

ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS

Magistrado Presidente, Sala de Casación Penal
Tribunal Supremo de Justicia
Doctor en Derecho (U.C.A.B.)



DELITOS CAMBIARIOS

**CONTROL DE CAMBIOS
LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO**

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N°7
Caracas / Venezuela / 2003

ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS

Magistrado Presidente, Sala de Casación Penal
Tribunal Supremo de Justicia
Doctor en Derecho (U.C.A.B.)

DELITOS CAMBIARIOS

**Control de Cambios
Ley sobre Régimen Cambiario**

7

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Manuales Jurídicos
Caracas/Venezuela/2003

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por el autor

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N° 7

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:

ISBN:

Depósito Legal lf:

ISBN:



PALABRAS PRELIMINARES

En la oportunidad de la promulgación de la Ley de Régimen Cambiario de 1995, el hoy Magistrado Alejandro Ángulo Fontiveros, Presidente de la Sala de Casación Penal, comentó la normativa allí consagrada en su libro **Delitos Cambiarios, Control de Cambios, Ley sobre Régimen Cambiario**, editada, en ese mismo año, con prólogo del recordado Profesor Fernando Pérez Llantada, S.J., para la fecha, y hasta el momento de su regreso a la tierra, Director de Post-Grados de la Universidad Católica Andrés Bello y ex Decano de su Facultad de Derecho.

Cuando estamos frente a una situación que ha requerido el reestablecimiento de un sistema de control de cambios, el Tribunal Supremo de Justicia ha acordado la publicación de una nueva edición de esta obra a través de la Fundación Gaceta Forense.

La misma se compone de dos capítulos. El primero ubica este tipo de delitos dentro del campo penal económico, con una especificidad propia con miras a permitir el conocimiento, como señala el autor, de “las esencias de una materia tan polémica”. En el otro, Ángulo Fontiveros realiza una acuciosa labor de interpretación de la normativa vigente, al tiempo que permite comprender cómo surgen “unos delitos inauditos desde todo punto de vista en un país bendito por un suelo prodigioso”. Finaliza con la recopilación de las disposiciones administrativas sobre la materia. Estas las ha agregado con el objeto de ofrecer “una visión útil del conjunto”: ciertamente podrán modificarse en esta nueva encrucijada de la vida nacional en algunos aspectos, pero es indudable que lo sustancial permanecerá inalterable.

El Tribunal Supremo de Justicia espera que la comunidad jurídica venezolana brinde a este libro la misma acogida que ha dado a nuestras otras publicaciones por entender que constituye una contribución para facilitar la comprensión de esta delicada materia.

Caracas 20 de febrero de 2003.

Iván Rincón Urdaneta

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL VA

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA POLITICOADMINISTRATI-

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez
Primer Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Pérez Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

A Beatriz, mi esposa.

ÍNDICE

Palabras preliminares	III
Prólogo	VIII
Introducción	1
CAP I: DELITOS CAMBIARIOS	3
1.1. Concepto	3
1.2. Naturaleza jurídica	5
1.3. Características	15
1.3.1. Nota previa	15
1.3.2. Índole polémica	16
1.3.3. Multidisciplinariedad	16
1.3.4. Excepcionalidad	18
1.3.5. Ultractividad	19
1.3.6. Tipos abiertos o en blanco	27
1.3.7. Carácter indiferente cuanto a su implicación ética	45
1.3.8. Intervención de personas jurídicas	48
1.3.8.1. Nota previa	48
1.3.8.2. Criminalidad de personas jurídicas	48
1.3.8.3. "Societas delinquere non potest"	50
1.3.8.4. El verdadero problema	56
1.3.9. Área poco analizada en Derecho Criminal	73
1.3.10. Tribunales especializados	74
1.3.11. Materia propicia para el error de prohibición	76
CAP II: DELITOS CAMBIARIOS EN VENEZUELA	85
2.1. Nota previa	85
2.2. Art. 6° de la L.S.R.C.	86
2.2.1. Nota previa	86
2.2.2. Acción típica	87
2.2.2.1. Primera modalidad delictuosa	88
2.2.2.2. Las otras modalidades delictuosas	96
2.2.3. Momento consumativo	98
2.2.4. Autorización para comprar divisas	99
2.2.5. Antijuridicidad y culpabilidad	99
2.2.6. Repatriación de capital como atenuante	105
2.3. Art. 7° de la L.S.R.C.	106
2.3.1. Nota previa	106
2.3.2. Acción típica	106
2.3.3. Antijuridicidad y culpabilidad	120

2.4. Art. 8° de la L.S.R.C.	122
2.4.1. Nota previa	122
2.4.2. Acción típica	124
2.4.3. Antijuridicidad y culpabilidad	131
2.5. Tipo de penalidad establecido en la L.S.R.C.	133
2.6. Situación de las personas jurídicas en la L.S.R.C.	135
2.6.1. Nota previa	135
2.6.2. Agravación de las penas	135
2.6.2.1. Beneficiarias o instrumentos del delito	136
2.6.2.2. Situación de indefensión inconstitucional	136
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	138
BIBLIOGRAFÍA	158
ANEXO I	162
ANEXO II	204

PRÓLOGO

El tema central de esta obra es uno de los más significativos para abordarlo con entereza y así evitar el derrumbe de la sociedad.

Ya E. Sutherland en la década de los cuarenta denunció un tipo de criminalidad económica -"Delito de cuello blanco"-, que preocupaba a la sociedad norteamericana. Esta criminalidad económica se desarrolló cualitativa y cuantitativamente en muchos países del mundo, pero se enraizó de manera especial en algunos como el nuestro. Tal fue la magnitud de este fenómeno criminal que el gobierno se vio en la necesidad de aplicarle, quizás tardíamente, medidas correctivas.

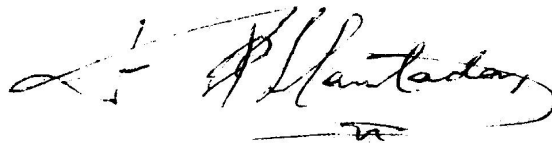
El Profesor Angulo, eminente penalista, se apresuró para comentar y dar a conocer la Ley de Régimen Cambiario, de mayo de 1995.

Eruditamente dedica, con profusión de citas, un capítulo para ubicar este tipo de delitos dentro del Derecho Penal, pero con una especificidad propia. Trae acopio de citas de eminentes penalistas de orígenes distintos, geográfica e intelectualmente, y asienta su propio criterio.

Al ser multidisciplinarias las ciencias del fenómeno criminal sería muy interesante que esta criminalidad económica se estudiara desde la Criminología, pero sobre todo desde la Política Criminal para, sobre todo, prevenirlo antes que reprimirlo.

No es fácil escribir con éxito una obra sobre una ley de fecha reciente, sin tener al alcance de la mano otros comentarios en los cuales inspirarse y con los cuales entablar diálogo. Se necesita una formación jurídica sólida y un espíritu de intérprete avezado para lograr un aporte valioso y serio al conocimiento de nuestro ordenamiento jurídico, en este caso, de Venezuela. Creo que el Doctor Alejandro Angulo Fontiveros lo consigue en esta obra suya, la cual recomiendo para conocer en profundidad esta ley y, sobre todo, para que con firmeza la autoridad competente ponga freno a este tipo de delincuencia, plaga y azote de la sociedad.

Caracas, 11 de junio de 1995.-

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Pérez Llantada y Gutiérrez', with a stylized flourish at the end.

Doctor Fernando Pérez Llantada y Gutiérrez, S.J.
Director de Post-Grados de Derecho en la U.C.A.B.
Ex Decano de la Facultad de Derecho de la U.C.A.B.

INTRODUCCIÓN

Este libro es el primero que se escribe en Venezuela sobre los delitos cambiarios. En realidad, se publicó el mismo día en que entraron en vigor las disposiciones penales que tipifican tales delitos en la Ley sobre Régimen Cambiario. Labor pionera llena por tanto de riesgos y sobre la cual se deben hacer algunas advertencias.

"Una de tales advertencias es la consabida petición de indulgencia recabada por el profano a los maestros de la especialidad, civilistas, comercialistas, administrativistas o tributaristas. Necesaria siempre, pero más todavía cuando se practica, aun forzado por las circunstancias, el siempre arriesgado deporte de cazar en terreno ajeno. Necesario, o cuando menos útil era decidirse a ello, porque, como es bien sabido, tales materias a caballo sobre dos, cuando no tres o cuatro disciplinas, han sido casi secularmente descuidadas en el aspecto penal, con muy sucintas referencias para cumplir las premisas de los programas académicos o de oposiciones".

Si tal expresó un jurista de tanta nombradía y calidades como ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS ¿qué diré yo? Mi petición de indulgencia debe ser tan grande como la obra del tratadista español por atreverme a tratar el tema de los delitos cambiarios, que añaden complicaciones ius-financieras a las disciplinas mencionadas por el autor citado, complicaciones de otra ciencia por versar sobre materias propias de la Economía y hasta complicaciones pasionales derivadas de la política y la avaricia. Pero todos saben que la parte penal es la que más impresiona e impacta a la sociedad y es indefectible su análisis, para el cual también tendrían serias dificultades quienes no sean penalistas. Y es oportuno advertir así mismo que no hay nada tan peligroso como "cazar" en zona criminal.

Análisis cuyo mérito es haberse apoyado en numerosas y enriquecedoras citas. CARRARA, quien creó más que nadie, principió su magna obra expresando ***"me propuse recoger, no crear"***. Recoger en el caso de los delitos cambiarios es indefectible y aun el trabajo fundamental puesto que, al decir del Profesor español BAJO FERNÁNDEZ, *"Es de todos sabido que ni siquiera los expertos pueden llegar a conocer medianamente el Derecho positivo al respecto". Y "más aún frente a los delitos monetarios, donde la descripción de los comportamientos prohibidos son difíciles de conocer en la mayor parte de los casos; incluso para juristas avezados"*.

Análisis que no va más allá de ser un inseguro primer paso en un tan oscuro cuan espinoso terreno, el cual amerita con urgencia seguir siendo revisado en Venezuela para que la imponente cuestión pueda ser iluminada en plenitud por mejores estudios. Análisis, en fin, que consta de lo siguiente:

En el primer capítulo trato de dar a entender el tema de los delitos cambiarios transitándolo en su género del Derecho Penal Económico, de cuyas características participa, desarrollando éstas y acentuando lo que más se relaciona con aquéllos. Es de suma importancia conocer las esencias de una materia tan polémica. En el segundo capítulo hago un esfuerzo por entender y aclimatar unos delitos inauditos desde todo punto de vista en un país bendito por un suelo prodigioso. Sin olvidar en todo el trabajo, por ser imprescindible, nuestras particularidades como nación. Por último incluyo un anexo que recoge las disposiciones administrativas cambiarias pues, aunque se modifiquen con posterioridad en algún aspecto, siempre ofrecen una visión útil del conjunto.

CAP I

"La delincuencia económica es un problema político".

Tiedemann

DELITOS CAMBIARIOS

1.1. CONCEPTO

Según el autor español más fecundo en la materia, y aludo con el debido respeto al profesor MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, son *"las infracciones al sistema legal del control de cambios castigadas con pena"*. Y el **"control de cambios"** debe definirse como *"el conjunto de formas de intervención administrativa que pueden establecerse sobre los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento se derivan o puedan derivarse, cobros o pagos exteriores"*¹.

Podría haber la duda concerniente a que si, por ejemplo, un residente compra dólares a otro residente (mercado negro) ello no es un **"cobro o pago exterior"**. Sin embargo, tal concepto ("control de cambios") incluye también el que **"puedan derivarse"** y es obvio que en la ejemplificación propuesta caben tales posibilidades, es decir, que puedan derivarse cobros o pagos exteriores.

"Divisa" es la moneda extranjera referida a la unidad del país de que se trate, según el "Manual de Términos Bancarios" del Banco Provincial². BAJO informa que *"Por divisas ha entendido el RD de 18 de enero de 1930 los 'billetes de Banco, letras de cambio, cheques, haberes en Bancos extranjeros y cualquier otro documento de giro o crédito sobre el extranjero'"*³.

Todos los países del mundo exigen que los movimientos de capital sean controlados en algún sentido, lo que implica la obligación de realizarlos siempre a través de transferencia bancaria o, aunque se permita el traslado físico, deben de ser convenientemente declarados ante las autoridades aduaneras. De este modo siempre se consigue un control fiscal del capital⁴.

En Venezuela, en la Ley sobre Régimen Cambiario promulgada el 17 de mayo de 1995, se les denominó "delitos cambiarios"; pero en la doctrina y aun en la legislación su denominación tradicional es **"delitos monetarios"**. Por eso en esta obra deben verse como sinónimos los términos "delitos cambiarios" o "delitos monetarios".

Ahondando en el concepto y respecto al "nomen iuris" mismo, ha dicho el ya citado BAJO FERNÁNDEZ:

"Se vienen entendiendo los delitos monetarios de una manera formal como las infracciones a la reglamentación de cambios (o al control de los medios internacionales de pago o al control de las divisas) castigadas con pena. Desde este punto de vista quizás no sea correcta la denominación común de 'delitos monetarios'. En efecto, esta expresión parece delimitar la índole del delito en función de su objeto material: la moneda, y ciertamente no es esta (sic) la característica (la moneda como objeto material) lo (sic) que cualifica esta clase de delitos. Dicho de otro modo, no todos los delitos que tienen como objeto material de la acción la moneda se entienden comprendidos en la expresión 'delitos monetarios'. Tal es el caso de los delitos de falsificación de moneda en sus diversas modalidades de fabricación, introducción y expedición. Precisamente -observa Marín Pérez- los delitos monetarios propiamente dichos operan sobre la moneda legítima y auténtica, al contrario de los delitos de falsificación. Además, decir que la moneda constituye el objeto material de los llamados delitos monetarios es inexacto. Más bien debe decirse que los delitos monetarios se caracterizan por incidir sobre 'medios internacionales de pago' como tales, es decir, desde la perspectiva de las relaciones comerciales internacionales. Una mayor precisión es imposible. De todas formas mediante estas dos notas características (infracción a las reglas del control de cambios que incide sobre los medios internacionales de pago) puede delimitarse suficientemente el ámbito conceptual" ⁵.

Empero, el propio BAJO FERNÁNDEZ no les intentó cambiar el nombre y los siguió llamando "Delitos Monetarios". Esta denominación le han dado también CANDELA MAS, QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ DEvesa, SERRANO GÓMEZ, CEREZO MIR, JIMÉNEZ-ASENJO, PÉREZ VITORIA, YÉBENES GUERRERO y LUCAS FERNÁNDEZ. En España, de donde son nacionales todos los autores terminados de nombrar, también se dio dicha denominación a la "Ley sobre Delitos Monetarios", que fue tomada de modelo en Venezuela. Pese a todo esto aquí se les apellidó "Delitos Cambiarios", lo que hace recordar una vez más al magníloco JIMÉNEZ DE ASÚA, quien expresó:

*"En muestra de este deseo pueril de cambiar nombres, sin ton ni son, recordemos que ahora un abogado venezolano quiere denominarle (al Derecho Penal) Derecho transgresional... Acaso por ser viejo europeo abomino de los cambios de palabras, que por otra parte, suelen dejar intactas las antiguas esencias, y porque soy un revolucionario me parece mejor cambiar los contenidos sin tocar las denominaciones usaderas"*⁶. Y 1.203 páginas después ratificó la crítica a los "..., cambios de títulos, a que se tiene tanta afición en hispanoamérica..."; y en la página siguiente disparó otra que nos concierne directamente: *"...Pero el caso es que, una vez más en Venezuela se ha despreciado la continuidad, tan importante en los pueblos como en los hombres..."*⁷.

Acaso incluso sea preferible a la denominación "delitos cambiarios" la propuesta por el hispano JUAN BUSTOS: "delito de evasión de capitales"⁸.

En realidad, creo preferible la tradicional designación "Delitos Monetarios", hartamente conocida y que difícilmente propiciará confusión con la falsificación de monedas, excepto a quien sea muy ajeno a la materia penal.

1.2. NATURALEZA JURÍDICA

Los delitos monetarios están encuadrados, quizá como la parte "más afín a la criminal"⁹, en el marco del denominado Derecho Penal

Económico¹⁰ o *"conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico"* y, en sentido estricto, es el *"conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía"*¹¹.

Hay un concepto prejuiciado y por ello en mi opinión criticable de los **"delitos económicos"**, como los cometidos *"a través de una empresa o en beneficio de una empresa"*¹². Tal criterio, influido por la criminología y su rabiosa animadversión hacia la delincuencia de *"cuello blanco"* **solamente**, es insuficiente porque pareciera que **sólo** pueden ser cometidos por empresarios o gente adinerada. Y en consecuencia serían delitos especiales, o sea, los que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas (por ejemplo la concusión por funcionarios públicos). La realidad es muy otra, pues son susceptibles de ser también cometidos por quienes no son empresarios ni acaudalados. Buen ejemplo de esto son los propios delitos cambiarios y así mismo los delitos bancarios. Respecto a los últimos se observa mejor semejante prejuicio, al menos en Venezuela, ya que la percepción general de su ejecutoria es como un monopolio de los banqueros, quienes **únicamente** podrían incurrir en los mismos. Empero, son delitos bancarios los delitos de los banqueros e instituciones bancarias y, **también**, los delitos **contra** los Bancos. Delitos que, con independencia de quiénes sean sus autores, perjudican la Economía nacional y al ser típicos pueden ser catalogados como "económicos".

Delitos en el tráfico mercantil internacional trajeron como consecuencia la promulgación, en los Estados Unidos, de la *"Foreign Corrupt Practices Act"*, que inspiró los correspondientes trabajos del *"Economic and Social Council"* de la ONU, además del Congreso de este organismo sobre "Crimen y Abuso de Poder" que tuvo lugar en Caracas en 1980. Todo esto puso en primer plano el aspecto político de la criminalidad económica transnacional y sus repercusiones en los países del Tercer Mundo¹³.

La recomendación 12 del Consejo de Europa, expresión de un convencimiento general de los veintiún Estados miembros, aconseja un mayor énfasis en la investigación de la criminología económica y está reconocida ampliamente la figura de "delito especial" para los que

estructuran la criminalidad económica¹⁴. Respecto a esto último ya se criticó hace pocas líneas este concepto prejuiciado.

Sin embargo, es pertinente advertir que a las infracciones económicas se les ha discutido hasta su carácter criminal, pues se ha opinado que no deben exceder el área del puro Derecho Administrativo. Pero a ello se opone *"... la opinión de tantos y autorizados autores que propugnan la naturaleza penal de la materia, que positivamente la ostenta en multitud de ordenamientos extranjeros, en algunos incluso con incorporación a los Códigos penales comunes..."*¹⁵. Y TIEDEMANN asegura que ***"Por ello, tampoco las sanciones administrativas parecen apropiadas en general para regular el problema de la criminalidad económica"***¹⁶. Los famosos economistas venezolanos FRANCISCO FARACO y LEOPOLDO DÍAZ BRUZUAL aseguraron, respectivamente, que *"la crisis financiera venezolana es la más pavorosa del siglo XX en el mundo"*, y que *"un control de cambios sin delitos es bobalicón"*¹⁷.

La polémica fue más a fondo pues se ha asegurado que el solo nombre "Derecho Penal Económico" evoca nefastos recuerdos y no sirve a la justicia sino a la arbitrariedad: *"...no tardó en perder sus neutras características técnicas para implicar posturas de dirigismo estatal socializante, que determinaron su auge en la Alemania nacionalsocialista y en la URSS, hasta desorbitar su radio de acción y erigir las normas del nuevo sedicente Derecho y sus infracciones en una especie de sucedáneo de la antigua Lesa Majestad, sin excluir sus más aberrantes horrores. El propio HEDEMANN fue en Alemania uno de sus más autorizados teorizantes, como en Rusia DNISTRYANSKI, sobre la base de supervalorizar en aras de los intereses económicos estatales, vinculados indisolublemente a los del régimen imperante, todas las demás consideraciones válidas en Derecho penal, y aun en Derecho sin más calificativos. Esta hipertrofia de los intereses económicos comunitarios, o sedicentes tales, aunque en rigor sirvan de salvaguarda a los de la oligarquía o partido, es lo que condujo en el fascismo de antaño a identificar determinadas irregularidades en el tráfico de divisas, a la traición (de traición calificaron las infracciones en el comercio de divisas las leyes nazis de 12 de junio de 1933 y posteriores), y en la Rusia soviética a desvirtuar, por la vía de la legislación especial, el tenor relativamente humanitario del flamante Código penal de 1960, incluso para aplicar la pena de muerte en infracciones de esta especie. (El Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la URSS, de 1 de julio de 1961,*

prevé en su artículo 1° la pena de muerte por fusilamiento para los culpables de especulación sobre divisas o valores en gran escala, y aun por la violación de las reglas sobre operaciones de cambio en caso de reincidencia)"18.

