eurodelitos o un Derecho Penal Económico europeo, lo que sucede es que muchos decretos marcos han obligado al legislador nacional a adaptar, no sólo el Código Penal, sino también el Derecho Penal Económico. Sin embargo, el tercer pilar no solía, en la mayoría de los casos, centrarse en la salvaguardia del Derecho Comunitario (primer pilar). Así que no apareció un derecho de la Unión encaminado a la salvaguardia por el Derecho Penal de la regulación financiera (servicios financieros, derecho de sociedades, quiebras) o encaminado a la salvaguardia por el derecho penal de violaciones graves de aduana.

Solamente en 2007, la Corte de Justicia declaró como competencia funcional del legislador comunitario pasar a la armonización del Derecho Penal en ciertos campos de la política comunitaria, en la medida que sea necesario para los objetivos de la política europea<sup>63</sup>. Es así como fueron anuladas las decisiones marcos de la Unión Europea (UE) sobre la protección penal del medio ambiente y de la contaminación por barcos en alto mar<sup>64</sup>. Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se constituyeron de esa manera las primeras directivas con un contenido penal, a saber, en el ámbito del Derecho Penal del medio ambiente<sup>65</sup>. De

---

61 Ver: A. Klip, *European criminal law. An integrative approach*, Intersentia, 2009.

62 Zie K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Carl Heymans Verlag, 2002.

63 Zie J.A.E. Vervaele, *The European Community and Harmonisation of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in U. Sieber, e.a. (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Festschrift für Klaus Tiedemann*, Carl Heymans Verlag, 2008, 1355-1384.

64 Ver: Corte Europea de Justicia, casos C-176/03 y C-440/05.

65 Ver: directivas 2008/99/EG con respecto a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal, 19 de noviembre de 2009. Boletín oficial EU 2008, L 328/28 y directiva 2009/123/EG, con respecto a la contaminación desde barcos e implementación de sanciones en caso de infracciones, 21 de octubre de 2009, Boletín oficial EU 2009, L 280/52.

otro lado, la nueva competencia funcional de la Comunidad Europea (CE) se utilizó también para armonizar penalmente las tipificaciones en materia de migración ilegal por ejemplo<sup>66</sup>.

Con la integración europea, el carácter transnacional de la criminalidad ha aumentado y por lo tanto la necesidad de la cooperación transnacional, horizontal entre las autoridades de salvaguardia <sup>67</sup>. Desde el Tratado de Ámsterdam existe, al lado del mercado interno, un espacio común de libertad, seguridad y justicia, lo cual significa un espacio judicial común en el cual la lucha contra la criminalidad transnacional es una prioridad. Por este motivo, en la legislación de la CE se ha dado forma a una cooperación administrativa entre las autoridades de salvaguardia (cooperación administrativa mutua) y en el derecho de la UE, los instrumentos tradicionales de asistencia (extradición, comisión rogatoria para la obtención de pruebas, etc.) son sustituidos por un programa ambicioso de instrumentos de reconocimiento mutuo, como la euroorden de detención y arresto, la orden europea de obtención de pruebas, etc.<sup>68</sup>. Medidas nacionales coercitivas obtienen un impacto a escala europea y son rápidamente ejecutables en la jurisdicción compartida de los Estados miembros de la Unión.

Otra influencia interesante del Derecho de la Comunidad Europea y del Derecho de la Unión Europea es la creación de organismos europeos de salvaguardia. En el derecho de la CE, la Autoridad Europea de Competencia y European Anti-Fraud Office (OLAF)<sup>69</sup>, son en verdad

---

66 Ver: directiva 2009/52/EG, para la definición de normas mínimas con respecto a la sanción y las medidas contra el empleador de sujetos con residencia ilegal de países terceros, 18 de junio de 2009, Boletín Oficial EU 2009, L 168/24.

67 Ver A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, Gouda Quint, Deventer 2001.

68 Ver Borgers, M.J. & Kristen, F.G.H. (Eds.). (2008). *Europees straf(proces)recht. Basisteksten*. Nijmegen: Ars Aequi Libri

69 De J.A.E. Vervaele, *Towards an Independent European Agency to fight fraud and corruption in the EU*. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1999, pp. 331-346.