JIMÉNEZ DE ASÚA censuró, acerca del Derecho Penal Económico, que *"no queremos dejar de señalar que el límite de la pena reglamentaria subía progresivamente, de manera paulatina primero y más rápida después, hasta podérsela imponer sin limitación alguna, tratándose de justificar tanta injusticia con la eterna cantinela de que los infractores eran adversarios del régimen nazi, enemigos del pueblo y saboteadores de la guerra que HITLER libraba para el engrandecimiento de Alemania" 19.*

Los delitos cambiarios pueden incluirse como la expresión más característica del Derecho Penal económico, cuya sola mención evoca épocas espantosas y aun genocidio. Pero sin distinguos no se debe identificar éste con el **totalitarismo**: hay emergencias que claman por leyes de excepción y capaces de adaptarse al ritmo vertiginoso de la criminalidad económica y yugular su cortejo de grandes calamidades. Y esto **no es totalitarismo** porque el Estado tiene derecho a defenderse. Sin prejuizar acerca de cuán acertada ha sido en el plano estrictamente económico, valga como ejemplo la Ley Sobre el Régimen Cambiario y los delitos que tipifica, sin los cuales sería un hazmerreír. Sin duda el Derecho Penal es el máximo controlador social y la defensa o "ratio" más efectiva, aunque aquí muchos tontos útiles hagan dengues al oír el término "**represión**", pese a ser tan **justa** cuan **necesaria**. Y la miope e interesada insistencia logró influir la "voluntas legislatoris" e infirmar el muy superior proyecto del Ejecutivo al partear risibles "sanciones" no con "pena de penal" sino con un tan escuálido como utópico "confinamiento" que, máxime por el desprecio manifestísimo e insumisión que inspiran hasta las leyes penales en Venezuela, no intimidaría ni funcionaría **jamás** y frustraba "non-nato" el fin de la perentoria Ley. Afortunadamente no estuvo conforme el Presidente de la República con la Ley aprobada por el Congreso y objetó la debilidad de las penas porque favorecían la impunidad, logrando que el Congreso eliminara ese "confinamiento" en la forma que estaba previsto. En realidad semejante "confinamiento" quitaba todo poder suasorio a la Ley sobre Régimen Cambiario y era como poner la carreta delante de los bueyes. Además configuraba una **falta de seriedad** porque, tras

amenazar con severas “penas de prisión”, a renglón seguido desmentíase con el edulcorado establecimiento del ridículo “confinamiento”.

BAJO FERNÁNDEZ ha sentado esto:

"Se ha acusado a la legislación monetaria de nacer al socaire de políticas socialistas y totalitarias. En esta línea radicaliza su opinión QUINTANO, de acuerdo con su tradicional posición liberal a ultranza, y llega a afirmaciones no del todo aceptables. Así tras reconocer que el control alcanzó tras la Segunda Guerra Mundial a casi todos los países, apunta: 'Bien que los más progresivos hayan ido paulatinamente abandonándolo en favor de los tradicionales sistemas de libre comercio, al que se retorna tras de los catastróficos resultados del dirigismo estatal.' Y finaliza observando que se mantiene el control en algunos países 'aunque ello pugne con las (ideologías) actualmente vigentes en el ámbito político-económico del mundo occidental'. En rigor no se puede establecer una relación necesaria entre países progresistas y reimplantación del viejo sistema de libertad absoluta de cambios, aparte de que no queda claro el significado de la expresión 'país progresista'. Más bien, sólo es enteramente cierto que el abandono del control de los medios de pago internacionales se da en aquellos países que nada tienen que perder con ello por su pujante situación económica en el mundo. De otro lado, no se puede establecer tampoco en rigor una contradicción entre el sistema de control y el sistema de libertad de mercado. Hemos ya visto al hablar del Derecho económico que el moderno dirigismo estatal dentro del mundo capitalista no trata de sustituir o modificar el sistema de libertad de mercado, sino, al contrario, de asegurar las coordenadas que lo fijen y evitar los obstáculos que lo perjudiquen. Se parte de un mercado libre para regularlo y del libre juego de las relaciones privadas para estimularlas o coartarlas y, en cualquier caso, para encausarlas. Al imponer los distintos países las diversas restricciones en materia de cambios tratan sólo de evitar su autoeliminación en el comercio internacional. Autoeliminación que se produciría, en el complejo mundo económico actual, de mantener una absoluta libertad, ya que lesionaría irreversiblemente la Economía nacional apareciendo la moneda como víctima segura dentro del mercado internacional. El país que impone las restricciones no se aparta del libre juego de cambios entre países capitalistas, sino que defiende la debilidad de su moneda para que la libre circulación de capitales sea un juego entre iguales y no auténtica eliminación de una moneda a costa de otra. Por ello, aunque no cabe duda de la influencia de la ideología socialista, no se puede anudar el

sistema de control de cambios y sus leyes penales a ideologías totalitarias, nacionalistas o marxistas. El control de cambios es un producto capitalista (neocapitalista) que, partiendo de la libertad de contratación de los medios internacionales de pago, trata de proteger al débil. Es más, se puede decir que el control de cambios de los países socialistas existe por su coexistencia con el mundo capitalista. En un orbe utópicamente socialista no tendría sentido el control de cambios tal y como se entiende hoy. El control de cambios no pugna con la libertad de contratación de medios internacionales de pago, es más bien algo necesario para mantener esa libertad en el sistema capitalista" ²⁰.

En lo atinente al **bien jurídico protegido**, expresa también BAJO FERNÁNDEZ:

"...en los delitos monetarios se cifra en el interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales, es decir, en el control de los medios de pago con el exterior. Nadie pone en duda que los fines político-criminales en los delitos monetarios van más allá de la simple tutela del monopolio de los cambios exteriores y persigue salvaguardar la Economía nacional, manteniendo estable la balanza de pagos, proteger la posición de la peseta en el mercado internacional (así S. 18 octubre 1977 AN) o las posibilidades del país para hacer frente a las obligaciones crediticias con el exterior. Pero una cosa son los objetivos que la Ley persigue y otra distinta el bien jurídico protegido. El no haber precisado con claridad esta distinción, ha permitido a algún autor sostener que lo que se trata de proteger en los delitos monetarios es la Economía nacional. De aceptar esta tesis tendríamos que entender que el dolo en los delitos monetarios exige la lesión de la Economía nacional, lo que implica reducir los supuestos a simple ciencia ficción, ya que el exportador de capital ni persigue esa finalidad ni se la representa como probable. Por otro lado, habría que demostrar que se ha lesionado o puesto en peligro la Economía nacional, lo que no corresponde a un procedimiento judicial. Por otra parte, el concepto de Economía nacional es inasible desde el punto de vista intelectual" ²¹.

Antes de objetar el fondo del criterio acabado de citar, debo hacer un previo reparo a la idea de que *"el exportador de capital ni persigue esa finalidad ni se la representa como probable"* (en lo que se refiere a lesionar la Economía). Sé que la colectividad tiene la impresión de que

no es factible que los actos monetarios de una sola persona puedan lesionar la Economía de todo un país.

En torno a este punto se me ocurre mencionar una noción enunciada por TIEDEMANN:

*"Esta última (la dogmática penal) acentúa, según se dijo anteriormente, la significación de bien jurídico y lleva a la conclusión de que en Alemania incluso una insignificante evasión tributaria de un empleador constituye un delito económico, lo que desde el punto de vista de la sumación de los delitos bagatelas de ningún modo sería desacertado"*²².

Nada impide, como es obvio, aplicar a los delitos cambiarios ese mismo punto de vista, tan interesante, **de la sumación de los delitos bagatelas**.

Ahora bien: en relación con el criterio del profesor BAJO FERNÁNDEZ acerca del **bien jurídico protegido** en los delitos cambiarios, debo expresar mi desacuerdo. Contraer ese **bien jurídico** únicamente al **interés de la Administración en controlar los medios de pago internacionales** responde a un concepto **formal** del delito e impide o por lo menos dificulta su cabal comprensión. En efecto, tan limitada percepción del bien jurídico da un evidente matiz banal al tema porque resulta que lo protegido, entonces, vendría a ser el interés **de una determinada y pasajera Administración Pública** en dicho control. Más todavía: lo protegido podría ser incluso el interés de funcionarios gubernamentales aun de rango inferior al de un ministro y traducido, aquel interés, en una serie de directrices político-económicas sujetas a vaivenes fácticos y por tanto **desechables**, con lo cual no tienen el valor de lo **inmutable**. Bajo semejante prisma, en mi criterio, se obtiene una visión **distorsionada** de la realidad porque se puede creer que sólo se protegen políticas aisladas y hasta caprichosas de un eventual régimen gubernativo. Alterar la visual de la realidad perjudica en grado superlativo al Derecho Criminal, ya que sus leyes **deben nutrirse de realidad**. La única manera para que las leyes deslastren el excesivo formalismo es **construirlas sobre una base de realidad**. Una lógica crítica jurídica debe ser encaminada a delinear el Derecho ideal, esto es, aquel que no es dispar con la realidad.

La **realidad** es que la finalidad de castigar los delitos cambiarios es amparar la **Economía nacional**. Ésta sí constituye, sin ninguna duda, un **valor inmutable**. La Economía nacional debe entenderse como el bienestar social al estilo de la llamada "**Economía del bienestar**"²³. Es función esencial de la norma penal **dar valor a bienes jurídicos**, a los cuales protege **valorando** las conductas tipificadas como dañinas a dichos bienes. Por consiguiente hay que saber muy bien cuáles son esos bienes para lograr un mensaje jurídico **claro**. Contrasta con estos postulados ideales el que no esté **claro** ese bien jurídico protegido. Esto es de estricta dogmática jurídica: SOLER asegura que uno de los mayores servicios prestados por la dogmática es sacar el Derecho de la incertidumbre, pues hay un Derecho Penal positivo del cual derivan gravísimas consecuencias para los súbditos de un determinado orden jurídico y que, además de establecer cuáles son estas consecuencias, hay que estudiar también los principios jurídicos que tienen tras de sí el respaldo de la fuerza pública, *"cuyo **conocimiento** es indispensable tanto para regular nuestra conducta, como para promover la reforma del Derecho positivo cuando no lo juzgamos satisfactorio"*²⁴ (Subrayado mío).

Ahora bien: para que los asociados regulen su conducta es más efectivo atender a leyes indiscutidas y no a leyes discutidas. Las leyes o principios jurídicos con fuerza pública están ordenadas a un fin. Esta ordenación a un fin no pasa de ser un dato formal hasta que se profundice: esa ordenación a un fin no se refiere a un fin cualquiera ni a un fin inmediato. **Se refiere al bien común o fin último y más importante: el "telos"**. Este dato substancial es el que más interesa. No puede ser lo mismo obedecer leyes con fines **inmediatos**, como el de proteger la casuística política económica de un gobierno (que puede ser equivocada y aun arbitraria), que a leyes cuyo tipo apunte a un **fin mediato** como el bien común al través de la protección de la Economía nacional. Sólo cuando se vea con toda claridad que se protege un bien jurídico de valor **general e indiscutible**, como éste de la Economía nacional, y no un bien de valor **particular** y por ende **discutible**, como el que beneficie solamente a esporádicas políticas gubernativas o a ideologías de grupos o partidos, **nadie** podrá poner en tela de juicio el "**ius puniendi**" o derecho de punición que compete al Estado.

La distinción a ultranza entre bien jurídico protegido y fin de la ley, propuesta por BAJO FERNÁNDEZ, obedece a criterios sofisticados y en todo caso superficiales. El Derecho Criminal debe estar referido a valores incontrovertibles y éstos no aparecen con miradas rasantes. Hay que penetrar las grandes honduras del Derecho Criminal y servirse no sólo de la filosofía de los valores (que tanto ha influido al Derecho Criminal a través de NICOLAI HARTMAAN) sino también de la moral. Hay que moralizar el Derecho Criminal, que tiene una profunda raíz ética y cuya significación solamente puede entenderse sobre la base de su profundo contenido ético. En el mundo hay una tendencia muy fuerte a la etización del Derecho Criminal, como una reacción a criterios positivistas, mecánico-naturalistas, que olvidaron el valor de los conceptos substanciales de la filosofía y de la moral e impidieron percibir a plenitud el profundo significado del Derecho Criminal.

Con apoyo en la inmensa autoridad de JESCHECK fundaméntase la modernísima teoría de la imputación objetiva (ver página 60) en la observación "*deducida de la esencia de la norma jurídico-penal*"²⁵. Nada más exacto para analizar el alcance normativo que **atender al bien jurídico protegido**. En este caso es nada menos que la **Economía nacional**. Aúnanse, por lo consiguiente, razones patrióticas y aun de justicia social en términos del bien común. La interpretación de los tipos legales de la Ley sobre Régimen Cambiario no puede ser restrictiva (en cuanto al bien jurídico) pues equivaldría a restringir la línea de protección a tan medular bien jurídico. Y a medida que se aplique el método teleológico a dicha interpretación más se amplía el horizonte del amparo a dicho bien jurídico. La exégesis teleológica de las leyes es la más justa puesto que el Derecho Criminal es una ciencia finalista. Es indiscutible que la "ratio iuris" de la Ley sobre Régimen Cambiario abre por completo un abanico de posibilidades (y deberes en contrapartida) favorecedora del noble fin de auxiliar la **Economía nacional**. Pero si se reduce tal bien jurídico a **proteger el interés de la Administración en controlar los medios de pagos internacionales**, se produce la desnaturalización de la "ratio iuris" y esto es paladino en la fractura de la conexión entre la teoría de la imputación objetiva y el valor de bien jurídico protegido.

Tampoco está en concordancia con la frase "*el interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales*", que acuñó BAJO FERNÁNDEZ para precisar el **bien jurídico protegido**, lo siguiente (tomado de JIMÉNEZ DE ASÚA):

"Bien pronto se proyectó modificar, completar y codificar esas leyes penales económicas. El portavoz de la reforma fue EBERHARD SCHMIDT, discípulo de VON LISZT y actual Profesor en la Universidad de Gotinga. Él fue el presidente de la 'Comisión de Derecho penal económico', que compuso la ley de 1949, y a él se debe la importante obra escrita al año siguiente (y que se cita en la bibliografía de este número). Las próximas preocupaciones de la Comisión y de E. SCHMIDT fueron las de hallar la auténtica naturaleza del llamado delito contra el régimen económico, que se afirma existe cuando el acto en cuestión viole 'el interés del Estado por la integridad y conservación del sistema económico', debido ora a que 'la infracción puede afectar por sus proporciones o consecuencias, la productividad del sistema económico protegido por el Estado', o bien a que 'el autor manifieste, con la infracción, una actitud que suponga un desprecio del sistema económico protegido por el Estado, en su totalidad o en determinados sectores del mismo, especialmente si se trata de actos realizados por oficio o motivados por vil egoísmo, o de reincidencia pertinaz en la misma infracción'"²⁶.

Tampoco está en concordancia con que no sea la Economía nacional el bien jurídico protegido, la primera recomendación del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "El Concepto y Principios Fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa", celebrado en El Cairo en 1984:

*"1. La delincuencia económica y de la empresa afecta con frecuencia al conjunto de la economía o a sectores importantes de la misma y resulta hoy de especial interés en numerosos países independientemente de sus sistemas económicos"*²⁷.

TIEDEMANN, por su lado, ha expresado:

*"En la ciencia penal alemana se afirma generalmente que la noción del Derecho penal económico corresponde al concepto de '**los delitos contra la economía**' del Proyecto alternativo (1977). En esta obra colectiva los delitos*

*económicos y el Derecho penal económico se caracterizaban por tres criterios: En primer lugar, el delito económico no sólo se dirige contra intereses individuales sino también contra intereses sociales-supraindividuales (colectivos) **de la vida económica**, es decir, se lesionan bienes jurídicos colectivos o social-supraindividuales de la **economía**. Bien protegido no es, por tanto, en primer término el interés individual de los agentes económicos sino **el orden económico estatal** en su conjunto, el desarrollo de la organización de la **economía**, en pocas palabras, la **economía política**"²⁸ (subrayados míos).*

En resumidas cuentas: el Derecho Penal Económico y en particular los delitos monetarios (aquí "cambiaris") equipáranse por muchos al totalitarismo, cuando lo cierto es que el Estado tiene derecho a preservar la Economía y por tanto eleva a categoría de bien jurídico su interés en controlarla, que variará según marche aquélla y alcanzará máxima rigurosidad en tiempos de graves crisis. "*Salus patriae, prima lex*" (La salvación de la patria es la ley primera). No quisieron entender esto muchos y, entre otras razones, argüían la de ser un draconismo inicuo criminalizar conductas inocentes. ¿Qué más inocente que prender alguien la luz de su habitación? Y esto puede ser **traición a la patria** en guerra y durante un bombardeo nocturno.

1.3. CARACTERÍSTICAS

1.3.1. NOTA PREVIA

Los delitos monetarios, como se vio con anterioridad, participan de la naturaleza jurídica de los delitos económicos en general, que integran el Derecho Penal Económico. Así que una especie de los delitos económicos son los delitos monetarios y éstos tendrán también, por lo común, las mismas características omnipresentes en el vasto campo del Derecho Penal Económico. Que, adviértase desde ya, debe considerarse incluido en la especialidad del Derecho Penal y no como un Derecho aparte o autónomo. El sabio JIMÉNEZ DE ASÚA desaconseja seguir "*la mala ruta de atomizar el Derecho penal*" y es partidario de la unidad del Derecho Penal general, en el cual refunde los llamados Derechos Penales especiales, "*que no por estar disgregados en leyes distintas del Código*

penal, han de estimarse diferentes del Derecho penal común"²⁹. En el mismo sentido el moderno Tratadista español RODRÍGUEZ DEVESA opina:

*"Legislación penal especial es la que se encuentra extramuros del Código penal, lo que no quiere decir que sea independiente de los principios establecidos por el propio Código penal, pues éste constituye la ley penal fundamental... La escisión del Derecho penal en común y especial es de tipo formal y no afecta al carácter criminal del contenido de las leyes especiales"*³⁰.

1.3.2. ÍNDOLE POLÉMICA

Esta característica, muy específica de los delitos monetarios, es la primera que salta a la vista cuando se trata del tema. Basta conversar al respecto con personas de figuración política y/o sólida posición económica para que muchas se pongan nerviosas y pierdan la compostura. Excitación que atribuyo a dos pasiones: **política** y **avaricia**.

La pasión política y correlativo anhelo de poder, determina que por sistema se nieguen las decisiones políticas de antagonistas, sin considerar lo que de beneficioso tengan para la nación. Negación signada en Venezuela por la desmesura y el escándalo. La avaricia, o afán desordenado de poseer y adquirir riquezas para atesorarlas, *"es una de las pasiones más conturbadoras y tiene mucha importancia en el estudio del delito culposo..."*³¹ (sobre la psicología del avaro revisar esta nota).

Esa índole polémica dificulta no sólo el cambiar ideas, aun a veces con las personas más competentes, sino tomar medidas, librecambistas o no, en beneficio del país.

1.3.3. MULTIDISCIPLINARIEDAD

Es resaltante que en la zona de los delitos cambiarios confluyen varias disciplinas, lo cual habrá de dificultar con creces su estudio. Es obvio que tales delitos tienen que ver con el Derecho Criminal. Pero también tienen que ver con el Derecho Constitucional, con el Derecho

Administrativo, con el Derecho Financiero y con el Derecho Mercantil.

Consecuencia de tal multidisciplinariedad es que se presentan múltiples **dudas jurídicas extrapenales**.