órganos de salvaguardia administrativa, cuyo poder es en general más amplio que sus homólogos en los Estados miembros. La Autoridad Europea de Competencias puede registrar empresas y habitaciones. Para estas competencias la Autoridad necesita una orden judicial nacional, pero el juez nacional solo tiene competencia para controlar la proporcionalidad de la demanda (no la legalidad). Las competencias de OLAF son más limitadas, pero en el terreno del fraude y corrupción muchas veces prepara el terreno para la investigación judicial nacional, e indirectamente la prueba en casos penales. Por esta razón hay mucha cooperación entre OLAF y las autoridades judiciales nacionales. En el Derecho de la Unión Europea (tercer pilar) fueron creados Europol y Eurojust. En el marco del Tratado de Ámsterdam, estos organismos de salvaguardia no tienen competencias operacionales. Sin embargo, son actores claves para el intercambio de información policial y judicial su análisis y para la coordinación de la cooperación transnacional en la Unión Europea.

El Tratado de Lisboa ha abolido la estructura de pilares. Ahora hay sólo un Derecho de la UE y el método habitual es el del derecho comunitario. La UE recibe la competencia de una armonización de gran alcance del Derecho Penal Procesal nacional. Particularmente para el derecho penal sustantivo, el Tratado prevé una armonización penal para proteger los bienes jurídicos de las políticas comunitarias armonizadas. Una mayor armonización del Derecho Penal Económico está en el horizonte. También para el Derecho Penal Procesal se espera en los próximos años que la Unión armonizará esto tanto en el ámbito de competencias de investigación y obtención de pruebas, como en el ámbito de la utilización de pruebas y garantías legales. Por último, en el Tratado de Lisboa la base jurídica es creada para una competencia operacional limitada de Europol y Eurojust<sup>70</sup>. Esto significa que ellos podrían iniciar una investigación policial y penal.

---

70 J.A.E. Vervaele, European enforcement agencies in the area of freedom, security and justice: the Eurojust-European Public Prosecutor binomial, in 5th European Jurists' Forum, Budapest, 2009, pp.117-138

El Tratado prevé también un Fiscal Europeo, inicialmente limitado a la investigación y persecución de fraudes en detrimento de los ingresos (IVA, derechos de aduana) y gastos (subsidijs de la UE) y la corrupción y el blanqueo de dinero relacionado. El Tratado de Lisboa representa una mayor europeización del Derecho Penal Económico y Financiero y una mayor verticalización en su aplicación. En resumen, el Derecho Penal Económico y Financiero recibe no solamente una mayor dimensión europea, sino que, también, se vuelve cada vez más una parte de una soberanía compartida entre el Estado miembro y la Unión Europea y, por lo tanto, está destinado a realizar los objetivos europeos de integración.

La Corte de Justicia de la Comunidad Europea ha desempeñado históricamente un papel importante en la integración. En particular mediante el reconocimiento y el desarrollo de los principios generales del derecho comunitario, la Corte ha logrado elevar la protección de los derechos humanos en la CE a un nivel superior a la del CEDH. Así los derechos de defensa para las empresas en el marco del derecho europeo de competencia o la investigación de fraude financiero por la OLAF son sensiblemente superiores a las investigaciones administrativas nacionales. Con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Corte de Justicia recibió también la competencia, en tanto sea reconocido por los Estados miembros, para pronunciarse sobre la validez e interpretación de las decisiones marco<sup>71</sup>. La Corte ha utilizado esta competencia para desarrollar en el derecho del tercer pilar principios generales del Derecho de la Unión y dar forma y contenido a la protección de los derechos humanos en el tercer pilar.

Así, la Corte de Justicia ha desarrollado una importante jurisprudencia en relación al principio *ne bis in idem* en el espacio común de libertad, seguridad y justicia, para evitar que las mismas personas sean

---

71 Con base en el Art. 35 EU Acuerdo de Ámsterdam.

sancionadas penalmente dos veces por los mismos hechos<sup>72</sup>. La realización de este *ne bis in idem* transnacional ha tenido una gran influencia en la jurisprudencia de la CEDH<sup>73</sup>. Así, la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la UE y el texto de la Carta para los Derechos Fundamentales de la UE han influenciado directamente la jurisprudencia de la CEDH con respecto al principio de legalidad y la aceptación de la fuerza retroactiva de penas más ligeras (principio de *lex mitior*)<sup>74</sup>. Todo indica entonces una creciente sinergia entre las dos Cortes.

Con el Tratado de Lisboa, la Corte de Justicia recibe plena competencia también para el ámbito penal<sup>75</sup>. Por lo tanto, se debe esperar que la Corte utilice ese poder para llegar a un sistema equivalente de debidas garantías en el espacio común de libertad, seguridad y justicia. Por último, el Tratado de Lisboa prevé no sólo una Carta de Derechos Fundamentales obligatoria de la UE, sino también una base legal, por la cual la UE puede adherir al CEDH. Esto tendría la ventaja de que las instituciones de la UE (incluidos sus órganos de salvaguardia) deben aplicar directamente el CEDH y que los ciudadanos y las empresas pueden ir a la corte CEDH en relación a posibles violaciones de los derechos humanos por parte de organismos de la UE.

## Conclusiones

En 2011, en medio de una profunda crisis económica y financiera en los países industriales tradicionales, la regulación socioeconómica y su salvaguardia

---

72 Después de la primera pronuncianción en los casos Gözütok en Brügge, C-187/01 en C-385/01 la Corte Europea de Justicia ha tenido que inclinarse más de diez veces por el *ne bis in idem* europeo.

73 J.A.E. Vervaele, Fundamental Rights in the European Space for Freedom, Security and Justice: the Praetorian *ne bis in idem* principle of the Court of Justice, in Erkki. J. Hollo (ed.), National Law and Europeanisation, Helsinki, 2009, pp. 85-114

74 Ver caso Scoppola v. Italië (no 2), EHRM 17 de septiembre de 2009.

75 Sin embargo, existe un periodo de transición para la regulación del tercer pilar existente, a menos que esta regulación sea modificada. Ver protocolo No. 36.

mediante el Derecho Penal Económico y Financiero está más que nunca en el centro de atención. La desregulación ha debido dar paso a una nueva ola de regulación. Tanto en los EE.UU. como en Europa, el *Regulatory State* está plenamente ocupado con una regulación totalmente nueva de los mercados financieros y una revisión del sistema de salvaguardia. Todo indica que los EE.UU. están en su cuarta ola de regulación de su historia<sup>76</sup>.

Este enfoque no se limita al sector financiero, también se extiende a la criminalidad medioambiental, la criminalidad digital y la criminalidad transnacional en relación con el crimen organizado. Esta nueva ola de regulación va de la mano con una crisis de codificación y de legitimidad del Estado y del Derecho. La idea de que los estados-nación pueden asegurar a la protección penal de los bienes jurídicos esenciales en una codificación está bajo fuerte presión. De hecho, mucho más que en los años sesenta, esta nueva ola parte de un proceso de globalización.

El *Regulatory State* ya hace mucho que no puede ser reducido a un estado-nación. Muchas normas y ahora también la vigilancia vienen de los foros internacionales y regionales tales como el G7/G20 y la Unión Europea. Por la digitalización de nuestra sociedad de la información, los puntos de referencia con el territorio nacional se han vuelto también más difusos. Los proveedores de servicios tales como compañías de tarjetas de crédito, las líneas aéreas y las compañías de telecomunicaciones disponen de enormes cantidades de datos que proporcionan una comprensión en los detalles de la vida y actividad de los usuarios y de perfiles de riesgos potenciales y delincuenciales.

El Derecho Penal Económico aumentará en importancia en los próximos años y se internacionalizará aún más<sup>77</sup>. Ya en los medios de comunicación se señala que los bancos neerlandeses están en el banquillo

---

<sup>76</sup> Las tres olas de regulación están descritas como *Progressive Age*, *New Deal* en *New Social Regulation*.

<sup>77</sup> El reciente manual de B. Zagaris *International White Collar Crime*, Cambridge University Press, (2010), es una buena ilustración.

de acusados en los EE.UU. a causa de lavado de dinero en el Medio Oriente o que el municipio de Ámsterdam se debe justificar penalmente debido a la corresponsabilidad para la exportación y vertido de residuos peligrosos en el oeste de África; o que los Países Bajos no regula ni controla adecuadamente el comercio de precursores (materia prima) para la fabricación de drogas sintéticas.

No hay duda de que la aplicación del Tratado de Lisboa y la profundización de la integración europea tendrán muchas consecuencias para el Derecho Penal Económico y Financiero. No se puede excluir que en un futuro previsible se hable de su armonización, incluso en el sentido de que surjan eurocrímenes relacionados con el mercado interior, unión aduanera y unión monetaria, espacio de libertad, seguridad y justicia. Aquí se debe pensar en protección de la propiedad intelectual, el derecho penal de sociedades, la protección penal de los fraudes alimentarios graves, etc. También es pensable que las agencias de salvaguardia europeas se transformen en organismos europeos especiales de investigación, eventualmente dirigido por un Fiscal Europeo.