BAJO FERNÁNDEZ aborda de la forma siguiente los *"Problemas jurídicos planteados por el control de cambios como sustitutivo del antiguo régimen de libertad de contratación"*: *"El efecto más importante del sistema de control de cambios consiste en la publicación de un sector de las relaciones jurídicas: el relativo a los intercambios mercantiles entre residentes de distintos países. En este sentido son acertadas las palabras de Candela Más al decir que 'el fenómeno de control de cambios supone una interferencia del Estado en el comercio internacional y en las formas de pago de los particulares residentes en naciones distintas, sustituyéndose el carácter de el Derecho privado de las relaciones internacionales comerciales para dar entrada a un 'Derecho público'. Esta publicitación ha traído como consecuencia la creación de numerosos problemas en la aplicación a este sector de la teoría tradicional de las obligaciones. Algunas de las cuestiones se plantean conforme a las siguientes interrogantes: Si una obligación ha sido estipulada en moneda extranjera, está prohibido al deudor residente procurársela y, si se trata de moneda nacional, las leyes no le permiten exportarla sin previa autorización. Entonces hay que preguntar cómo se satisfacen los servicios de los empréstitos internacionales; si el pago es ilegal cuando no hay previa autorización, ¿debe admitirse imposibilidad para cumplir la obligación de parte del deudor?; ¿realmente se trata de un caso de fuerza mayor ante el cual debe inclinarse el acreedor?; ¿podrán los jueces extranjeros negar a las normas sobre divisas toda influencia sobre las obligaciones según las reglas del Derecho internacional privado en él vigente?; si los individuos o las personas jurídicas deudoras tienen bienes en el extranjero, ¿podrán sus acreedores embargarlos o debe estarse a las normas de la legislación de la deudora?; prohibida la importación de billetes de Banco, aunque conserven dentro del país que los ha creado su curso legal ¿podrán los deudores extranjeros liberarse con esa moneda respecto de sus acreedores al entregar o consignar dicha moneda en el exterior?; en el supuesto de moneda extranjera, ¿podrán hacerlo para con sus deudores domiciliados fuera del país en divisas reglamentadas?; ¿cuál es el valor de un contrato de venta que no fue autorizado?; en este mismo caso, ¿se puede decir que ha tenido lugar la transferencia de la propiedad?; ¿la venta es firme o condicionada?; ¿el contrato desaparece definitivamente por la denegación de una autorización y renace por*

*una autorización posterior?, ¿el cálculo de la lesión sufrida por el vendedor debe considerarse desde el día de la venta o desde el día de la autorización?..."*³².

1.3.4. EXCEPCIONALIDAD

*"No hay nada en el ámbito criminal tan políticamente condicionado como la delincuencia económica"*³³. Así, los planes u opiniones de los gobernantes y su actividad al efecto habrán de influir en los delitos económicos o monetarios que se prevean. Siendo cambiantes las políticas, aun durante un mismo gobierno, es natural que dichos delitos no sean permanentes y se aparten por esta razón de la regla general u ordinaria, por lo que son excepcionales y también por ello peligrosos como se verá con posterioridad.

Las directrices políticas y el fin del Derecho Penal pueden suscribir tal excepcionalidad para enfrentar la criminalidad económica y su cortejo de grandes calamidades. Se ha cuestionado la *"insuficiente represión"* de los delitos inherentes a dicha criminalidad, cuya aparición *"obliga a un brusco giro del Derecho Penal de nuestros días... Se puede constatar una fuerte reacción contra la actual legislación penal. Las normas penales vigentes son insuficientes no sólo para los actuales cambios sociales claramente perceptibles sino también para alcanzar el ritmo de la evolución tecnológica. La técnica origina la aparición de una nueva criminalidad, la criminalidad llamada de los ordenadores electrónicos consecuencia de la rápida aparición de los nuevos métodos ...; la ley va lenta, la técnica rápida"*³⁴.

La lucha, en síntesis, exige un Derecho Penal moderno y rápido, capaz de adaptarse al ritmo vertiginoso de la criminalidad económica, y *"Sólo mediante una acertada política criminal se podrá acabar -o por lo menos reducir- esta nueva delincuencia"*³⁵. El muy prestigioso criminólogo MARC ANCEL (citado por el Catedrático de Derecho Penal FERNÁNDEZ ALBOR) enseñó en 1968 que *"por política criminal hay que entender la investigación científica, y también el arte de disponer la reacción social contra el crimen, teniendo en cuenta las necesidades y las aspiraciones de cada sociedad"*³⁶.

BAJO FERNÁNDEZ ha señalado lo siguiente:

"El carácter excepcional de la Ley de delitos monetarios, sin embargo, no procede sólo de su origen bélico, sino también de la materia tratada. Se puede decir que las normas jurídicas relativas al control de cambios son esencialmente excepcionales en razón de su objeto. En efecto, las restricciones a la libertad de contratación proceden de circunstancias concretas y variables: la situación de la Economía nacional en el contexto de las relaciones internacionales. Según Lemkin, desde los pronunciamientos oficiales de los Gobiernos hasta la doctrina y jurisprudencia convienen en constatar que las disposiciones penales en materia de divisas constituyen un Derecho excepcional provocado por circunstancias de hecho excepcionales. Es una Ley temporal cuya fuerza obligatoria dura lo que perduren las circunstancias que la hacen nacer. La prueba de la veracidad de este aserto puede depararla la legislación alemana, que tras una época, fundamentalmente la de la entreguerra, de rigor draconiano en la imposición de sanciones, pasa hoy a una libertad casi absoluta en materia de divisas. Sin embargo, conviene advertir que incluso en la propia Alemania rige, como espada de Damocles, una Ley general (Aussenwirtschaftsgesetz), con carácter de Ley penal en blanco, que castiga las infracciones a las normas sobre control de cambios, pensando no tanto en las normas existentes como en las que puedan emitirse en caso de necesidad de salvaguardar la Economía Nacional. Efectivamente, las leyes sobre delitos monetarios son excepcionales, pero podría decirse, si se me permite el juego de palabras, que son las menos excepcionales de todas las leyes penales excepcionales. Con ello quiero decir que las leyes que castigan las infracciones monetarias aparecen con tal carácter excepcional en la mayor parte de los países. La libertad de cambios dentro del sistema capitalista es un lujo que sólo pueden permitirse contados países muy cercanos y vinculados económicamente a la primera potencia mundial: los EE.UU. El resto de los países de la órbita capitalista han mantenido y seguirán manteniendo leyes monetarias para la defensa de su Economía" 37.

1.3.5. ULTRACTIVIDAD

"Ultractividad" (o "extractividad") es la prolongación temporal de la ley derogada. Si es más benigna no hay problemas; la discusión estriba en si dicha prolongación debe hacerse cuando **no es benigna**, bien porque la sucedió una ley que contempla una pena menor o aun que

no pena en absoluto el hecho castigado por la ley anterior, es decir, a la que se pretende atribuir ultractividad. El ser aplicable una ley después de su derogación, a los hechos cometidos cuando estaba en vigor, es posibilidad contemplada y admitida por los doctrinarios para leyes excepcionales dictadas en situaciones de emergencia nacional. Ya que BAJO FERNÁNDEZ se refirió, en su extensa pero necesaria cita, a leyes temporales y excepcionales, atiéndase ahora en la vertiente de su **validez temporal** el tema de las leyes transitorias o excepcionales (temporales u ocasionales), influidas al máximo por avatares de índole política. Aunque en Venezuela **no hay ultractividad** y el tema está cerrado porque fue eliminado el Art. 1º del Proyecto de Ley sobre Régimen Cambiario que presentó el Ejecutivo, el cual establecía la **ultractividad**, conviene airearlo pues podría haber en el mañana la eventualidad de que la instauren, como sucede en la mayoría de las leyes de emergencia que se promulgan en el mundo. Circunstancia ésta, por lo demás, que debe ser atrayente para los estudiosos y máxime si se repara en que se han suscitado en nuestro país encendidos ataques al supuesto delirio represivo implícito en la mencionada ley y otras de pareja orientación. Tampoco resolvía ese Proyecto de Ley qué hacer en caso de sucesión entre varias leyes excepcionales.

TIEDEMANN señala:

"Otra particularidad en el ámbito de la tipicidad en Derecho penal económico radica en que los frecuentes cambios de intereses de la vida económica y de la política económica conducen a un cambio relativamente frecuente de las normas del Derecho económico. Esta dependencia situacional del derecho económico y del Derecho penal económico produce un conflicto de leyes... Se trata de una cuestión de gran trascendencia práctica porque la aplicación de la ley temporal después de su vigencia rompe el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 24 del Código penal español). Sirva como ejemplo el llamado 'caso de las donaciones a partidos políticos' que resolvió el Tribunal Supremo alemán en una sentencia de 1987 por la que se castigó por fraude fiscal a muchos empresarios por donativos ocultos a los partidos políticos, a pesar de que la nueva regulación del impuesto de sociedades ahora expresamente permite y considera de utilidad pública lo que entonces fue un hecho punible... Si por un cambio de los fines en la ley se produce un cambio de

valoración, *la ley más favorable debe tener, a nuestro juicio, efecto retroactivo*"³⁸.

El ubérrimo JIMÉNEZ DE ASÚA enseñó: *"A veces, con carácter excepcional, se precisa legislar para circunstancias de índole aguda y por ello transitoria. En vez de dictar una ley permanente, se sanciona y promulga una disposición legal para la ocasión, que durará lo que ésta, ..."*³⁹. Y 287 páginas después agregó: *"Son leyes excepcionales las que tratan de satisfacer excepcionales necesidades del Estado, causadas por una concreta situación anormal (guerra, terremoto, epidemia, bandolerismo). Como puede advertirse por este somero enunciado, las leyes excepcionales, por su naturaleza misma, tienen, aunque no expresamente, predeterminado el límite de tiempo de su eficacia, y por eso pueden incluirse en el género de leyes transitorias. Las leyes temporales y excepcionales no derogan los principios establecidos en cuanto a la retroactividad. Es decir, que la ley temporal no se aplica a los hechos cometidos antes de su promulgación. Pero, en cambio, surgen interesantísimas cuestiones en orden a la ultractividad; es decir, a su aplicación a los hechos que se juzguen después de haber cancelado su prefijada vida, y en lo tocante a la eficacia de las sentencias firmes, luego de que la ley temporal o transitoria termine su vigencia"*⁴⁰.

La expresión de JIMÉNEZ DE ASÚA *"que se juzguen después"* puede hacer pensar que se refiere a **conductas habidas después de la vigencia o ya terminada la vigencia**; pero tal configuraría un imposible en Derecho Criminal. Dicha referencia (*"que se juzguen después"*) es a **conductas habidas y juzgadas estando vigente la Ley**; pero que, después de cancelada, **todavía están sometidas a juicio**. Y se desea saber si este juicio ha de proseguir o no.

Siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA, pueden subrayarse posiciones de penalistas que postulan la completa ultractividad, o proponen soluciones ultractivas según los casos, o que niegan la ultractividad de modo constante. Respaldan una completa ultractividad SEEGER, BEKKER, VON BAR, ARANGIO-RUIZ, FONTANA, GRISPIGNI, ANTOLISEI, FLORIAN, PIOLETTI, ROBERTO y el infaltable rigorista BINDING. Apoyan la ultractividad según los casos GAVVA, CÍVOLI, ZANI, FERRI, VON LISZT, BELING, KÖHLER, FINGER Y VON HIPPEL. La no ultractividad es aconsejada por BRUSA,

MANZINI, RANIERI (aunque respecto a éstos se verá pronto que no fue así en verdad) y, sin la firmeza acostumbrada, por el propio JIMÉNEZ DE ASÚA.

En Italia se ha dado vigor ultractivo y tanto la Casación italiana cuanto la jurisprudencia francesa han declarado que este tipo de leyes son excepción de los principios generales sobre no ultractividad.

JIMÉNEZ DE ASÚA refiere lo siguiente:

"MANZINI -que escribe la primera edición de su 'Tratado' antes de que la legislación italiana dé fuerza ultractiva a las leyes que estamos estudiando- niega extractividad a las leyes temporales y transitorias en todos los casos. Cuando la ley 'pasajera o excepcional' crea un nuevo delito, al término de su vigencia es ley posterior la 'ordinaria o común que recobra ipso iure vigor después de la suspensión total o parcial. Por tanto, extinguida la fuerza de la ley pasajera o de excepción, los hechos por ella previstos y bajo ella ejecutados, que no están incriminados por la ley renacida, no son ya perseguibles y punibles, a menos que la ley misma contenga una expresa declaración de prórroga a este efecto'. Lo mismo piensa MANZINI cuando las leyes pasajeras o excepcionales aumentan la pena conminada por ley ordinaria para un determinado delito: al terminar aquéllas recobra vigor ésta, incluso para los hechos ejecutados durante el régimen excepcional. La tesis opuesta sería 'absolutamente incompatible con el concepto de Estado liberal'. Incluso mantiene MANZINI este criterio para el caso de que se haya dictado sentencia firme y el reo esté cumpliendo condena: si la ley pasajera o excepcional cesa por derogación o autoderogación, 'cae la condena y todos sus efectos, como si nunca hubiera sido pronunciada' " 41.

Sin embargo, parece que MANZINI objeta la ultractividad **"a menos que la ley misma contenga una expresa declaración de prórroga a este efecto"**; en cuyo caso no tendría objeción. Así que su negación a la extractividad no es "en todo los casos", como refiere JIMÉNEZ DE ASÚA.

JIMÉNEZ DE ASÚA, en su turno, expresó: *"LA MEJOR SOLUCIÓN. Veamos en orden a la legislación española y argentina, el criterio que nos parece más correcto. Ordinariamente, la ley temporal, que lleva en su propio texto la fecha de caducidad o cuyo término se rija por otra de superior*

rango, modifica disposiciones del Código ordinario o de otra ley anterior; pero esos preceptos -los del Código o los de la ley antigua- no se derogan, sino que quedan en suspenso mientras dure la ley temporal, y lo mismo puede decirse de la transitoria. Así aconteció en España con la ley sobre anarquismo de 1896, en referencia a la ley de Explosivos de 1894. En estos casos, al cesar la ley pasajera o ser derogada antes de su fecha, recobran plena vigencia las disposiciones del Código o de la vieja ley. Otras veces -como aconteció con la ley de Defensa de la República- se crean figuras de infracciones gubernativas o criminales, no existentes en el ordenamiento jurídico anterior, y al cesar la ley temporal, por cumplirse su plazo de vigencia o por ser antes derogada, desaparecen los tipos incriminados... Una vez derogada -por autoderogación o por ser cortada su vida antes del plazo fijado- la ley temporal, o cesado el imperio de la transitoria por el paso de la contingencia, su vigor no puede prolongarse a los hechos cometidos bajo su imperio, pero juzgados después de abrogada. Si la ley pasajera creó delitos, al morir resurge el ordenamiento jurídico que no incriminaba tales hechos. Incluso los más ardientes partidarios de los efectos retroactivos de las leyes penales, niegan ultractividad a las disposiciones punitivas desfavorables. La nueva ley, que no considera delito los anteriores tipos delictivos, es el antiguo ordenamiento, que al cesar la ley pasajera, recobra su imperio, y esta antigua legislación, renacida, es la ley posterior que, por no crear esas figuras delictivas, es la aplicable" ⁴².

Pese a que JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que "*Ranieri siguió el criterio de no ultractividad*" (y para demostrarlo cita párrafos vertidos en su obra "*La Legge*")⁴³, lo cierto es que también el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Bolonia señaló lo contrario en su "*Manual*" (en realidad es un tratado): "*El principio de la retroactividad de la ley penal más favorable tiene una excepción con respecto a las leyes excepcionales, a las temporales y a las financieras, para las cuales rige el principio de la ultractividad de la norma vigente en el momento del hecho... Igual disposición se encuentra, con respecto a las leyes financieras, en el art. 20 de la ley núm. 4, del 7 de enero de 1929, que admite la eficacia de la ley vigente en el momento del hecho, aunque 'esas disposiciones hayan sido abrogadas o modificadas en el momento de su aplicación'. Son excepcionales, en el sentido en que se emplea este término en el párrafo 4º art. 2º del Código, que difiere del que tiene el mismo término en el art. 14 de las disposiciones sobre la ley en general, las leyes que se dictan para satisfacer exigencias extraordinarias de la vida del Estado, a consecuencia de una situación anormal y, por consiguiente, en*

*tiempo de guerra, o a causa de un terremoto, de epidemias, etc., y que por ello tienen una duración limitada. Son temporales las leyes cuyo término de vigencia está establecido en ellas, desde el momento de su expedición. Estas dos clases de leyes tienen, por tanto, una duración limitada, y **la excepción referente a su aplicabilidad se justifica** si se advierte que si no tuvieran eficacia ultractiva, podrían ser burladas con facilidad, particularmente en relación con aquellos hechos que fueron cometidos al terminar el período excepcional o el tiempo para el cual fueron dictadas. En consecuencia, cuando se trata de leyes excepcionales, de leyes temporales o de leyes financieras, siempre se aplicarán las que rigen en el momento de la comisión del hecho, aunque se encuentran modificadas o abrogadas en el momento de su aplicación, y si se ha proferido condena, esta (sic) se ejecutará como si no existiera la ley nueva. No obstante, puede darse el caso de que a una ley excepcional o temporal le siga otra ley excepcional o temporal. En esta hipótesis surge el problema consistente en establecer si lo dispuesto por el párrafo 4° del art. 2° del Código Penal conserva su eficacia o queda derogado, cuando la ley excepcional o temporal posterior sea más favorable, por el principio del favor rei que consagra el párrafo 3° del mismo art. 2° del Código Penal. Ahora bien, como el párrafo 4° de este artículo se refiere a las leyes excepcionales o temporales en general, puede considerarse que no hay fundamento para la derogación, en virtud de la unidad del principio proclamado según el cual toda ley excepcional o temporal regula los hechos verificados en el período correspondiente a su vigencia. Pero cuando la ley excepcional o temporal posterior regule, con los mismos criterios políticos, la misma materia que es objeto de la ley anterior, y sea expedida para aclarar y perfeccionar sus disposiciones, es la ley excepcional o temporal posterior la que debe aplicarse. Con todo, el fundamento de su aplicación ha de buscarse en el cuerpo unitario que viene a constituir con la anterior”⁴⁴ (Subrayado mío).*

JIMÉNEZ DE ASÚA, quien a pesar de su animadversión (algo ofuscada si se consideran las dos inexactas citas de MANZINI y RANIERI) por la ultractividad advirtió lo siguiente:

*“Ni la ley temporal ni la contingente derogan los preceptos de las leyes que estaban en vigor antes de su vigencia y que renacen al cesar aquéllas. Por eso no deben tener efectos ultractivos ni cuando crean delitos ni cuando aumentan penas. **Reconozcamos, en efecto, que ello atenúa en mucho la eficacia de esas leyes temporales y de excepción**”⁴⁵ (subrayado mío).*

JIMÉNEZ DE ASÚA también tocó la sugestiva perspectiva mostrada por RANIERI, es decir, la posibilidad de que una ley excepcional sea sucedida por otra ley excepcional: *"Pero ¿qué deberá hacerse cuando la sucesión, en vez de ser entre una ley excepcional y otra común, es entre varias leyes excepcionales? El tema, magistralmente tratado por Vassalli..., fue resuelto en forma indudablemente extensiva por la jurisprudencia. El fallo de la Casación italiana del 19 de diciembre de 1941, que llegó a estimarse como una especie de ley interpretativa en materia de aprovisionamientos y consumos, afirma que ese párrafo del artículo 2° del Código penal se aplica también en caso de sucesión de ley excepcional por otra ley excepcional, en el sentido de que el principio de la extractividad (en este caso retroactividad) de la ley más favorable, cesará de tener vigor siempre que una de las leyes que haya de tomarse en cuenta sea una ley excepcional. Según dice textualmente la propia sentencia, el principio enunciado en el anteúltimo inciso del art. 2° del Código penal, 'es único; es decir, que cada ley excepcional está llamada a regular los casos realizados bajo su imperio, sin que pueda ser reemplazada por lo que pueda ser el ordenamiento jurídico que le haya sucedido, y por tanto, tampoco en el caso en que ese ordenamiento importe la abolitio criminis para los delitos previstos en la ley precedente... En la doctrina científica esta tesis ha encontrado defensores en Violetti y Roberto, y un calificadísimo contradictor en Giuliano Vasalli. El Profesor de Génova demuestra que ese punto de vista no haya apoyo alguno en las discusiones y pareceres cruzados entre los diferentes penalistas que tomaron parte en los trabajos preparatorios del Código penal de 1930, y a seguida consagra su ingenio -asistido por la razón- a probar que es ilegítimo en este caso usar de la interpretación extensiva, puesto que por tratarse de disposiciones excepcionales procede interpretarlas restrictivamente, mucho más si se tiene en cuenta que para sostener el criterio de la Casación habría que acudir al uso de la analogía. 'La interpretación declarativa -concluye Vasalli- de la citada disposición, revela que dicha disposición está dada para regular el único caso de sucesión de ley ordinaria a ley excepcional... Siendo excepcional la naturaleza de esa disposición, no es dable recurrir al pretendido principio general de la no retroactividad de las leyes, para negar aplicación al principio característico del Derecho penal, de la extractividad de las normas menos restrictivas de la libertad. En virtud de este último principio (que -para la sucesión de varias normas incriminatorias- encuentra su expresión en el tercer párrafo del art. 2°), en el caso en que un delito haya sido cometido bajo el imperio de una ley excepcional y sea juzgado bajo el imperio de la ley excepcional que haya*

sustituido a la primera, deberá aplicarse aquella de entre las dos leyes excepcionales que sea la más favorable al reo' "46.