Hay también un tercer desarrollo que se presentó igualmente en los tiempos de crisis a finales del siglo XX. Dentro del Derecho Penal y también dentro del Derecho Penal Económico y Financiero nace cada vez más un derecho penal de excepción o de seguridad, principalmente en relación a la lucha contra el terrorismo. El Derecho Penal y el Derecho Penal Económico y Financiero son utilizados no solamente para aprehender, procesar y castigar al culpable, sino también para prevenir el terrorismo. Este derecho penal proactivo afecta también el Derecho Penal Económico y Financiero, pues a través de la tipificación como delito de financiación del terrorismo y de la falta de cooperación en sanciones diplomáticas y políticas impuestas por las listas de terroristas de la Naciones Unidas y la UE<sup>78</sup>, este se inserta

---

<sup>78</sup> C. Eckes, *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights. The case of Individual Sanctions*. Oxford University Press, 2009.

también como derecho de seguridad<sup>79</sup>.

Las razones abundan, tanto en teoría como en la práctica, para seguir la evolución del Derecho Penal Económico y Financiero de cerca. En los Países Bajos su ámbito es de todos modos una realidad viva. No es un campo polvoriento de definiciones simbólicas en leyes especiales, sino una realidad de salvaguardia especializada con mucha fuerza de actuación de los ministerios, los organismos supervisores, de servicios de investigación, fiscales, poder judicial y abogados. El mero hecho de que en los Países Bajos existan bufetes de abogados especializados para el Derecho Penal Económico y financiero y que mega bufetes tengan especialistas en este campo habla por si solo. Por el gran número de casos se habla también de un campo dinámico del derecho con mucha jurisprudencia. En algunas áreas, tales como la responsabilidad de personas jurídicas y la protección penal del medio ambiente los Países Bajos son también líderes en Europa.

En los próximos años el Derecho Penal Económico y Financiero evolucionará como especialización. Pero, entonces, la relación con los principios generales del Derecho Penal Procesal también seguirá siendo importante. En el futuro no se podrá perder de vista la relación con el Derecho Administrativo Sancionador y el modelo de salvaguardia dual.

Hay toda una serie de preguntas que solo podrán encontrar respuestas si se tiene en cuenta la parte general del Derecho Penal, como son: ¿el paradigma de seguridad lleva a un Derecho Penal Económico y Financiero que para determinados riesgos no proporciona más componentes subjetivos, ó elimina la presunción de inocencia, baja el umbral de sospecha o los indicios para abrir una investigación judicial? ¿Es la puesta en peligro objetiva suficiente? ¿Es la distribución de la información entre proveedores de servicio a nivel mundial<sup>80</sup> un brazo proactivo de la justicia penal? y

---

79 I. Tappeiner, Orde in de Unie. Informatie-uitwisseling en bescherming van de privacy bij grensoverschrijdende openbare- ordehandhaving in de Europese Unie, Utrecht, 2009.

80 Ver los acuerdos concluidos recientemente de intercambio de información entre los EEUU y la UE en relación a las transacciones financieras (acuerdos SWIFT) o en relación con los datos de pasajeros (acuerdo PNR).

¿qué significa esto para la colecta de pruebas y la utilización de pruebas? ¿La globalización y la integración europea proveen nuevas preguntas con respecto a la elección de la jurisdicción para la investigación penal y el juicio? (Luchtman, 2009: 929-987)<sup>81</sup>? Estas son cuestiones con las cuales estará confrontado el Derecho Penal Económico y Financiero cada vez más y sólo pueden ser contestadas desde los principios generales y la parte general.

De la historia del Derecho Penal Económico y Financiero está claro que es realmente algo especial, tanto con respecto al contenido y la forma de la reglamentación, como en relación con la arquitectura del sistema de Derecho Penal (autoridades, poderes, garantías, la justicia, etc.). El papel del Derecho Penal Económico y Financiero no parece agotado, sino todo lo contrario, la nueva ola de regulación y su salvaguardia se realizará conjuntamente con este. Hay, pues, un futuro importante para el papel del Derecho Penal Económico y Financiero y vale la pena estudiar sus múltiples facetas.