El contemporáneo penalista italiano FERRANDO MANTOVANI, en su obra "Diritto Penale" (1992), expresa que el principio de la retroactividad de la ley más favorable encuentra tres inaplicabilidades, que son las leyes temporales, excepcionales y financieras. Y que éstas (las financieras) derogan el principio de retroactividad de la ley más favorable⁴⁷.

En fin: sí debería operar la ultractividad de la Ley sobre Régimen Cambiario en Venezuela. Creo acertada esa suprimida disposición por la ínfima significación que aquí tienen las leyes en términos de aplicación y consiguiente respeto. Afirmación ésta que puede resultar odiosa a muchos, en lo que sólo sería una prueba más de los perversos efectos de la impunidad, uno de los cuales termina por ser una pasiva resignación ante los crímenes (aun los más viles) sin castigo. Crímenes que llegan a ser vistos con indiferencia o sin mayor impresión, para decir lo menos, que ya es decir bastante. Así acontece con homicidios, asaltos, secuestros, etc. etc. etc., que aunque se repiten de modo increíble y tienen yugulada la nación, no motivan ninguna reacción efectiva por parte de la ciudadanía y, muy por el contrario, sólo dan lugar a la pertinaz cantinela (digna de mejor causa) de algunos irresponsables protectores de **inhumanos** criminales, invocando sus derechos **humanos**⁴⁸. Si el desprecio por las leyes incluye las que tipifican los delitos de máxima gravedad, "a fortiori" lo habrá para leyes que muchos consideran intrínsecamente injustas (como las económicas y en particular las monetarias) y así justificarse desobedecerlas en aras "del derecho de resistencia"⁴⁹. Disguste a quien disgustare, la verdad, expresada en román paladino, es que Venezuela ha venido siendo espantable paradigma del principio de autoridad. Y, por lo tanto, insisto, hubiera sido cónsona, en mi opinión, la disposición de ultractividad con la idiosincrasia de los nacionales.

1.3.6. TIPOS ABIERTOS O EN BLANCO

En el ámbito de la tipicidad es característico del Derecho Penal económico el uso de normas penales en blanco, es decir, normas "abiertas" total o parcialmente que se remiten para ser completadas y complementadas a normas con rango inferior a la ley (normas penales en blanco en sentido estricto) o a otras leyes (normas penales en blanco en sentido amplio)⁵⁰.

Las leyes penales, **para poder castigarla**, describen la conducta delictiva o acción típica (es lo mismo que "hecho típico" pero preferible a esta denominación) haciendo referencia al comportamiento humano mismo, en sus **movimientos** o **acciones**, o también **omisiones**, o se puede representar o describir haciendo referencia a **conceptos** ("sufrimiento físico", "perjuicio a la salud", "seguridad" o "reputación", por ejemplo), o puede puntualizarse haciendo referencia a la **intención** (de "causar daño" por ejemplo). Lo más frecuente es describirla como acciones. Pero dichas conductas delictivas no están siempre descritas con la misma claridad o suficiencia en el texto legal, ya que la tipicidad es vaga y remite su concreción a otras disposiciones contenidas en normas no penales y aun de rango inferior como los reglamentos. En esto consisten las **leyes penales en blanco**, es decir, las leyes necesitadas de complementar su tipo insuficiente (porque no se basta a sí mismo). Lo que no quiere decir dualidad de tipos delictivos, esto es, uno en la ley penal abierta y otro en la disposición complementaria. Ésta y su contenido formarán parte de un único tipo, el cual no puede ser otro que el fijado por la ley penal especial.

Hay que saber muy bien cuáles son los bienes protegidos por la ley penal y cuáles los hechos lesivos a ellos, para que la necesaria amenaza de penar (función imperativa de la ley) a quienes la contradigan, identifique a los destinatarios jurídicos con claridad y, también con claridad, llegue a éstos el mensaje jurídico. JIMÉNEZ DE ASÚA expresó que según BELING (o a través de éste) se conoce el más moderno apotegma de que **"no hay delito sin tipicidad"** y (añade citando a BELING) sin una **clara** definición o tipificación. Dada la relativa obscuridad de las leyes penales en blanco ¿pudiere alegarse que los tipos no están claros y que por consiguiente no hay delitos? No,

porque los tipos son clarificados o colmados por otras disposiciones que no constituyen legislación penal especial (y así no habría confusión de tipos como expresé antes), porque, para constituirla, además de anotarse fuera del Código Penal (que contempla tal posibilidad en su artículo 7º) deben contener un tipo informativo de qué comportamiento sanciona. Información que no ha de ser exhaustiva, al extremo de perderse en inanidades, sino concretar **en lo posible** la definición del acto catalogado como delictuoso. No es lógico ni posible que la descripción típica englobe, cual omnisapiente lista circunstanciada, **todos** los pormenores del acto amenazado (y por esto antes calificué como "relativa" la obscuridad de las leyes en blanco). Un Código Penal, en fin, no puede diluirse dando información detallada respecto a los alcances de sus leyes, pese a que ARMIN KAUFMANN (citado por MIR PUIG) señala en primer término al Derecho Penal una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay el deber de hacer⁵¹.

Los delitos comunes u ordinarios (como matar, robar, violar y extorsionar) son susceptibles a tipos reducidos o cerrados, de razonable precisión, y que, de cualquier modo, son autosuficientes y no ameritan ser colmados por alguna otra disposición. Pero hay procederes delictuosos que por su complejidad y mutabilidad rechazan todo intento de ser contenidos en tipos ordinarios o cerrados. Y he aquí la justificación del existir las tan vituperadas leyes penales en blanco que, de verdad, pueden ser peligrosas al **principio de legalidad** "nullum crimen nulla poena sine lege" ("nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente", según el Art. 1º del Código Penal) y a propósito del cual establece el ordinal 2º del Art. 60 constitucional: "*Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta*". Aquella situación (ser reluctant a encuadramientos típicos) es exactamente la de los delitos económicos y en particular de los monetarios, dada su continua y rápida fluctuación que, insisto, los hace inasibles para los presupuestos de tipicidad acostumbrados.

Los catedráticos de Derecho Penal COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sostienen que "*Por medio de las leyes penales en blanco se abandona la regulación de la materia penal al Ejecutivo que puede, a su antojo, establecer*

las infracciones. Dicha técnica legislativa puede implicar una clara infracción del principio de legalidad, puesto que la reserva absoluta de Ley impide la remisión normativa siendo en principio, contraria a la Constitución. Esa posible constitucionalidad (sic) no ha impedido que en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal (sic) se hayan deslizado numerosas 'leyes en blanco'..." 52.

Es oportuno hacer referencia a la situación legal de Venezuela respecto a esto; pero antes debo comentar el transcripto criterio de los juristas españoles. El Ejecutivo no puede establecer infracciones penales "**a su antojo**", como ellos plantean, por la principalísima razón de que **sólo el Poder Legislativo puede crear delitos**. Y esta verdad inconcusa no se modifica porque el Legislativo al través de una ley penal "confíe" (con toda la carga semántica de la palabra) únicamente al Ejecutivo circunstanciar y especificar esos delitos que **ya se hallan en la ley penal complementada**; ni esa verdad se modifica porque tal sea muy arduo e implique graves amenazas. Éstas existen porque aunque no se abandonó al Ejecutivo la delicada materia pudiere haber arbitrariedades (en adelante volveré con más latitud sobre tan espinoso tema). Por otro lado, las expresiones "*puede implicar*" y "*siendo en principio*" no son congruentes con la de "**a su antojo**", ya que de ser certísima esta última no tendrían por qué haber sido dubitativas sino aseverativas las precedentes (usé en una página anterior el mismo "puede" precisamente para indicar lo condicionado de aquella ideación). Para terminar (y esto holgaría de no haber cuestionado ese párrafo), doy por descontado que lo que quisieron los mencionados profesores escribir en realidad fue "inconstitucional".

La Constitución de la República, en el ordinal 24 del Art. 136, se refiere a la legislación penal y a su procedimiento, como "de la competencia del Poder Nacional". Por lo consiguiente, **todos** los actos relativos a ello son de la **Reserva Nacional**. A tenor del Art. 139 de la ley fundamental citada, el legislar sobre materia de competencia nacional o de reserva de ley o de la reserva legal, como es natural, corresponde al Congreso. Éste tiene, pues, el monopolio de legislar o crear leyes penales, que no podrán ser creadas por el Ejecutivo o el Presidente de la República. Pero éste sí puede reglamentar las leyes en general y aun las de índole criminal. Así lo manda la Constitución en el numeral 10 de su Art. 190:

"Son atribuciones y deberes del Presidente de la República... 10.- Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón".

Y la parte "in fine" del mismo artículo constitucional dispone:

*"El Presidente de la República ejercerá en Consejo de Ministros las atribuciones señaladas en los ordinales (sic) 6º, 7º, 8º, 9º, **10**, 11, 13, 14 y 15 y las que le atribuya la ley para ser ejercidas en igual forma.*

Los actos del Presidente de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 2º y 3º de este artículo, deberán ser refrendados para su validez por el Ministro o Ministros respectivos". (Subrayado mío).

Sobre dicha temática opinó JIMÉNEZ DE ASÚA: *"Destaquemos que el reglamento no puede desvirtuar ni la voluntad ni el telos de la ley reglamentada, ..."*⁵³. Debo agregar que la norma jurídica está integrada también por el dato formal de la ordenación a un fin que es el **bien común**; éste es lo esencial de tal norma y del "deber ser" jurídicos. Esa ordenación a un fin no se refiere a un fin cualquiera ni a un fin inmediato. **Se refiere al fin último. Este fin último y más importante es el bien común o "telos"**.

En Venezuela se cuestionó mucho la Ley sobre Régimen Cambiario y, por poner un ejemplo, el diario El Universal del 17 de septiembre de 1994, es decir, antes de la promulgación de dicha Ley, informó que la Asociación Bancaria *"considera inconstitucional proyecto de Ley Cambiaria"*:

*"Los banqueros insisten en que no pueden encerrar a nadie, oír obligaciones (sic) cuyo cumplimiento no ha sido definido por la ley como delito. El legislador debe, según afirman, precisar 'todos los hechos constitutivos de la conducta que debe realizar una persona para ser considerada responsable de tales hechos y, por ende, hacer posible que se le imponga la sanción penal prevista por la ley'. -En el proyecto, se atribuye al Ejecutivo y no al Legislativo, la determinación precisa de todas las circunstancias que permitan establecer, en definitiva, la comisión de los actos previstos como delitos"*⁵⁴.

Acerca del mismo tema de una supuesta inconstitucionalidad, el notable jurista venezolano, Doctor JOSÉ MUCI-ABRAHAM, al frente de un grupo de abogados conformado también por JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS, ALEJANDRO TORREALBA RAMÍREZ y VERÓNICA PACHECO SANFUENTES, el 6 de junio de 1995 interpusieron ante la Corte Suprema de Justicia una demanda de nulidad, *"por razones de flagrante inconstitucionalidad"*, de los artículos 2º y 6º de la Ley sobre Régimen Cambiario. Tal acción de nulidad, por inconstitucionalidad, está referida, según los accionantes, *"a la violación del principio constitucional de 'reserva legal' en materia penal"* y a la *"violación del principio constitucional de división del poder público"*⁵⁵.

En torno a estos trascendentales planteamientos hay esto:

Un orden jurídico perfecto tiene las normas estructuradas como una pirámide en cuyo vértice está la Constitución: una superley. Y lo es porque constituye el texto supremo del Estado, siendo una Constitución rígida a la cual están subordinados **todos** los actos de los Poderes Públicos **y las actuaciones de los particulares**. En consecuencia, existe un principio de supremacía de la Constitución que es un principio de legalidad, o sea, **base del Estado de Derecho**. Esa supremacía se garantiza por el establecimiento de amplios mecanismos de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales. Venezuela es un país de Constitución rígida y el Poder Judicial tiene atribuciones para preservar el principio de supremacía constitucional aludido. En uso de dichas atribuciones todo juez podría declarar inaplicable una ley en un caso concreto, con efectos "inter partes", de acuerdo con el Art. 20 del Código de Procedimiento Civil: *"Cuando la Ley vigente cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional los Jueces aplicarán ésta con preferencia"*. Por casualidad un mismo artículo 20, esta vez del Código de Enjuiciamiento Criminal, remite al Código de Procedimiento Civil.

Así, de asistir la razón a la Asociación Bancaria y en particular al muy distinguido Profesor Doctor MUCI-ABRAHAM, quien sí concretó su oposición a través de una demanda de nulidad ante la Corte en pleno y aguarda una decisión al respecto, la Ley de Régimen Cambiario estaría **viciada de inconstitucionalidad y sería nula e ineficaz de acuerdo al**

artículo 119 constitucional. En Venezuela (como en Austria cuya juridicidad se fincó en la Constitución ideada por Kelsen) la ley penal (porque una de sus características es ser constitucional) se invalida "erga omnes" cuando es inconstitucional, caso en el cual la declaratoria de nulidad es atribución de la Corte Suprema de Justicia según los ordinales 3º, 4º, 6º y 7º del Art. 215 de la Constitución.

No obstante, ya se ha visto cómo sí es legal que el Ejecutivo reglamente leyes penales. La validez y obligatoriedad de los reglamentos están fundamentados en la Ley de Régimen Cambiario, de carácter superior a los reglamentos creados para su aplicación. Y así, fundamentando cada norma **en otra superior**, es como se forma la famosa pirámide kelseniana, en cuyo vértice está la Constitución. Los reglamentos en cuestión sí tienen suficiencia jurídica porque no repugnan a una norma superior y pueden por tanto encajar en la mencionada pirámide. Tanto es así que a los "tipos" ínsitos en tales reglamentos (y que están consubstanciados con los tipos de la ley en referencia) sí se les exige la concreción y claridad que deben tener todos los tipos delictuosos (a diferencia de, por ejemplo, las normativas de asociaciones de vecinos, etc., etc., que no pueden tipificar en lo penal y por tanto castigar de igual modo). Pero los reglamentos no **crean** delitos porque como expresó MEZGER (citado por JIMÉNEZ DE ASÚA) *"Las puertas de la prisión sólo las abre la ley"*⁵⁶.

La técnica de ley en blanco utilizada para la descripción de los comportamientos punibles en los delitos monetarios, que implican una remisión constante a las reglas de control de cambios, **es común en el Derecho comparado**⁵⁷.

No solamente en Venezuela se desconfía de las leyes penales en blanco, que tipifican delitos "innominados", aunque desde hace mucho existen aquí prototipos o al menos especies de las mismas en los artículos 167, 273, 343, 489, 498 y 501 del Código Penal⁵⁸. También en otros países las han fustigado criminalistas eminentes: QUINTANO RIPOLLÉS, de modo fulmíneo, opinó que *"Hablar de tipicidad en tales supuestos (se refiere a los delitos monetarios) no deja de ser una expresión teórica como lo sería el decirse en el Código que constituye delito de traición, de robo o de homicidio lo que en su día dispusiere tal o cual ministerio... Es esta*

*faceta del Derecho financiero (se refiere a los delitos monetarios), con sus repercusiones penales, una consecuencia de postulados económicos que primeramente fueron de rigurosa emergencia, en ocasión de la primera guerra mundial, pero que más tarde, al socaire de las políticas socialistas y totalitarias, fueron adquiriendo carta de permanencia en varios países empeñados en trastocar el orden económico privado y liberal en otro dirigido o intervenido*⁵⁹. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, a más de la crítica que se parafraseó antes, consignaron: *"Si no se quiere incidir, bajo el régimen democrático en los mismos defectos que fueron, con razón, tan criticados en la etapa anterior, es preciso que las leyes vuelvan a ser 'las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas' y que el Parlamento asuma efectivamente la función de regir los destinos del Estado, sin descargar el peso de su responsabilidad en la Administración, o en los Jueces. A este respecto, resultan aleccionadoras las palabras de E. Schmidt, (La ley y los jueces en 'Derecho injusto y Derecho nulo', Madrid, 1971, pág. 64): 'Un Estado de Derecho, que quiera diferenciarse de la tremenda deformación de la democracia que nos ofrece el bloque oriental, tiene que estar montado sobre leyes que, como emanaciones de la justicia, correspondan a las antiguas exigencias de Montesquieu y de sus herederos espirituales'. La primera de dichas exigencias es, obviamente, la escrupulosa observancia de la división de poderes, observancia que se elude cada vez que se establece un precepto penal en blanco*⁶⁰.

BAJO FERNÁNDEZ comunica lo siguiente:

"... Una cosa es que no satisfaga la técnica legal empleada y otra negar validez a la norma. El número 22 del art. 1 sigue siendo válido al remitir a normas de rango inferior para definir la conducta... Lo que ocurre es que lo dispuesto en el tan citado número 22, art. 1 no satisface las exigencias del principio de legalidad, como ya señaló Quintano al calificarlo de tipo 'abierto de desusada amplitud, completamente reñido con la dogmática penal ordinaria'. Ahora bien, hay que advertir dos cosas, primero que no es el número 22 art. 1 la única disposición en que queda en entredicho el principio de legalidad. Hay que tener en cuenta que la mayor parte de las figuras delictivas incluyen una remisión para su completa realización, que depende de decisiones de la Administración pública. Tal es el caso en que se exige ausencia de autorización para consumarse el hecho, o el caso en que se remite a lo que, según la normativa vigente, debe ser declarado cedido, vendido o puesto a disposición de la Administración. En segundo lugar, hay que advertir que, desde el punto de vista

del Derecho comparado, nuestro caso no es único. En todas las legislaciones se opera con remisiones a normas jurídicas de rango inferior por exigencias de la materia tratada. Incluso, desde consideraciones de lege ferenda, no se puede ser maximalista exigiendo tipos cerrados porque no lo permite la naturaleza de las cosas.

En efecto, ha destacado Lemkin que el Derecho penal en materia de divisas es un Derecho penal derivado, en el sentido de que se limita mediante leyes penales en blanco, a establecer las sanciones a las disposiciones administrativas vigentes o que se promulguen en el futuro. Esta técnica se explica porque la Ley no puede abarcar ni prever de una vez todos los complejos, y sobre todo, variables, problemas que presenta esta materia.

Lo que hay que preguntarse ahora es hasta qué punto esta situación se justifica en todo caso por la naturaleza de las cosas. Hay que saber si es cierto que 'el Derecho penal económico... usa y abusa de las infracciones en blanco, que muchas veces vulneran en su querida vaguedad conceptual el dogma del nullum crimen sine lege. Lo que acontece no solamente en ordenamientos penales de técnica analógica general, como el ruso-soviético o el alemán nacional-socialista, sino en los más aferrados en lo común al sistema del más estricto legalismo'...

Obsérvese que lo que más preocupa a Quintano es 'dejar al arbitrio de un Ministerio crear delitos en un indefinido futuro'. Es este arbitrio el que hay que limitar'⁶¹.

RODRÍGUEZ DE VESA y SERRANO GÓMEZ, en la decimosexta edición de su "Derecho Penal Español" (1993), señalan:

"En los tres casos, por más que algunos consideren como ley penal en blanco en sentido propio tan sólo el último, se trata de una cuestión de técnica legislativa, muy dudosa en el tercero (cuando la ley se remite a una disposición de rango inferior como a un reglamento) porque implica en definitiva una delegación en las autoridades administrativas para que, mediante disposiciones del mismo orden, decidan cuándo una conducta que guarde relación con las indicaciones de la ley es punible. JESCHECK, 1978, 86 s., entiende, con razón, que para que sea admisible este procedimiento es preciso que la ley que remita establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase y extensión de la pena, pues de otro modo se infringiría el principio de legalidad"⁶².

RODRÍGUEZ DEVESA, acerca de un aspecto que también nos interesa en Venezuela, señaló en otra parte de su gran obra:

"He llamado la atención sobre el equivocado camino emprendido al considerar que toda ley o reforma penal ha de revestir el carácter de ley orgánica y las extravagancias e incongruencias a que ha conducido (vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal en RD Púb., 1982, 241 ss.). La ley orgánica de 13 jul. 1982 es un palmario ejemplo de los ridículos extremos a que conduce la referida tesis, pues recogiendo en ella delitos e infracciones administrativas de contrabando se declara de modo expreso (disposición final 2.ª, que por cierto contiene una grosera errata, 'precios' por 'preceptos' que figura en el texto aprobado por las Cortes) que el contenido del tít. II puede ser modificado o derogado por una ley ordinaria. Un monstruoso híbrido de ley orgánica y ley simple" ⁶³.

En la propia obra del alemán JESCHECK, considerada por sus traductores (los catedráticos españoles contemporáneos MIR PUIG y MUÑOZ CONDE) como que "... constituye, sin duda, el Tratado actual que ha conseguido mayor reconocimiento en nuestra disciplina, tanto en Alemania como fuera de ella" ⁶⁴, el criterio exacto es el que sigue:

"Las leyes penales en blanco son admisibles, aunque remitan a preceptos de otras leyes de contenido desconocido, pues hay que suponer que también estas leyes son adecuadas jurídicamente. Pero si la norma complementaria es sólo una ley delegada, el legislador conforme al art. 103 II GG tiene que autorizar expresa e inequívocamente la conminación penal y delimitar el contenido, fin y extensión de la autorización tan exactamente que el ciudadano pueda deducir ya de la propia ley los presupuestos de la penalidad y la clase de pena. De lo contrario, no se respetaría el principio de la determinabilidad 'legal' de los delitos y las penas... Cuando se amenaza con una pena privativa de libertad, de acuerdo con el art. 104 I 1 GG sólo puede abandonarse a la ley delegada la especificación del tipo..." ⁶⁵.

En suma: para este sabio alemán **"las leyes penales en blanco son admisibles... (a condición de) autorizar expresa e inequívocamente la conminación penal y delimitar el contenido, fin y extensión de la autorización tan exactamente que el ciudadano**

pueda deducir ya de la propia ley los presupuestos de la penalidad y la clase de pena".

Esta ultravaliosa opinión, a la que pudo verse que RODRÍGUEZ DEVESEA y SERRANO estimaron razonable, debería entroncarse, para llegar a conclusiones, con el análisis y las citas que hace JIMÉNEZ DE ASÚA respecto a lo mismo:

"El reglamento debe estar siempre subordinado a la ley 'cuidando de no alterar su espíritu' (Constitución Nacional, art. 86, núm. 2º). Ello complementa lo que surge de la letra de los artículos 18 y 19 de la carta fundamental y comprueba la afirmación de que el reglamento no puede crear, por sí mismo, delito alguno, ni establecer penas... Al llegar a este punto vamos a completar cuanto dijimos antes sobre las leyes en blanco, en orden a la función de los reglamentos. Por cuanto respecta a la Argentina, ha sentado Núñez bases que juzgamos correctas, para delimitar la acción que, en esas leyes abiertas, se reserva a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo:

'a) El principio de reserva y el de la división de poderes prohíben que la facultad legislativa penal pase del Poder Legislativo al Ejecutivo.

b) Existe esa delegación siempre que el Legislativo hace pasar el ejercicio de ese poder al Ejecutivo, descargándolo sobre él;

c) Legislar en materia penal, en cuanto hace a la creación de los hechos punibles, significa determinar las conductas prohibidas enumerándolas mediante modos verbales convenientes;

d) En las leyes penales en blanco, el blanco debe consistir en una enunciación genérica de la conducta punible;

e) En consecuencia, de acuerdo al principio enumerado sub c), en las leyes en blanco la función legislativa penal, en cuanto se refiere a las infracciones, está descargada en la tercera instancia legislativa, cuya misión es determinar específicamente las conductas punibles dentro del círculo en blanco;

f) Pero, el poder de reglamentación se reduce a una facultad específica comprensiva sólo de todas aquellas modalidades de interés secundario o de detalle, indispensable para la mejor ejecución de la voluntad legislativa' " 66.

JIMÉNEZ DE ASÚA cita un examen de NÚÑEZ con respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en torno a la acción que, en las leyes abiertas, se reserva a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo⁶⁷.

Deriva obligada del punto analizado es la de ahondar en si las leyes penales en blanco arrumban las libertades, al estilo totalitario, o si este gravísimo cuestionamiento (punta de lanza en Venezuela de quienes han adversado la Ley sobre Régimen Cambiario) es exagerado. Y tal cuestionamiento no puede suponerse sin fundamento del todo porque ya se sabe que aquellas leyes sí comportan serios riesgos al principio de legalidad, piedra angular del Derecho liberal y que consiste en que para castigar a alguien es condición "sine qua non" que su conducta haya estado descrita como punible con anterioridad a la fecha del castigo, así como en que este castigo también haya sido advertido con anterioridad a la conducta que se pretende castigar. Ese principio fue substituido, a partir del gran criminalista alemán BELING, por el más contemporáneo de **"no hay crimen sin tipicidad"**, que viene a significar lo mismo en aras de la libertad y seguridad jurídica. Consecuencia de lo anterior es que la retroactividad sólo se aplica en beneficio de los ciudadanos, pero jamás para castigarlos por hechos no incriminados en el pasado. El muy famoso e ilustrado jurista CARLOS BINDING, que propuso la diferencia entre ley y norma (y a quien JIMÉNEZ DE ASÚA llamaba "el insuperable maestro alemán")⁶⁸, fue quien por vez primera puso en circulación las expresiones "leyes en blanco" ("*Blanketstrafgesetze*") o "leyes abiertas" ("*offene Strafgesetze*")⁶⁹. Acotación que hace volar el recuerdo al "Derecho libre" o "Derecho de autor" del tercer Reich que, con la excusa de substituir el principio "*nullum crimen sine lege*" por el de "*nullum crimen sine pena*" y luchar sin ataduras (al tipo legal) contra los crímenes, cometieron muchos y aun monstruosos. Máxime si se advierte que fue BINDING, vaya coincidencia, quien dio a HITLER plataforma jurídica para ejecutar el genocidio contra los judíos⁷⁰.

El ilustre intelectual ARTURO USLAR PIETRI expresa:

"La tendencia natural de la socialdemocracia es hacia la regimentación, en una actitud evidente de desconfianza hacia la libertad. En ese camino se llega a todos los negativos extremos del intervencionismo del Estado, que ha producido el fracaso de esos regímenes y que hace evidente la necesidad de revisar todas esas concepciones, y de hacer todo lo posible por salvar la libertad, que es, como lo demuestra la historia, el agente fundamental del desarrollo económico y social. Esto es, particularmente, válido para los países

latinoamericanos, en los que han predominado por mucho tiempo organizaciones políticas muy inclinadas a las prácticas de un intervencionismo socialista.

Son muchas las cosas que hay que rectificar y reconsiderar a la luz de los grandes acontecimientos y de las lecciones que trajo el fin de la guerra fría y, sin duda, esta del intervencionismo del Estado en la vida económica es una de las más urgentes"⁷¹.

En relación con este mismo tema de la libertad un hombre tan eminentemente liberal como JIMÉNEZ DE ASÚA tuvo el valor de advertir:

"En estos tiempos que han de llegar, ¿la libertad será concebida como antaño? ¿Volverá el liberalismo del siglo XIX, que inauguró la Revolución francesa y que claudicó en 1914? La llamada libertad política pretendía liberar al hombre del Estado y hacía de la libertad un valor en sí. Pero este punto de vista era errado. La libertad es en efecto, un don del hombre, pero como todos los atributos que el hombre posee, ha de ser manejada con un criterio finalista. Si la libertad fuera un valor por sí sola, admitiría la maximización: cuanto más libertad, mayores bienes. Y basta hacer mentalmente el ensayo, para convencerse de que la libertad llevada a tales extremos caería en el libertinaje.

La libertad es un instrumento para bienes más altos. El hombre es libre para conseguir la exaltación de la personalidad, de la humanidad y de la cultura.

No debe olvidarse esto cuando se construya el Derecho penal del futuro. Mientras tanto, y puesto que la libertad no es un valor en sí, sino que persigue un fin, tendremos que proclamar que no hay libertad contra la libertad, y que el Estado tiene derecho a la legítima defensa. Pero mirando al futuro acaso puede llegarse más lejos"⁷² (subrayados míos).

Tales aseveraciones, que cobran en la pluma de JIMÉNEZ DE ASÚA el más alto valor, fueron reiteradas en una reimpresión de la obra en 1975 y además añadió páginas después:

"La libertad, como bien jurídico, se distingue de la oposición, de la libertad diabólica de 'hacer lo que me da la gana'. Y puesto que no es un valor en sí, sino que se determina por un telos,

***la libertad sólo es legítima cuando se dirige a un fin que exalta la personalidad y la convivencia en sociedad*"⁷³.**

FIGUEIREDO DIAS - DA COSTA ANDRADE (citado por BAJO) manifestó:

*"... en parte, la historia de la construcción del socialismo es la historia de la lucha contra el delito económico"*⁷⁴.

El notable administrativista venezolano, Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER CARÍAS, en contraste, ha expuesto:

"En efecto, puede decirse que el principio de la libertad concebida negativamente frente al Estado, y que lo configura como un Estado no interventor (Estado Abstencionista), base del Estado Liberal, y que en el campo económico es reflejo del dogma del laissez-faire, va a cambiar radicalmente a partir del momento en que se comienzan a admitir los derechos sociales, como derechos de la persona humana, superándose el monopolio de las libertades que ejercían los derechos económicos y políticos. Con razón se ha dicho, por tanto, que la quiebra del liberalismo clásico se inicia al consagrarse en los sistemas jurídicos de los Estados Occidentales, los derechos sociales; la promoción de éstos requería y requiere, en el campo económico, no la abstención sino la intervención del Estado. Un sistema económico basado en la consagración de la propiedad privada y su santidad, y en los beneficios de la absoluta libertad en la vida económica, evidentemente que no pudo conciliarse con el nacimiento de los derechos sociales, para cuya promoción y protección, precisamente, había que comenzar por cuestionar la propiedad privada y la libertad económica, y moldearlas conforme a los nuevos principios de interés social o de justicia social, en cuyo nombre aquellos derechos podían inclusive, ser extinguidos. De ahí las instituciones ya tan clásicas, de la expropiación por causa de utilidad social o de los servicios públicos. En todo caso, la irrupción de la cuestión social en todo el panorama del liberalismo económico, ha planteado el conflicto entre individualismo y socialismo, y en el camino entre esos dos extremos se encuentran la mayoría de las sociedades contemporáneas... No se trata de que con el fin del laissez-faire se produce el fin de la democracia, como todavía hay quien pueda pensar por la peligrosa identificación que interesadamente se hizo de la democracia con la idea de liberalismo, sino que al contrario, el fin del laissez-faire, es la pieza esencial que faltaba para hacer posible una real democracia

económica y social, sin perderse la democracia política; y precisamente es el Estado la única entidad capaz de garantizar y hacer posible esa democracia económica y social, mediante su operación por los mismos beneficiarios de ésta, a través de la democracia política" 75.

No sé cuánto valor han perdido estas ideas (¿mueren las ideas?), no tanto por haber sido expresadas justo hace veinte años sino por el desplome de la U.R.S.S., cabeza del socialismo.

Por su parte, BAJO FERNÁNDEZ ha expuesto:

"Dos equívocos es necesario desterrar cuando se habla de Derecho penal económico, o del propio Derecho económico. En primer lugar, es necesario tener presente que no se trata de un Derecho de la guerra y de la revolución. Ciertamente que cuando se oyó hablar con más insistencia de un Derecho económico fue con ocasión de las dos guerras mundiales, lo que autorizó a encontrar una total dependencia, sin duda no exacta, entre la guerra y el nuevo Derecho económico... En segundo lugar, es necesario también desterrar la idea de que la intervención estatal en la Economía se explica sólo vinculada a regímenes políticos totalitarios. El paso de una concepción liberal de la Economía con su laissez faire laissez passer, ne pas trop gouverner, su concepción fisiocrática de los precios naturales, su entendimiento de la libre concurrencia en el mercado, etc., a una Economía social de Mercado, tiene una explicación más compleja. El intervencionismo es la consecuencia de una concepción social del Estado de Derecho de un lado, y del otro de todo un movimiento de evolución histórica caracterizado por el paulatino paso de una Economía individualista (regida por un Derecho patrimonial civil y un Derecho mercantil individualista) a una Economía dirigida estatalmente caracterizada por el Plan. Pero hay que tener en cuenta que, dentro de una economía de signo capitalista, este dirigismo parte de la idea de un mercado libre para regularlo y de la idea del libre juego de las relaciones privadas 'para estimularlas o coartarlas según los casos y, en cualquiera para encausarlas'. Las actuales relaciones Estado-actividad económica toman un cariz intervencionista, pero en ellas buscan permanentemente una situación de equilibrio la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa. No se trata, pues, de una situación que sólo encuentra explicación al socaire del totalitarismo político.

Ahora bien, el concepto de Derecho penal económico del que partimos tiene vocación de validez en todo sistema económico porque en cualquier sistema hay un orden económico que proteger. Más adelante comprobaremos que también en los países socialistas hay un Derecho penal económico, en el sentido aquí expuesto, y una delincuencia económica. El carácter neutral de este concepto frente a los distintos sistemas económicos no puede evitar que el dirigismo estatal en la Economía se entienda de forma distinta en cada uno de ellos. Cuando se trata del Derecho penal económico en sentido amplio la diferencia resulta ya de mayor envergadura" ⁷⁶.

Ante los criterios de BAJO FERNÁNDEZ (vertidos en 1978) vale decir que aquí no ha habido guerra pero el daño a la Economía no ha sido menor, por la depredación causada por muchos "patriotas". Aquellos criterios fueron ratificados en otra obra suya en 1987 (cuando aún no había colapsado la U.R.S.S) y agregó que (para esa época) la mayor parte de los países del mundo estaba en el dirigismo estatal del sistema de economía mixta, que parte de la idea de un mercado libre para regularlo y busca equilibrar la libertad de iniciativa con el orden público económico⁷⁷. ¿Cuánta vigencia tienen hoy dichos criterios?

El altísimo penalista JESCHECK hizo notar que *"nada puede amenazar más seriamente la libertad individual que un acto arbitrario de la autoridad que use el poder punitivo como instrumento de poder. La intervención penal tiene un efecto más profundo que cualquier otra 'intervención en la libertad y la propiedad', porque, a través de la desaprobación éticosocial que lleva implícita, ostenta además un carácter especialmente gravoso"* ⁷⁸.

Sin embargo se ha visto que, aunque con reservas, hay que tolerar la existencia de las leyes penales en blanco. Si se quiere (y para no escoger entre si es un "mal" o una "necesidad") como un "mal necesario".

TIEDEMANN ha señalado:

"Mientras una parte de la doctrina penal española (Cobo, Vives, Córdoba Roda, etc.) consideran inconstitucional el uso de tales leyes penales en blanco (en el sentido estricto de la palabra), la mayoría de la doctrina española y la respectiva doctrina y jurisprudencia alemana parte (sic) de que las leyes

*penales en blanco no son inconstitucionales si el propio legislador ha tomado al menos la **decisión incriminadora básica** y sólo cede a la Administración la **concretización** de esta resolución"* ⁷⁹.

La idea de la **"decisión incriminadora básica"** o, mejor dicho, esta expresión, la considero realmente acertada porque al instante y a la perfección explica cómo deben ser esas leyes en blanco.

TIEDEMANN agregó, páginas después:

*"Así Binding, el gran maestro alemán de principios de este siglo, ha caracterizado al Derecho penal especial, y sobre todo a las leyes penales en blanco, como expresión ideal y perfecta de la teoría de las normas: refleja esta técnica legislativa la triple división de norma extrapenal de conducta, norma penal descriptiva de la violación de esta norma de conducta y sanción penal como norma que se dirige al juez penal"*⁸⁰. Y más adelante: *"Si, en consecuencia, la unidad del Derecho Penal y de sus puntos de referencia conoce límites derivados de la naturaleza misma del Derecho Penal y de sus garantías, la ventaja de una armonía externa con las reglas no penales es relativamente modesta. Por otra parte, la técnica de las normas penales en blanco, que reenvían a no penales, permite restablecer perfectamente la concordancia entre dos materias. Ciertamente, esta técnica de reenvío es en sí misma criticable, sobre todo por razones de legalidad. Sin embargo, el reenvío a normas administrativas garantiza a menudo una mayor seguridad jurídica que las nuevas nociones de un Derecho penal autónomo..."* (agrega que con esto está de acuerdo RODRÍGUEZ-RAMOS en COBO DEL ROSAL)⁸¹.

No tengo las credenciales científicas (necesitaría ser economista) para hacer pronunciamientos acerca de si las medidas dirigistas tomadas ha poco en Venezuela eran las adecuadas o si, por el contrario, al compás del liberalismo, había que "fortalecer" la Economía con "estímulos" y no con prohibiciones de índole penal. Sí parece necesario haber impuesto el control de cambios. En este sentido resulta impresionante, a mí al menos, el apoyo que, aunque con reservas, dio a tal control de cambios el Presidente del Banco Provincial (el más fuerte del país) y de la Asociación Bancaria Nacional, Sr. JOSÉ MARÍA NOGUEROLLES⁸².

Ahora bien: una vez que se optó por el control de cambios e intervencionismo correlativo, era ingenuo y aun tonto pretender que no aparejara delitos. Más todavía: significa desconocer las esencias mismas del Derecho Criminal. Veamos.

Pártase de un principio esencial e indiscutible: las leyes penales han de construirse sobre una base de realidad. Y para deslastrar el excesivo formalismo deben nutrirse de realidad. Una lógica crítica jurídica debe ser encaminada a delinear el Derecho ideal, esto es, aquel que no es dispar con la realidad. (Esto coincide, aunque difiere la intención, con la cita que con anterioridad interpolaron COBO y VIVES: *"..., es preciso que las leyes vuelvan a ser las relaciones necesarias que se deriven de la naturaleza de las cosas'...*). En Venezuela, hoy, es una realidad que ha habido una catástrofe económica que la convirtió de país archiadinerado a un país superendeudado y con las carencias propias de las naciones paupérrimas. Es una realidad que tal ocurrió no sólo por la torpeza administrativa sino también por el más increíble ladroncio contra el Tesoro nacional. Es una realidad que la inmensa rapiña fue perpetrada por el sector público (de modo principal) y así mismo por el sector privado. Es una realidad que semejantes crímenes han sido amadrigados por la más escandalosa impunidad. Es una realidad que la impunidad es un gravísimo problema jurídico y ético. Es una realidad que todo esto constituye un serio desorden. Y es una realidad que el Derecho Criminal es la mejor manera de poner orden.

En efecto, el gran penalista JESCHECK afirma:

"Uno de los cometidos elementales del Estado es la creación de un orden jurídico, ya que sin él no sería posible la convivencia humana. El Derecho Penal es uno de los componentes imprescindibles en todo orden jurídico, pues por mucho que el moderno Estado social haya empleado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la protección de la convivencia humana en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones cuyo cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad de prestación positiva en materia asistencial. Por ello, la necesidad de la coacción penal se ha advertido por la Humanidad desde los tiempos más primitivos, y la punición de los delitos ha contado en todas las culturas entre las más antiguas tareas de la comunidad.

La opinión popular ve (sic) todavía hoy en el derecho penal el derecho por excelencia,..."⁸³. Y continúa:

*"La misión del derecho penal es proteger la convivencia humana en la comunidad. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas. Toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilite su mundo circundante... En cierto modo, la norma penal representa la 'última ratio' del instrumento del que dispone el legislador. Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. El derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad... Los ataques que se dirigen a la justificación de la existencia del derecho penal como instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico resultan infundados en una Sociedad libremente organizada, ya que sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en un marco de libertad... El Derecho Penal realiza su tarea de protección de la sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. En segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva. La función represiva y la función preventiva del derecho penal no son, sin embargo, contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad... Pero incluso cuando interviene en forma represiva, el derecho penal cumple, respecto a la protección de la Sociedad, indirectamente una función preventiva: la pena justa constituye un instrumento imprescindible, en interés de la colectividad, para el mantenimiento del orden social... El Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos. En toda norma jurídico penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que, son por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública..."*⁸⁴.

Es ocioso explicar el inmenso daño social que causa la criminalidad económica mediante su contribución a una completa descomposición social.