## Referencias

- Bacigalupo, E. Curso de derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Bacigalupo, S, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- Baigún, D., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Desalma, Buenos Aires, 2000
- Bajo Fernández, M y Bacigalupo, S., Derecho Penal Económico, Madrid, 2010.
- Blanco Cordero, I., El delito de blanqueo de capitales, Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
- Delmas-Marty, M & Vervaele, J.A.E., The implementation of the Corpus Juris in the Member Status, vol I-IV, Intersentia, 2001-2001.
- Ferre Olive, J. Blanque de Capitales y Criminalidad Organizada, Huelva, 1999.
- Foffani, L. Protección del crédito, la bolsa y el ahorro, en L. Foffani, K. Tiedemann, ,L. Arroyo Zapatero & A. Nieto, Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea, 2006, pp. 84-186.

---

81 Ver M.. Luchtman, De normering van de strafrechtelijke forumkeuze in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, Delikt en Delinkwent, 2009, pp. 929-987.

- Giudicelli-Delage, *Le droit pénal des affaires en Europe*, Paris, 2006.
- Martínez – Bujan Pérez, C., *Derecho penal económico, Parte General*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- Martínez – Bujan Perez, C., *Derecho penal económico, Parte Especial*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- Nieto, A. *El delito de quiebra*. Tirant lo Blanch. Barcelona. 2000.
- Nieto, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008.
- Righi, E. *Los delitos económicos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Sutherland, E. *El delito de cuello blanco*, Universidad central de Venezuela, 1994.
- Tiedemann, K., *Manual de derecho penal económico, Parte general y especial*, Tirant lo blanch, 2010.
- Tiedemann (dir), Nieto Martín (coord): *Eurodelitos. El derecho penal económico en la UE*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca 2004 (reimp. 2006).
- Vervaele, J.A.E, *El derecho penal europeo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2010.
- Vervaele, J.A.E., *societas/universitas delinquere ed puniri potest en Consejo General del Poder Judicial, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*. *Estudios de derecho judicial*, 115, Madrid, 2007, pp. 11-64.
- Vervaele, J.A.E & Klip, A, *European cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, Kluwer Law Internacional, The Hague-London-Boston, 2002.
- Vervaele, J.A.E, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, Kluwer, Deventer, 1992.
- Zuñiga Rodríguez, L, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- Liber Amicorum M Wladimiroff, *Iets bijzonders*, SDU, Den Haag, 2002.
- J.A.E. Vervaele & A. Klip, *European Cooperation between tax, customs and judicial authorities*, Kluwer, *European Monographs*, 32, Deventer, 2002.
- P.A.H. Bos, *Nederlands economisch strafrecht, Preadvies voor de Vereniging. voor de vergelijk.ende studie van het recht van Belgie en Nederland*, Zwolle, 1971.
- TH.A. DE ROOS, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie*, Utrecht, Gouda Quint, 1987.
- J.Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid*, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1994.
- M. Wladimiroff, *Facetten van het economisch strafrecht*, Anrhem, 1990.

- R. J.G.M. Widdershoven, Handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland: terugblik en perspectief, RM Themis, 1995, pp. 205-218.
- A.E. Hartevelde & B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe, Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht, Wolters-Noordhoff, 1992.
- P. van Dijk, e.a., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.
- D.V.A.. Brouwer, Dwangmiddelen in bijzondere wetten, Kluwer, Deventer, 1999.
- J.H. Jans, e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Ars Aequi Libri, 2<sup>e</sup> editie, 2002.
- C. H. Brants & K.L.K. Brants, De sociale constructie van fraude, Gouda Quint, 1991.
- F. G.H. Kristen, Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2004.
- M. J.J. P. Luchtman, Grensoverschrijdende sfeerrcumulatie, Wolf Legal Publishers, 2007-
- D. Doorenbos, Financieel strafrecht, Kluwer, Deventer, 1992.
- J.A.E. Vervaele, Compliance and Enforcement of European Community Law, Kluwer Law International, Den Haag/Boston, 1999.
- N.J.M. Kwakman, De verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheid in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing, in M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, Dwangmiddelen en rechtmiddelen, derde interimrapport Strafvordering, 2001, Deventer 2003.
- G. Corstens, Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving, Preadvies NJV, 1984.
- G. CORSTENS, Een stille revolutie in het strafrecht, afscheidsrede Nijmegen, Gouda Quint, Arnhem, 1995.
- M.J. Visser, Zorgplichtbepalingen in het strafrecht, Gouda Quint, 2001.
- M.S. Groenhuijsen en G.Knigge, Het vooronderzoek in strafzaken. Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, 2001.