El Dr. FERNANDO PÉREZ LLANTADA Y GUTIÉRREZ, S.J., ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, en su estupendo libro "Criminología", explica:

*"En la época preindustrial, el delincuente atacaba siempre a la sociedad desde fuera. En la sociedad moderna, el criminal económico dirige sus ataques desde el seno mismo de la sociedad, sin instalarse fuera de ella, aunque la dirección de los ataques vayan contra la misma sociedad. Si el delincuente en materia de criminalidad económica tiene éxito en sus hechos desviados, puede ocurrir que no sea despreciado, y que gane prestigio. Aquí reside el **inmenso peligro social de la criminalidad económica**... Este tipo de criminal no tiene relaciones con el criminal primitivo. Lo desprecia por su falta de inteligencia o de prestigio social. El criminal de derecho común tiene, puede ser, prestigio en la comunidad compuesta de semejantes en su propia subcultura, pero no en la subcultura de los delincuentes económicos. En una sociedad en la que el prestigio depende del dinero y en la que las preguntas: ¿quién eres tú?, ¿qué haces?, ¿cuál es tu profesión?, han sido remplazadas por la única pregunta ¿cuánto dinero ganas?, el ambiente general es propicio a la criminalidad económica y la **prevención de ella es muy difícil**"⁸⁵ (subrayados míos).*

1.3.7. CARÁCTER INDIFERENTE CUANTO A SU IMPLICACIÓN ÉTICA.

La realidad de que una misma conducta a veces sea delictiva y otras no, conduce por fuerza a ese indiferentismo. Es consecuencia de la excepcionalidad de los delitos tipificados para enfrentar la delincuencia económica. La intermitencia de tales delitos comprueba lo relativo de su gravedad que fluctúa según las circunstancias. La conciencia colectiva no juzga igual delitos castigados siempre (como el homicidio) que delitos castigados a veces (como los económicos). Respecto a éstos siente que no son verdaderos delitos o al menos que no son inmorales. Y, en verdad, no puede significar el mismo desprecio por los valores legales y morales el comportamiento de quien mata y roba a mano armada que el de quien comete delitos económicos. Los delitos económicos son de mera y casuística creación política y no delitos que responden a una norma universal de cultura o que revisten "atrocitatem facinoris".

En verdad, los delitos monetarios, por su excepcionalidad, no vulneran un principio ético universal. Pero esto no significa que, una vez estatuido un delito monetario, su violación pueda seguirse viendo con una lente neutra en cuanto a la moralidad.

La impresión de una naturaleza artificial de gran parte del Derecho Penal Económico ha contribuido históricamente a que los delitos económicos sean contemplados en buena parte como auténticos "delitos de caballeros"⁸⁶.

Sin embargo, así como son excepcionales los delitos económicos, también debe ser excepcional el criterio mensurante de su gravedad. En los distintos países no han de ser aquilatados de una misma forma por imperativo de sus distintas circunstancias. Que habrán de dar la medida exacta del impacto dañoso de dichos delitos en cada país y por tanto de su correspondiente gravedad. En Venezuela, como se verá, los delitos económicos tienen hoy máxima gravedad. También, considerada en general, la delincuencia **es el más grave problema que padece el país**. Delincuencia que ha crecido hasta dimensiones monstruosas como consecuencia directa de la **impunidad**.

La impunidad, en efecto, es idea rectora en el país. Con sus aberrantes consecuencias. La necesaria consecuencia ética o moral de la impunidad es la negación de la justicia o la imposición de la injusticia. La consecuencia jurídica de la impunidad es pervertir todas las estructuras jurídicas. Y la consecuencia criminológica de la impunidad es el incremento de la violencia y los delitos en general, ya que el principal factor tenido como impedimento para agredir o violar las leyes es el temor al castigo. Uno de los efectos perniciosos de la impunidad, abstracción hecha del mal "in se" que representa en lo ético, filosófico y jurídico, es el de su formidable impacto desmoralizador en la colectividad. Otro efecto malsano es la paulatina transformación en delincuentes de quienes no lo habían sido. Ello en fuerza de la realidad jurídica, que al no fulminar castigos contra los primeros permite **ventajas indebidas en la lucha por la vida**. Y ni cumple función preventiva respecto a la sociedad no delincuente, ni respecto a los delincuentes, ni la función represiva hacia éstos. La impunidad es causa y efecto de crímenes sin castigo. Todo ello, tan obvio, ha cobijado, aparte de toda la gama de crímenes contra la sociedad, un saqueo al Tesoro público como ha habido pocos en la historia universal y condujo al colapso de la Economía nacional. Semejante sistema de criminalidad triunfante fue aprovechado por un sector empresarial para delinquir de múltiples maneras. Una de las cuales, atinente a parte de la fase bancaria,

desembocó en uno de los delitos masas o fraudes colectivos más impresionantes registrados en el mundo. Y así, perjudicando mucho a la Economía privada, agravó la caótica Economía nacional y determinó las respectivas y muy serias medidas que tomó el Ejecutivo con urgencia.

Retrotrayéndome a la idea inicial de que así como son excepcionales los delitos económicos debe ser también excepcional el criterio para medir su gravedad en los distintos países ("cada país es un mundo"), tenemos que, por fuerza de la lógica, no puede afrontarse igual la criminalidad en un país en el cual sí se cumplan las leyes y en un país, como por desgracia es el nuestro, en el cual no se cumplen y reina la impunidad. No será igual la necesidad de reacción estatal y de rescatar el principio de autoridad en uno y otro lugar. La nocividad social de cualquier delito es mucho más grave donde impera la impunidad. Si no hay castigo se pierde autoridad, se pierde soberanía y se pierde el Estado de Derecho mismo.

Resumiendo: en cuanto a Venezuela, la criminalidad económica reviste la mayor gravedad en la actualidad y esto es evidente. No tengo los títulos científicos para saber si las medidas dictadas por el gobierno son acertadas o no y en qué medida. Necesitaría ser economista. Pero es indiscutible la necesidad absoluta de afrontar la criminalidad económica y también la criminalidad común. Esta última precisión (o referencia a la criminalidad común) holgaría de no ser porque algunos invocan con ardor digno de mejor causa los "derechos humanos" de inhumanos criminales (jamás de sus víctimas) y sólo quieren el castigo de los empresarios. Valga la digresión como un alerta sobre la injusticia de achacar todos los males del país al grupo empresarial. Tal han pretendido con impudicia muchos politiqueros, que sí son por obvias razones y muy en primera fila de responsabilidad eminente, los principales autores de la catástrofe financiera nacional y de sus otros grandes e innúmeros males.

Hacer frente a la criminalidad airosa e insolente impone resucitar el principio de autoridad y aplicar drásticas sanciones de toda índole que han de pender con igualdad contra la delincuencia empresarial.

1.3.8. INTERVENCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

1.3.8.1. NOTA PREVIA

En los delitos económicos en general y, en particular, en los delitos cambiarios, es característica comunísima la intervención de personas jurídicas. Atiéndase primero a tal intervención en términos de criminalidad; luego al problema de si las personas jurídicas tienen o no capacidad para delinquir, lo cual en realidad es un más efectista que efectivo problema; y con posterioridad atiéndase al tema, que sí está lleno de peligros, de cómo ha de juzgarse la responsabilidad penal de quienes han actuado o sólo figurado (sin actuación alguna) en esas empresas.

1.3.8.2. CRIMINALIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS

TIEDEMANN enseña lo siguiente:

"CRIMINALIDAD ECONÓMICA COMO CRIMINALIDAD DE EMPRESA. Hay paralelismos en relación a los intereses de investigación económico criminológicos y las tendencias legislativas que apuntan, prescindiendo de los países socialistas, a un complejo de cuestiones como si la punibilidad de las personas jurídicas y de otras asociaciones de personas debe ser introducida y qué tipo de sanciones deben ser previstas o si 'la conducta del consorcio' presenta características especiales en comparación con el hecho individual o si en especial las grandes empresas son más propensas a la criminalidad que las pequeñas o medianas. Hay amplia identidad con el problema que se conoce en el ámbito de la lengua inglesa como 'corporate crime' y que en la República Federal Alemana ya en los años 50 condujo a las correspondientes investigaciones y que recientemente para la preparación de la Segunda Ley para la lucha en contra de la Criminalidad Económica de 1986, fue retomada nuevamente, sobre todo por Schünemann. En los Estados Unidos apareció en el año 1979 la destacable investigación del discípulo de Sutherland, Clinard, el que junto con Yeager analizó más de 1500 procedimientos penales y administrativos en contra de 582 empresas americanas llegando a la conclusión que las grandes empresas de modo destacado están relacionadas con la criminalidad. En todo caso aparece por lo menos dudoso si esta conclusión puede

ser transportada a las grandes empresas europeas y japonesas (en la República Federal Alemana hasta ahora aparece relacionada empíricamente con la Comisión de Delitos Económicos sólo la participación más importante de las Sociedades de Responsabilidad Limitada). En una no menos importante investigación sobre los nuevos Codes of conduct, Cressey, el otro discípulo de Sutherland, llegó en 1980 a la conclusión que las firmas norteamericanas de forma progresiva iban adoptando medidas para prevenir la criminalidad económica en su ámbito. Trabajos franceses y australianos (realizados con la técnica de la entrevista) recogen este elemento de código voluntario para las empresas multinacionales.

Mis propias investigaciones sobre la criminalidad de las empresas multinacionales norteamericanas y europeas llegan igual que las pesquisas francesas, latinoamericanas e indias, a la conclusión que hay un peligro de manipulación en especial en la transferencia de bienes inmateriales en el sector de servicios. Se trata sobre todo de delitos tributarios, aduaneros y monetarios en tanto que supuestas infracciones en contra del derecho de competencia se revelan en forma no excepcional como consecuencias jurídicamente neutrales de las grandes fuerzas financieras y del poder económico de las empresas multinacionales. También se ven dificultadas las clásicas posibilidades de una dirección llevada a cabo por un poder central absoluto radicado en una sociedad madre o sociedad superior con el objetivo de una maximización del retorno de los beneficios a esta central, debido a la introducción reciente de un cuerpo oficial de control financiero pluridimensional así como por exigencias especiales del Estado (derivado de la política de inversiones). Por sobre todo esta actividad de las empresas transnacionales, que se describen mejor con este término de la ONU que con el de 'multinacionales', es en conjunto sólo una parte del expansivo tráfico económico y comercial transfronterizo, por lo tanto, transnacional. Con razón estos aspectos adicionales han desviado el punto de atención de los criminólogos a una serie de fenómenos sobre cuya ausencia de un estudio tipológico una vez más recientemente ha lamentado en los Estados Unidos Edelhertz: desde sobornos y pagos de cohechos por limitaciones artificiales a la libre competencia y abusos de poder económico así como delitos monetarios y tributarios (cuyas formas de comisión y causas en el tráfico mercantil internacional han sido aclarados por Dannecker en una amplia y cuidada investigación) hasta los delitos en contra del medio ambiente así como infracciones en contra de la seguridad en el trabajo y de los productos. Una siempre en aumento atención de los criminólogos se encuentra también en formas patológicas límites del tráfico de capitales internacional como el 'lavado'

(laundering) de dinero negro o la actividad de Bancos y otras empresas en los paraísos fiscales (off-shore banking). La extensión de estos fenómenos la ha establecido desde hace años por sobre todo la praxis en el plano nacional e internacional. A este respecto hay que contar con el 'Project Haven' del servicio de tributos americano del mismo modo que las recomendaciones del Consejo de Europa sobre medidas en contra de las transferencias y 'lavado' de dineros de origen ilícito. La última recomendación comprende parcialmente la conducta comercial de los Bancos, parcialmente un trabajo conjunto con la policía, pero también parcialmente propuestas para la construcción de un sistema internacional de vigilancia y control. También merece destacarse que los negocios bancarios y su campo circundante masivamente están considerados en el campo de mira de la criminología suiza. En la República Federal Alemana se ha preocupado por sobre todo Otto de los delitos bancarios. En Francia Cosson se refiere a la participación en los delitos económicos desde los Bancos hasta el organized crime (crime organisé). Entre tanto varios países europeos han introducido o quieren introducir nuevos tipos penales contra el lavado de dinero" ⁸⁷.

En lo personal, creo que las trasnacionales han hecho un serio esfuerzo porque su actuación sea correcta. Y me parece que lo han logrado en buena medida ⁸⁸.

1.3.8.3. "SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST"

Este brocárdico romano significa que las sociedades o personas jurídicas no pueden delinquir. No significa ello que se desconozca la capacidad de dichas personas jurídicas para "actuar" válidamente y en el marco de la **ficción** que les dio "vida" y dotó de "personalidad"; pero ese actuar guarda más relación con los hechos naturales o acontecimientos mecánicos propios del famoso y así denominado "acto acromático". Aun acogiendo la tesis organicista (que atribuía voluntad a las personas jurídicas) es forzoso reconocer que tal "voluntad" sería como la del autómatas o como la energía que permite moverse a quienes duermen. **No es ésta la noción de acto que interesa al Derecho Criminal.**

Es recomendable revisar la doctrina del **acto**, aunque sea en forma muy breve, para comprender mejor esto y puesto que, como se

dijo, la frecuente intervención de personas jurídicas es una de las características más resaltantes de los delitos cambiarios. **"Acto"**, en concepto de JIMÉNEZ DE ASÚA, es *"la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda"*⁸⁹. Se ha dicho que de la construcción de la doctrina del acto dependen muchos problemas y entre ellos el de la **causalidad**. Con JIMÉNEZ DE ASÚA diré que dicha construcción se debe a VON LISZT, quien se ocupó antes que nadie con sentido moderno de la omisión y de la causalidad. Para el sabio ibérico los elementos del acto son tres: 1) manifestación de voluntad; 2) resultado; 3) nexo causal⁹⁰. ERNESTO VON BELING, en 1906, en su teoría del delito, hizo que el acto (o acción) apareciera *"sin color"*: **acto acromático**. De modo semejante VON LISZT habló de la noción naturalista del acto. BINDING criticó esa *"posición extremadamente realista"* de VON LISZT y mantuvo el *"concepto valorizado"*. Contra esa índole natural o acromática del acto, que sostuvieron BELING y LISZT, salió la teoría de RADBRUCH (que antes mantuvieron los hegelianos) y las concepciones valorativas del acto injusto culpable de BINDING, GRAF ZU DOHNA y SAUER, así como la significación sintomática de la acción, que sostuvieron primero los positivistas, luego TESAR y KOLLMANN y, después, los partidarios del neoidealismo activista y los del "Derecho Penal de autor" del Tercer Reich. RADBRUCH fue el más penetrante defensor de la actitud normativista, teoría ésta que creó polémica contra la teoría naturalista del acto. Mientras tanto, MEZGER cambió de naturalista a valorativista: *"... también el origen de la acción yace en este mundo de los valores y de las consideraciones finalistas; y dicho origen crea así un concepto final de la acción"*⁹¹. Concluye JIMÉNEZ DE ASÚA con que la noción de acto *"tiene que ser hoy concebida socialmente"*⁹².

El **finalismo**, cuyo genial padre fue HANS WELZEL, es doctrina que sacudió la teoría del delito y de todo el Derecho Criminal a partir de 1931. Para WELZEL el punto de partida no es el tipo sino la **acción** y, al concebir ésta de modo finalista (por la capacidad de prever del hombre), todo el Derecho Criminal se infiltra de la misma teoría: ***"la causalidad es ciega, la finalidad es vidente"***. Quiere decir con esto que son esencialmente distintos los hechos fortuitos o de la naturaleza (como

la caída de un meteorito), de las acciones humanas preordenadas a un **fin** mediante una **voluntad consciente**.

Los "actos" de las personas jurídicas, pues, no deben interesar al Derecho Criminal. Mas sí, **y mucho**, los de sus administradores y, acaso, los de sus propietarios, porque es muy cómodo escudarse tras culpas ajenas y al unísono disfrutar las ventajas económicas provenientes del giro mercantil. Al respecto es válido recordar la tesis del "hombre de atrás". Al crecido número de autores, con LISZT a la cabeza, partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han opuesto también y básicamente criterios como los vertidos por JIMÉNEZ DE ASÚA: *" Cuando estudiemos los elementos intelectuales del dolo se verá que ellos son el conocimiento de los hechos y de su significación... Las personas morales no son capaces de tal conocimiento de los hechos y de su significación injusta, y en consecuencia no pueden ser culpables. Si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos"*⁹³.

Al presente, con el mismo cariz, BAJO FERNÁNDEZ ha opinado:

*"El argumento de la incapacidad de la persona jurídica para realizar acciones parece, de un lado, excesivamente formalista cuando se trata de tan grave delincuencia como la de carácter económico, y, de otro lado, resulta chocante fundamentalmente para quienes no alcanzan a dar importancia al elemento psicológico en el concepto de acción jurídico-penal. En realidad, hay que reconocer que 'no puede negarse que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes'... Pues bien, pese a ello y aun cuando se mantuviera contra lo que nosotros opinamos, que aquí hay una acción en sentido jurídico-penal, ha de negarse igualmente la existencia de delito, porque la persona jurídica no es capaz de culpabilidad ni de pena. En efecto, concebida la culpabilidad, como un reproche jurídico-penal, éste sólo puede dirigirse a una persona individual"*⁹⁴.

Como la cita que interpoló BAJO de RODRÍGUEZ DEVESA pudiere hacer creer que apoya éste la culpabilidad de las personas jurídicas, es pertinente abundar en el parecer del segundo:

"Entre los partidarios de la responsabilidad penal, las opiniones se dividen. Unos entienden que la impuesta a las personas jurídicas excluye la punición de quienes la componen. Otros que, además de la pena a imponer a la persona jurídica en cuanto a tal, deben aplicarse penas individuales a sus miembros... El problema me parece ficticio. Se trata, en definitiva, de poner coto a determinadas actividades de entes corporativos. Esto pertenece al Derecho penal cuando los individuos que lo componen constituyen una asociación criminal, y no es preciso para ello exceder la frontera de la responsabilidad penal individual. Cuando no todas las que componen el ente colectivo están implicados en sus actividades criminales, el extender a ellos la pena sería para nuestra sensibilidad de una palmaria injusticia. Ni siquiera el proceso de Nuremberg se atrevió a llegar a esta consecuencia"⁹⁵.

KLAUS TIEDEMANN, en su recentísima obra "Lecciones de Derecho Penal Económico" (1993), ha señalado:

*"De lege lata, en todos los ordenamientos jurídicos están extendidas las sanciones administrativas para empresas y personas jurídicas del mundo económico. Sin embargo, como consecuencia de las tendencias político criminales internacionales, existe una fuerte inclinación a aceptar una **auténtica punibilidad** de las personas jurídicas... La recomendación 88/18 del Consejo de Europa, de 1988, permite escoger una de estas posibilidades: la punibilidad real de las personas jurídicas o la introducción de nuevas formas de sanciones administrativas, pero sin embargo, recomienda insistentemente la utilización efectiva de una u otra posibilidad para obtener éxito frente a un **problema central de la criminalidad económica: la mayoría de los delitos económicos se lleva a cabo mediante o con la ayuda de empresas económicas**. También el modelo del cuasi-Derecho Penal, hace augurar a los órganos de la comunidad Europea, que un **Derecho penal europeo de la empresa**, con responsabilidad complementaria o exclusiva de las empresas o las personas jurídicas, será la óptima solución del futuro. Históricamente, el problema de la punibilidad o cuasi-punibilidad de las personas jurídicas se ha planteado por el hecho de que numerosos estados sólo reconocen una auténtica punibilidad de las personas jurídicas en algunos sectores, como por ejemplo, el derecho penal fiscal o de **divisas**. En el futuro, por razones de practicabilidad y efectividad en diversos ámbitos, será válido incorporarse a un sistema general de la hasta ahora sólo excepcionalmente instituida punibilidad de las personas jurídicas... Un nuevo modelo normativo político jurídico lo ofrecen sin duda los*

estados angloamericanos, en los cuales –por cierto, desde el siglo XIX– está reconocida legalmente la punibilidad de las personas jurídicas. Igualmente, da que pensar el hecho de que el postulado latino societas delinquere non potest sea de dudosa genuinidad histórica y que hasta la Revolución Francesa (1791) la punibilidad de las asociaciones en Europa continental era admitida y habitual. La introducción de una única y exclusiva punibilidad ‘personal’ (de las personas naturales) es, por ello, relativamente reciente y necesitada actualmente tanto de discusión como de reforma.

*Los problemas dogmáticos de tal discusión y reforma son absolutamente solucionables, sobre todo si –al igual que en el derecho administrativo sancionador alemán– se extiende e interpreta el concepto de culpabilidad en el sentido de una **responsabilidad social**... La tendencia más reciente a nivel comunitario va hacia el reconocimiento de la culpabilidad de la propia empresa comparándola con otras empresas del mismo tamaño y en una situación paralela. Esto se corresponde con doctrinas penales que **basan el concepto de la culpa en la comparación con el cumplimiento de deberes por personas calificables como ‘razonables’**. En resumen, podría decirse que el concepto de culpabilidad en sentido estricto, tiene en derecho penal, **un fundamento más de tipo general que individual**. El que las asociaciones propias de las personas jurídicas tengan la posibilidad de llevar a cabo acciones y omisiones, es rechazado en Alemania, esencialmente por **Engisch** y en España por **Bajo Fernández** y **Barbero Santos**, quienes (sic) sostienen que la capacidad de acción es una cualidad natural que no puede ser sustituida en atención a consideraciones de imputación. Realmente, la imputación de hechos ajenos ya se produce en casos de coautoría, aunque sea discutible aceptar la denominación de autor para ambos sujetos... Además, el castigo de las personas jurídicas junto a las personas naturales no se opone al principio constitucional del ne bis in idem, siempre y cuando se conciben como autores distintos, como es el caso del nuevo derecho administrativo sancionador alemán. La coautoría y una concepción funcional de la autoría, como se conoce en los Países Bajos y recientemente en Alemania, allanan el camino dogmático a las futuras reformas" (algunos subrayados míos)⁹⁶.*

Ante una opinión tan importante como la de TIEDEMANN, quien quizá más reconocimiento ha logrado en el mundo por su interés en el Derecho Penal Económico, es oportuno oír la de otro gran criminalista alemán como JESCHECK:

*"El Derecho alemán vigente **no** permite la **punibilidad de las personas jurídicas ni de las asociaciones sin personalidad...** Las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad sólo pueden actuar a través de sus órganos, por lo que ellas mismas no pueden ser castigadas. Frente a las mismas carece, además, de sentido la desaprobación ético-social inherente a la pena, ya que el reproche de culpabilidad sólo puede formularse respecto de personas individuales responsables, y no frente miembros de una sociedad que no han participado en el hecho ni frente a una masa patrimonial"⁹⁷.*

En España, sobre la actuación de personas jurídicas, la doctrina dominante se manifiesta contraria a su responsabilidad penal, ya que los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica (como -según ellos- sucedería inevitablemente si se impusiese una pena a la misma) y obliga a que únicamente respondan de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado⁹⁸.

Alrededor del tema de responsabilizar o no criminalmente a las personas jurídicas, me ha parecido sobremanera interesante la lente usada por el notable tratadista BAJO FERNÁNDEZ:

"También puede parecer chusco que se hayan opuesto los sistemas anglosajón y continental, aquél admitiendo y éste negando la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, cuando una observación práctica nos conduce al resultado de que en ambos sistemas las personas jurídicas sufren las mismas sanciones. En el anglosajón, pese a la responsabilidad criminal, la propia naturaleza de las cosas obliga a limitar las penas a imponer a aquellas que, por su naturaleza, sean aplicables a los entes colectivos. De este modo, no se les priva de libertad recluyéndolas en un establecimiento penitenciario, ni se les priva del derecho de sufragio o del permiso de conducir, sino que se imponen penas de multas, disolución, privaciones de derechos, etc. En el continental, donde la persona jurídica es criminalmente irresponsable, sufre, sin embargo, los mismos castigos de multa, disolución, privaciones de derecho, etcétera, por la vía de las sanciones administrativas. Sin embargo, no implica ninguna burla la declaración de la vigencia de societas delinquere no potest, porque encierra un valor político de importancia, ya que entraña reafirmar también la vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas"⁹⁹.

Creo que BAJO FERNÁNDEZ tiene mucha razón y que su argumentación tiene un peso lapidario: ¿qué descollante importancia puede tener esa discusión dogmática si las consecuencias son idénticas? Pareciera, entonces, más un problema **efectista** que efectivo. No en balde a RODRÍGUEZ DEVESA le parece un problema *"ficticio"*. Esto, desde luego, dejando a salvo que si se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, y según algunos, tal suponga que se castigará penalmente a **todos** los que las **"compongan"**, podrían ser contados aquí hasta los accionistas no administradores, puesto que también las **"componen"** (como dueños). Una consecuencia de tal magnitud sí sería un gravísimo problema. Pero una severidad así, otra vez en palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, no tuvo lugar **ni en el juicio de Nüremberg**.

1.3.8.4. EL VERDADERO PROBLEMA

Una vez restada importancia **práctica** al problema simbolizado por el controvertido apotegma *"Societas delinquere non potest"*, y sin que ello signifique de ningún modo quitar importancia (sería una avilantez) a las disquisiciones teórico-científicas al respecto, podría enfocarse la atención a un peligroso asunto: **cómo debe apreciarse la culpabilidad de quienes integran las personas jurídicas**. Esto, que a primera vista pudiera lucir sencillo, por desgracia no lo es tanto. Es un verdadero problema no sólo porque se refiere a la culpabilidad (o a la más delicada materia de cuantas el Derecho Penal trata, según JIMÉNEZ DE ASÚA), sino porque proyecta una criminalidad tan perniciosa como la económica y en torno a la cual se ha generado una inmensa **tensión** de toda índole. ¿*"Quid juris"*?

En los delitos económicos en general, así como en los delitos cambiarios en especial, insisto, es muy frecuente la intervención de personas jurídicas. La prensa venezolana informó el 25 de enero de 1995 que fueron descubiertas empresas **"fantasmas"** creadas para sustraer divisas y violar el control de cambios¹⁰⁰. Por lo tanto se plantea el problema de hacer frente a estas actividades delictuosas de personas jurídicas en el terreno de la criminalidad económica; pero también ha de tenerse presente que como arma de combate no debe usarse la **responsabilidad objetiva** hoy preterida en el moderno Derecho

Criminal. Ambos extremos (la necesidad de luchar y la limitación de los medios) no son irreconciliables y preciso es, pues, hallar un justo equilibrio. Respecto a todo esto ha expuesto BAJO FERNÁNDEZ:

*"La actividad económica de los países industrializados es, en la mayor parte de sus sectores, obra de la gran empresa que prácticamente siempre adopta la forma jurídica de sociedad mercantil. 'Es hoy -dice Muñoz Conde- prácticamente inimaginable, salvo supuestos excepcionales, una empresa mercantil con un cierto nivel económico que no adopte la forma de una sociedad anónima'. Consecuencia de ello es que en una parte substancial de delitos económicos media la actividad de una sociedad mercantil. Resulta difícil que no aparezca implicada una sociedad de esta clase en actividades tales como la quiebra, competencia desleal, espionaje industrial, acuerdos cartell (sic), actividades monopolísticas, **delitos monetario** (sic), usura, etc. Dicho de otro modo, nos encontramos con delitos cometidos a través de entidades colectivas organizadas.*

Inmediatamente se suscita entonces la cuestión del modo con que el Derecho penal puede luchar contra el 'crimen organizado' o, más ampliamente, contra el crimen colectivo. Las leyes penales modernas han abandonado toda tendencia a la responsabilidad colectiva adoptando el principio de la personalidad de las penas, y pretenden eliminar todo rastro de responsabilidad objetiva mediante el respeto al principio de culpabilidad. Sin embargo, Tal situación no impide un tratamiento adecuado de la participación plural de sujetos en un mismo delito"¹⁰¹ (subrayado mío).

El problema es más agudo en Venezuela porque una mayoría de litigantes y jueces, ante delitos en ocasión de personas jurídicas o empresas, de modo automático reprochan culpabilidad **a todas las personas que aparezcan en las respectivas juntas directivas y aunque no hayan actuado en la comisión de los delitos en cuestión.**

No es justo castigar a quienes nada han hecho, pues, **en principio**, "de la nada, nada puede resultar". Desfogar penas contra los que nada han hecho o dejado de hacer es desconocer el **principio de culpabilidad** o axioma moderno "*nulla poena sine culpa*" (no hay pena sin culpabilidad). ¿Qué responsabilidad criminal puede atribuirse a quienes no han actuado de modo culposo o doloso? ¿Qué **reprochabilidad** puede discernirse en quienes nada han cometido? Y apodíctica prueba es que

no actuaron en absoluto. La **inacción** niega el crimen y también constituye una **ausencia total de tipo**.

A la vera del postulado que propugna la **responsabilidad subjetiva e individual**, según el cual sólo se debe castigar a los **culpables** de los delitos cometidos a través de una persona jurídica y no a **todos** sus administradores, está la **gran dificultad** que muchas veces se presenta a la hora de precisar **quiénes** son esos culpables dentro de una persona jurídica. En efecto, además de sólo perseguir **como regla general**¹⁰² a quienes hayan actuado, debe tenerse presente que **no todas** las acciones pueden tenerse "a priori" como culpables y que hay que acreditar cuáles son las acciones culpables en realidad. De manera que el sí haber actuado en tales directivas tampoco debe significar "ipso facto" culpabilidad, porque tal equivale a **condenar sin establecer el nexo causal**, esto es, a condenar sin saber cuál es la causa jurídica efectiva que permitirá imputar a su causante la resultante ilegal. "**Acto**", en Derecho Criminal, es una conducta humana, con **voluntad consciente** (y no es una redundancia), **que produce un resultado**. El gran problema de la relación de causalidad, de por sí tremendo, se complica cuando los resultados por sancionar se producen por varias causas originadas por varias personas o circunstancias, pues habría una cadena causal integrada por causas próximas y remotas o varias causas efectivas o suficientes por sí solas para producir esos resultados: causalidad cumulativa. **Esta es la situación en un mundo tan complejo como el financiero.**

Los miembros de una junta directiva no son los únicos agentes delictuales posibles, ya que pueden serlo otros. En el ámbito legiferante venezolano se ha incluido esto en el Parágrafo Cuarto del Artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo: "*Cuando el empleador, sea una persona jurídica, será enjuiciada penalmente del acto criminal tipificado en este artículo, la persona humana que resulte responsable y que haya actuado como representante legal, administrador, apoderado, mandante o gerente de (sic) empleador*"¹⁰³. (No comprendo por qué tal modo justo para enjuiciar se condicione a ser el empleador "una persona jurídica")¹⁰⁴. La Ley sobre Régimen Cambiario, en su artículo 13, recoge también una disposición con el mismo norte: "*Cuando los delitos previstos en esta Ley fuesen cometidos, por los gerentes, administradores,*

directores o dependientes de una persona jurídica, actuando en su nombre o representación, éstos responderán de acuerdo a su participación culpable..." (mejor aquí que en la otra ley citada porque incluyó los "dependientes" o los que no sean directivos). Ante tanta especificación, por demás innecesaria en **teoría**, en ambas leyes, cabe preguntarse ¿y de qué otra manera pudiera ser? No obstante y en vista de que, como se dijo antes, en Venezuela se atribuye de modo maquinal o indeliberado culpabilidad a **todos** los integrantes de directivas de empresas incursas o presuntamente incursas en delitos, ninguna especificación sobra con miras a conjurar tan viciosa práctica.

La moderna empresa implica complicaciones cuantitativas y cualitativas, así de trabajadores como de aparataje. Todo esto genera marchas y contramarchas de recomendaciones u órdenes, impartidas de modo verbal o incluso computado, creándose así **una serie de responsabilidades que permanecerían subyacentes**. En consecuencia los directivos no siempre e "ipso facto" serán responsables de los delitos cometidos por la empresa para la cual trabajan. En otras palabras: para que se dé la responsabilidad de esos directivos es menester que su conducta encaje a plenitud en el tipo delictivo del que se trata, es decir, en la conducta allí descripta como delictiva, y que además sea causal. Las dudas que sombrean el tema explícanse porque podría formarse una tupida maraña de responsabilidades, en las cuales habría que deshilvanar para hallar los culpables. La brumosa situación nos conduce, sin vuelta, al muy discutido problema de la **causalidad jurídica**.

RANIERI expresa que *"nexo causal es la relación que media entre la conducta y el resultado, y que hace posible la atribución material de este (sic) a aquella como a su causa"*¹⁰⁵.

Ahora bien: a quién **atribuir** una acción u omisión delictuosa puede ser claro u obscuro. Claro, por ejemplo, en la acción de quien da tiros o puñaladas a otro y en la omisión de quien no alimenta a su hijo, que muere. Aquí es fácil señalar al causante del resultado que tuvo una **causa única**. Causa basada en hechos de inmediata anterioridad al resultado y capaces de producir éste. Y, por tanto, establecer la relación causa-efecto no implica ninguna dificultad. Pero hay situaciones complejas, cuyos resultados se producen por distintas causas

desencadenadas por diversas personas o circunstancias. Con causas próximas y remotas se forma entonces una cadena causal, en la que habrá de hurgarse para identificar la **causa jurídica efectiva** e imputar a quien la causó la resultante delictuosa. Puede haber asimismo varias causas efectivas, esto es, idóneas por sí solas para producir el resultado: **causalidad cumulativa**. Un ejemplo de ésta que, como se dijo, se tiene cuando el resultado fue producido por dos o más condiciones simultáneas, cada una de las cuales resultó eficaz con prescindencia de las demás, es la muerte de quien fue ajusticiado por un pelotón de fusilamiento.

Sin embargo, con la enunciación de tales criterios fundamentales sobre la causalidad y concernientes al principio de culpabilidad y a la responsabilidad individual, todos ellos de aplicación general, deben recalcarse también modernas tendencias en la ciencia penal dirigidas a la **imputación objetiva** y que en **muy contados casos** pudieran constituir la **excepción** de esos mismos criterios. Veamos. En la moderna teoría del delito y con el arrumbamiento de las tesis mecánico-naturalistas (del *"hombre máquina"* como expresó LA METTRIE), hoy se asevera que **puede haber la imputación objetiva sin que exista relación de causalidad**, a la cual se da mucha menor importancia. La tesis de la **imputación objetiva** se basa en prescindir en cierto aspecto de la teoría de la causalidad y en determinar hasta qué punto se puede imputar objetivamente un resultado a una persona sobre la base de una justa punición. Para saber cuándo es objetivamente imputable el resultado se toma en cuenta la **probabilidad**, en el sentido de cuándo la acción u omisión de la persona es idónea, en términos de **probabilidad**, para producir ese resultado, de acuerdo con las leyes de la experiencia y con lo que se acostumbre. Incluso, la teoría de la adecuación y la teoría de la relevancia, que son un correctivo a los excesos de la teoría de la condición *"sine qua non"*, también se afincan en la **probabilidad**¹⁰⁶.

Para el altísimo iuspenalista alemán JESCHECK ha de fundamentarse la moderna teoría de la imputación objetiva (según se vio en la pág.13) en la observación *"deducida de la esencia de la norma jurídico-penal"*¹⁰⁷: Lo más indicado para palpar el alcance normativo es reparar en el **bien jurídico protegido**. Estando constituido éste por la **Economía nacional**, es evidente que tendrá más aplicabilidad la

imputación objetiva con base en la **probabilidad** de dañar ese fundamental bien jurídico: habría de atenderse a la **probabilidad** de que una acción determinada dañe la **Economía nacional**, lo que no puede comprenderse jamás siguiendo conceptos utilitaristas pues, en verdad, es difícil entender que una acción aislada dañe la Economía Nacional; pero si en vez de usar conceptos pragmáticos se usan conceptos substanciales, que atiendan al valor más hondo de los bienes, sí se podrá reparar en el perjuicio que aun actos aislados pueden ocasionar en la **moral pública** y, así, mediante el subsiguiente o paralelo desprecio por los más altos intereses nacionales, afectar ciertamente la Economía nacional. Esto, no apoyado en consideraciones elásticas, hace recordar lo que pasa en los delitos contra el honor: para proteger éste castíganse conductas **¡aunque no hayan lesionado el honor**^{108!}

No debe olvidarse por otra parte que, al compás del argumento de que "otros tienen la culpa", muchos directivos y sobre todo accionistas de sociedades mercantiles o personas jurídicas, han encontrado cómoda y propiciatoria vía de escape. Circunstancia que ha hecho comentar a ZUGALDÍA (citado por BAJO) *"cómo los grandes delincuentes económicos - auténticos parásitos sociales- se cobijan tras firmas que no merecen otra calificación "* ¹⁰⁹.

Situación ésta que ha dado lugar en la doctrina internacional a referirse al **"hombre de atrás"**, es decir, al individuo que actúa tras bastidores y, sin aparecer, es el verdadero culpable de los delitos cometidos por la empresa que dirige "desde atrás". Se afirma, también, que el verdadero interés del Derecho Criminal Económico debe ser llegar al escondrijo del "hombre de atrás".

FERNÁNDEZ ALBOR ha escrito:

"Sin embargo, como el mismo Sutherland ha destacado, se puede observar que cuando estos delitos son cometidos por personas de condición social elevada, con motivo o en el curso de sus ocupaciones, el trato legislativo y judicial es más indulgente. Incluso esta indulgencia se puede constatar en grandes sectores de la opinión pública. Se ha pasado -como acertadamente se destaca- de los benefit of clergy, de tiempos ya remotos, a un benefit of business, en nuestra sociedad de economía de mercado. La sociedad de nuestros días, la

denominada por los sociólogos ingleses y norteamericanos permissive society, consiente e incluso facilita un excesivo libertinaje en materia de competencia económica. A pesar de los incalculables perjuicios materiales y morales dirigidos contra la sociedad, ésta adopta una actitud pasiva, si no tolerante, motivada, entre otras causas -como ha destacado COURAKIS-, por la manera ingeniosa y complicada en la comisión de estos delitos. Su carácter complejo, la poca atención que le dedica la prensa ante el temor de que una posición intransigente pueda chocar con los sentimientos de sus lectores y, especialmente, la esencia misma del fenómeno, es decir, la mentalidad idéntica entre la opinión pública y el delincuente de cuello blanco habida cuenta que en la sociedad de hoy la adquisición de bienes materiales y de una posición ventajosa es un imperativo al que no son excepción los delitos de cuello blanco; los delincuentes de cuello blanco disponen, simplemente, de más medios y están mejor organizados. Como subraya SAINZ CANTERO, es 'sobradamente sabido que con ser mucho el daño causado por los llamados 'delitos de cuello blanco' no es su resultado material lo más pernicioso que producen. Es mucho más nocivo el efecto psicológico del trato de favor que en todos los países vienen recibiendo ' " 110.

El mal es todopoderoso cuando está respaldado por el dinero.

Entonces: a la luz de un bien jurídico de tanta monta como la Economía nacional ¿cómo habrá de valorarse **moral** y **socialmente** la conducta de directivos y/o accionistas **negligentes** u **omisivos**? Hay que recordar que no solamente delinque quien desarrolle conductas comisivas, sino que también puede hacerlo quien no haga lo que de él se **espera**: esto, precisamente, dio lugar a la teoría de la **acción esperada**, para explicar la situación en los delitos de **comisión por omisión**.

Según el Profesor de la Universidad de Friburgo, KLAUS TIEDEMANN, en su muy reciente obra (1993) "Lecciones de Derecho Penal Económico", "Una parte importante de la doctrina alemana quiere hacer derivar la posición de garante del **poder de dirección empresarial**"¹¹¹.

¿Hasta dónde puede ir la **imputación objetiva** respecto a directivos y/o accionistas? Punto de partida en relación con el análisis de tan espinoso tema ha de ser que, sin duda, la forma de sociedades mercantiles y el **anonimato** inherente a muchas de ellas, encubre intenciones criminosas de aquéllos. Una vez consumados y

perfeccionados los delitos, es harto conocida su letanía exculpatoria sobre la base de que **"otros son los culpables"**, bien sea otros directivos (que sí participaron en los hechos incriminados) o la totalidad de la junta directiva (caso de que los accionistas no la integren). Pero lo cierto es -y esto lo sabe todo el mundo- que tras bastidores se mueven los dueños de muchas empresas y, aunque no figuren como miembros de las correspondientes directivas, ejercen a voluntad el **"poder de dirección empresarial"** del que hablaba TIEDEMANN líneas atrás. Así, en cuanto a quiénes mandan en realidad, poco importa que unos **testaferros** aparezcan en primera línea. Igual acontece en la guerra, pues las primeras líneas **de fuego** ocúpanlas quienes **no** tienen poder decisorio. Y al igual que en la guerra, vaya coincidencia, en las personas jurídicas que delinquen ese **"fuego"** lo reciben los que asoman en primera línea o dan el frente. La diferencia estriba en que la guerra justifica tales recónditos puestos de mando y no así las **exigencias de la vida social**. Se trata, entonces, de saber si se debe y se puede hacer algo y qué ante tan perniciosa situación; o si, como quizás algunos o seguramente muchos sostendrán, **no se debe ni puede hacer nada frente a eso y por qué**.

Las **exigencias de la vida social** deben ser deducidas y sólo podrán entenderse sobre la base de los **valores sociales**. En esta dirección nunca será demasiado insistir en la importancia de no degradar los bienes jurídicos a inocuos asuntos baladíes. La **Economía nacional** sí es un bien jurídico de suma importancia. Y aunque no se necesita mucha dialéctica para captar esa verdad, es bueno deducirla de la afirmación de JESCHECK acerca de que en delitos contra los derechos patrimoniales, correspondientes a personas individuales, el derecho al respeto del bien jurídico protegido en el precepto penal resulta vulnerado varias veces **cuando el hecho daña a varias víctimas**¹¹². Pues bien: si el bien jurídico patrimonial **privado** se vulnera tantas veces como víctimas haya es obvio que, respecto a un **bien jurídico colectivo**, como sin duda lo es la Economía nacional, debe haber mucha mayor gravedad porque las víctimas somos **todos**, además del Estado. Junto a esta ideación vale recordar que HEGEL afirmaba que la violación de los derechos de un singular viola el derecho de todos, porque el derecho es universal. Así tenemos que la gran cantidad de bienes jurídicos no se debe considerar aisladamente, cual montón atomizado, sino en conjunto

y **en relación con el orden social**, porque a eso está dirigida la moderna teoría del delito: a la **acción social**, esto es, a la trascendencia y relevancia que tengan las acciones de las personas; a **cómo influya la acción de cada cual en su mundo circundante**. Si esa deducción tiene lugar cuando se afecten bienes jurídicos **individuales**, con muchísima mayor razón tendrá cabida cuando se vulneren **bienes jurídicos colectivos**, como el de la **Economía nacional** u otros como, sirva de ejemplo, **la seguridad del tráfico jurídico**.

Ahora bien: si he venido hablando de la teoría de la imputación objetiva es porque considero que de acuerdo a sus líneas maestras, y aunque sienta vértigo de opinar así, en casos **excepcionales** podrían ser inculcados por delitos cambiarios hasta los directivos **que no hayan actuado de modo directo en los hechos acriminados**. La razón del arriesgado aserto es porque los veo **en posición de garantes**. Al respecto despeja cualquier duda el Art. 61 del Código Penal:

*"Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u **omisión**.*

*El que incurre en faltas, responde de su propia acción u **omisión**, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.*

*La acción u **omisión** penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario"* (subrayados míos).

TIEDEMANN ha dicho que **"una parte importante de la doctrina alemana quiere hacer derivar tal posición de garante del poder de dirección empresarial"**¹¹³. Y poco después, tras referirse a los problemas de divergencia en los tipos legales respecto a los requerimientos para la empresa y quien actúa por ella (respecto a lo cual se cita en esta obra a BAJO FERNÁNDEZ), añade:

"Más importante es determinar quién 'actúa' como directivo, órgano o representante de la persona jurídica especialmente en los casos en que estas personas no realizan un comportamiento activo sino omisivo. Junto al problema dogmático de la posición de garante de estas personas existe el problema legislativo de reconocer y establecer un deber de vigilancia, deber que se distingue

de la participación por omisión por el grado de conocimiento que el directivo, etc. tenga del hecho que tiene que impedir" ¹¹⁴.

SANTIAGO MIR PUIG, contemporáneo catedrático español, cuando se refiere a *"la moderna teoría de la imputación objetiva"*, sostiene que *"lo que no siempre es necesario es la relación de causalidad, que no es precisa en los delitos de comisión por omisión, los cuales también requieren, en cambio, la imputación objetiva del resultado a la omisión"*. Agrega que dicha teoría *"exige la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realice en el resultado"*. Concluye asegurando que en los delitos de comisión por omisión *"la imputación objetiva no requiere una propia causación (sic) del resultado"*, y sí la posición de garante del omitente y que de haber actuado éste hubiera impedido el resultado ¹¹⁵.

El gran tratadista JIMÉNEZ DE ASÚA piensa que, de las diversas teorías sobre la naturaleza y punibilidad de las omisiones, la doctrina de la *"acción esperada"* soluciona el problema. Y, así, afirma que *"la omisión, puesto que corresponde a una norma imperativa, es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte"* ¹¹⁶. El sabio español expresa que, con motivo de las omisiones, se ha hecho más aguda la polémica entre las concepciones naturalista y normativa del acto (partidarios de la normativa son BETTIOL, RANIERI, CARNELUTTI y SANTORO). Y es partidario de mirar el acto en su **transcendencia social**, lo que no contradice su, según él, índole natural. La idea de la *"acción esperada"* viene de LUDEN, VON LISZT y VON HIPPEL, habiéndose vinculado la teoría correspondiente a EDMUNDO MEZGER, para quien *"Todo delito de omisión tiene su fundamento en una acción esperada..."* ¹¹⁷. JIMÉNEZ DE ASÚA añade que en Italia aceptó este mismo punto de vista ANTOLISEI, quien en coincidencia con el pensamiento expuesto por MEZGER dice que *"la omisión no es otra cosa que la falta de realización de la acción que se esperaba de un hombre"* ¹¹⁸. JIMÉNEZ DE ASÚA afirmó que *"la configuración en las leyes de delitos de comisión por omisión suele ser rarísima"*, ¹¹⁹ que *"el problema de la causalidad en la omisión hasido uno de los que más ha desesperado a los juristas"*, ¹²⁰ y que *"una vez superada la falsa máxima: 'de nada, nada puede resultar',... la omisión es otro modo de acción"* ¹²¹. Que para los italianos no es posible la relación de causalidad en la omisión y, al respecto, cita a BETTIOL y a ANTOLISEI ¹²². Pero

ANTOLISEI no dijo eso: él puso de relieve cómo una corriente que en Italia siguió GRISPIGNI, llegó a la conclusión de negar a la omisión toda eficacia causal; pero tal solución no puede satisfacer pues, a su modo de ver, *"el problema de la causalidad se plantea y hay que resolverlo, en los delitos de omisión, lo mismo que en los delitos de acción"*¹²³. Para JIMÉNEZ DE ASÚA la nueva concepción de las omisiones hace que se resuelvan en sentido afirmativo, como las acciones; y que para MEZGER *"la solución de este desesperante problema de una llamada causalidad en la omisión"* es la **teoría de la "acción esperada"**, a la cual se adscribieron CARONE en Cuba y HUNGRIÁ en Brasil; que según VON LISZT *"la punibilidad de la omisión es independiente del supuesto de su causalidad"*¹²⁴; y que, para ADOLF SCHÖNKE, la acción omitida *"no podría ser concebida"* sin que con ella el resultado producido no hubiera sobrevenido¹²⁵. Aunque en esta cita no afirma SCHÖNKE que el resultado no hubiera sobrevenido "necesariamente", es lo que, creo, debe ser entendido. Un adverbio de modo equivalente al "necesariamente" usa en Venezuela el Dr. ALBERTO ARTEAGA cuando expresa:

*"... se requiere que la omisión haya sido una condición del resultado, lo que se resuelve preguntándose si el cumplimiento de la acción habría evitado ciertamente el resultado, existiendo la relación si la respuesta es afirmativa"*¹²⁶.

La expresión *"ciertamente"* (a pesar de ser tan significativa no la he leído en ningún otro autor) negaría la posibilidad de atribuir a la omisión del directivo una de las causas del resultado criminoso, de no mediar para dicha atribución otras circunstancias, como hemos visto. JIMÉNEZ DE ASÚA insistía en que la moderna corriente -sobre todo en Alemania- valúa la causalidad en las omisiones como en los delitos por acción; sin embargo, señala que VON LISZT, en los delitos de omisión, pasa la causalidad a plano secundario; que HELLMUTH NAYER concluye que si las omisiones se siguen castigando, a pesar de que no son causales, es porque los tipos legales no son un proceso de *"causación"* (sic), sino algo diverso, por lo que -según interpretó RODRÍGUEZ MUÑOZ- se debe buscar otro camino para explicar esto; que sin ser tan terminante como H. NAYER (para quien la omisión no puede ser causal) MAURACH dice que en los delitos de propia omisión la causalidad es cosa estéril; y que, según WELZEL, en el plano

naturalista no puede hablarse de "causación" (sic) en las omisiones, pero sí de la voluntad como factor de una formación **finalista** del futuro¹²⁷.

WELZEL (en coincidencia con JIMÉNEZ DE ASÚA) hace la valoración social de la acción "*en el espacio vital social*" y encuentra allí su valoración. La omisión de unos directivos en cumplir su deber de vigilar y garantizar el giro económico de sus representadas ¿cómo ha de ser valorada socialmente? Y si a esa connotación negativa que ha de tener esa omisión se le carga la repercusión tan perniciosa que tienen los delitos cambiarios en la sociedad en general ¿cómo ha de ser valorada socialmente? Sin duda con un acento más desaprobador del que ya tenía. Puede afirmarse que la conducta de muchas personas jurídicas venezolanas en la actualidad ha perjudicado en demasía la Economía nacional y por eso debe ser mal valorada socialmente. En esas omisiones hay una finalidad como "factor configurado" si es dolosa. El **fin** estaría entonces en, **a sabiendas** del proceder delictuoso de sus compañeros de directiva, y **con tal de lograr los objetivos empresariales** (ganar más dinero), se ordena la constelación causal (a partir de no interferir la ilegal administración de sus compañeros) a esa meta ya vislumbrada "ab initio" ("*la finalidad es vidente*"), aunque no se produzca el cambio esperado (por su trascendencia social) y se sacrifiquen los bienes ético-sociales.

JESCHECK enseña que la solución está en el concepto social de la acción:

"La categoría ontológica fundamental del comportamiento humano activo es la finalidad, pues la capacidad de conducir procesos causales fundamenta la posición específica del hombre en la naturaleza. A ella se añade una segunda categoría, no sólo relevante para el Derecho Civil (cfr. 'el silencio en el tráfico jurídico'), sino también para el Derecho Penal: la omisión. Concorre una omisión cuando no tiene lugar un hacer activo que era de esperar según las normas del Derecho o de la Moral, según las reglas de la costumbre o de la experiencia, pese a que su realización hubiese sido posible empleando la finalidad. Si por razón de la dirigibilidad del proceso la omisión es también una categoría ontológica, el momento de la expectativa viene a añadirle un juicio de valor. Se discute si la omisión puede incluirse junto al hacer activo dentro de unconcepto de acción cerrado en sí mismo. Un sector de la doctrina

entiende que la diferencia estructural existente entre el hacer positivo y la omisión impide la creación de una unidad superior a ambas formas de comportamiento, mientras que otros autores entienden que la omisión representa un modo de actividad humana equivalente al hacer positivo. Ambos planteamientos son rechazables. Las dos formas en que tiene lugar la confrontación del hombre con el mundo que le circunda (la finalidad en el hacer positivo y la dirigibilidad en la omisión) no pueden aunarse en el plano de la consideración ontológica, pues la omisión no es en sí misma finalidad, sino que se caracteriza en función del empleo de energía esperada. Será posible, sin embargo, reunir ambas modalidades en un concepto unitario de acción si se consigue encontrar un punto de vista superior de naturaleza valorativa que aúne en el ámbito normativo los elementos incompatibles en el ámbito del ser. Una tal síntesis ha de buscarse en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante. Éste es el sentido del concepto social de la acción: **acción es, según esto, comportamiento humano socialmente relevante**. Se entiende aquí por "comportamiento" toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, por lo menos reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone por razón de su libertad. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de actividad final (finalidad), pero puede también limitarse a la causación (sic) de consecuencias, con tal de que el proceso resultase conducible empleando la finalidad (imprudencia). Por último, puede también manifestarse en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción (que no necesariamente ha de fundarse en el Derecho), a condición, también, de que concurra la posibilidad de conducción (omisión). La nota de comportamiento 'humano' indica que **sólo constituyen formas de actuar en sentido jurídico-penal las manifestaciones de la actividad del hombre individual, y no los actos de personas jurídicas**. 'Socialmente relevante' será sólo un comportamiento cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este último sus consecuencias. Es necesario, para ello, que el comportamiento llegue a trascender al exterior, para lo que es suficiente en la omisión la ausencia de los efectos que hubiese entrañado el hacer esperado y conducible (por ej., la ausencia de prestación de un auxilio posible en caso de accidente)" (subrayado mío)¹²⁸.

JESCHECK confiere grande importancia a que las acciones tengan un carácter jurídico-penal **relevante** y sean trascendentes. Francamente pienso que la cadena de crímenes económicos y en particular cambiarios es **relevante** y trasciende **socialmente** de modo

grave. JESCHECK asegura que la solución está en el concepto **social** de acción que, según él, es un **comportamiento humano socialmente relevante**. Es claro que en la medida que golpee más a la sociedad será más acción criminal. Si es "socialmente relevante" que perjudique a una sola persona el comportamiento incriminado, con más razón lo será si conmueve al mundo circundante con un daño a un **bien jurídico universal**: la **Economía nacional**. No es menester la retórica para demostrar que los perjuicios a la **Economía nacional** repercuten del modo más desfavorable en los pueblos.

El Profesor alemán KLAUS TIEDEMANN, que enseña Derecho Penal en la Universidad de Friburgo, asegura (en torno a un abstruso tema del cual ya se hizo otra cita de él) en una obra suya muy reciente (1993) esto:

"AUTORÍA NORMATIVA (O FUNCIONAL).

*Sobre todo el Derecho penal ecológico y de productos defectuosos ha provocado en Alemania una amplia discusión doctrinal sobre si es autor sólo aquél que ejecuta de hecho el acto, o si la autoría surge de la pertenencia activa o **pasiva** a una 'esfera de responsabilidad' de tal forma que 'autor' también puede ser **aquél que no actúa** (sic) **en sentido material e, incluso, una persona jurídica**. En los Países Bajos tal concepto funcional de autoría ha facilitado la introducción en el Código penal neerlandés de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El mismo concepto normativo, o funcional, de autoría se utiliza hoy implícitamente en muchos países en tipos delictivos relativos al consumidor. Así 'productor' de productos alimentos adulterados no es aquél que utiliza la máquina con la materia de los alimentos sino aquél que actúa en el tráfico como comerciante, no 'capta' clientes con datos engañosos aquél que los redacta o los coloca en los escaparates o los transmite en la prensa y televisión sino el titular del negocio que origina la publicidad.*

*Por supuesto no es éste un problema especial del Derecho penal económico. Más bien el Derecho penal económico, como en muchos otros ámbitos, tiene aquí una función de promoción y desarrollo de la Parte general. Si en principio la dogmática penal se ha desarrollado a través de los delitos dolosos (y de violencia), recientemente la importancia práctica de los delitos imprudentes (por ejemplo en la circulación) ha revolucionado la teoría general del delito: la teoría de la **imputación objetiva** nació para restringir la responsabilidad penal en los delitos imprudentes; hoy, según algunos autores, **se extiende su***

aplicación a los delitos dolosos. El núcleo de esta teoría de la imputación objetiva es el riesgo creado de forma ilícita. Solamente bajo esta idea es posible resolver casos como el del empresario SCHLESICHER, socio mayoritario de unas sociedades de inversión para la explotación de gas en el Canadá. Estas sociedades hacían publicidad para atraer a inversores **a quiénes** (sic) **se prometía un interés muy elevado.** Cuando por la actuación perjudicial del gobierno canadiense que no otorgaba el permiso necesario y por encontrarse fuentes de gas escasas se obtuvo durante bastante tiempo pocos (sic) beneficios, se pagó el alto interés prometido a los socios con el dinero que aportaban los nuevos socios atraídos por la publicidad. Para salvar a las empresas de la quiebra SCHLEICHER les concedió créditos altos. Por esta causa fue acusado como coautor del delito de estafa porque sin esos créditos no hubiera efectuado la estafa contra los nuevos socios porque las empresas hubieran quebrado sin poder continuar su actividad, incluida la actividad de publicidad engañosa. Únicamente a través de la teoría de la **imputación objetiva** se puede eximir de responsabilidad a aquel autor que, por actos socialmente neutrales o útiles como otorgar créditos o vender objetos permitidos, coopera formalmente a la ejecución de hechos criminales...

Poca relación tiene con esta problemática el art. 15 bis del C.P. que prescribe que sujeto activo del delito especial (por ejemplo de quiebra) es el que actúa en representación legal o voluntaria de una persona jurídica, siempre que recaiga en la persona jurídica en sentido propio la característica exigida al sujeto activo (por ejemplo ser comerciante). Esta regulación resuelve únicamente el problema que surge cuando el autor 'natural' no tiene la correspondiente cualificación o característica exigida en la ley mientras que el sujeto activo al ser una persona jurídica no puede (en principio) ser penalizado. Más importante es determinar quién 'actúa' como directivo, órgano o representante de la persona jurídica especialmente en los casos en que estas personas **no realizan un comportamiento activo sino omisivo.** Junto al problema dogmático de la **posición de garante** de estas personas existe el problema legislativo de reconocer y establecer un **deber de vigilancia**, deber que se distingue de la **participación por omisión** por el grado de conocimiento que el directivo etc. tenga del hecho que tiene que impedir" (subrayados míos)¹²⁹.

En los delitos económicos y en su especie de monetarios, por evidentes razones, menudea la intervención de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, etc. etc., todas sociedades mercantiles y, como se sabe, con personería jurídica. Estas imaginarias "personas" o, como

con imprecisión las llaman en Argentina, "ideales" (lo cual confunde con lo que es "excelente o perfecto en su línea"), no pueden cabalgar en la ficción al extremo de creer, como en efecto nadie cree, en la posibilidad de apresarlas en realidad. Pero no sólo hay penas corporales. Como debe ser, se han sancionado con pena de multas y otras (suspensiones por ejemplo) a personas jurídicas cuyas actuaciones hayan desbordado el límite advertido con sanciones penales.

Además, como se dijo, hay el principio "societas delinquere non potest", con el cual rotuló un literal BAJO FERNÁNDEZ, quien a renglón seguido expresó: *"La vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas explica que no exista en el Derecho penal actual una responsabilidad colectiva"*¹³⁰. Este aspecto de la culpabilidad, de muy subido interés, se verá en la característica dedicada al error de prohibición y delitos monetarios.

Así mismo es oportuno recordar que tales personas jurídicas, aparte de sus incontables y obvios beneficios sociales, también han sido a veces vistas como medio para defraudar con mayor impunidad aún y en efecto así lo han logrado algunas personas naturales o "de verdad", que sí pueden **cometer** delitos. Este actuar por otros deja colar problemas como el existir elementos típicos que no se reproduzcan en la persona física que actúa en representación de la jurídica. Me explico: los elementos típicos pueden ser aplicables a la persona jurídica, mas no a la persona física que la representa. En otras palabras, habría cualidades divergentes en la persona física que verdaderamente actuó y que es el verdadero sujeto activo del delito. BAJO FERNÁNDEZ lo explica muy bien:

"El problema surge cuando, por el contrario, la Ley exige la concurrencia de una determinada cualidad en el sujeto activo, y tal cualidad concurre en la persona jurídica, pero no en el sujeto que actúa en su nombre. Se viene poniendo como ejemplo el delito de quiebra del art. 520, en el que la Ley castiga al 'quebrado', cualidad que, cuando se trata de determinadas sociedades mercantiles, sólo se da en la sociedad, pero no en sus socios u órganos. De este modo resultaría que, cuando quiebra una sociedad de esta índole, no podría imponerse sentencia condenatoria, pese a cumplirse los requisitos del art. 520

del C.p., porque la pena no se puede imponer a persona distinta del 'quebrado' y la cualidad de tal sólo la ostenta un irresponsable: la persona jurídica.

La solución a estos supuestos no puede darse si no es a través de una regulación legal específica. Tal regla aparece en algunos preceptos de nuestro Código penal..., en que se distingue entre la persona jurídica que realiza el hecho y la persona física que lo comete en su nombre y por su cuenta, estableciéndose que las penas se aplicarán a esta última" ¹³¹.

La solución indicada por BAJO FERNÁNDEZ la contiene el Art. 13 de la Ley sobre Régimen Cambiario, muy superior, dicho sea de paso, a la correspondiente disposición legal española, criticada por el mencionado autor.

La expresión **"de acuerdo a su participación culpable"** es bien afortunada y aplicada con rectitud evitará la injusticia que denuncia OLIVA (citado por BAJO):

"Las pequeñas sociedades anónimas, o no son sociedades de capital, sino de personas, o... son sociedades donde la voluntad societaria está perfectamente individualizada en una persona, o en pocas..., en la gran empresa... una minoría de accionistas sostienen y apoyan a unos Consejeros, que, a su vez, nombran un Consejero-Delegado, el cual con sus Directores generales hacen y deshacen; ... si todo esto es cierto -y parece que la realidad lo confirma-, la responsabilidad penal por actos realizados al amparo de las sociedades anónimas estará perfectamente individualizada, siendo, a mi juicio, una entelequia jurídica el hablar de un delito colegial"¹³².

El propio BAJO FERNÁNDEZ comentó al respecto:

"...Los delitos monetarios son cometidos en muchas ocasiones por empresas (con empresario individual o colectivo), cuya complejidad interna dificulta la tarea de determinar las responsabilidades.

Dentro de la gran empresa, adopte o no la forma de sociedad, existen una serie de delegaciones y de representaciones que producen, unido a la complejidad y especialidad de ciertos trabajos, una actuación mecánica en las firmas y en las aprobaciones de lo actuado por órganos inferiores. Todo ello complica la investigación sumarial y el recto hallazgo de la persona cuya

culpabilidad resulte totalmente probada. Por esta razón la Ley penal acude a veces a presunciones de culpabilidad en este terreno"¹³³.

En relación con la "posición de garante" y el "poder de dirección empresarial", TIEDEMANN menciona que hay una innovación según la cual los delitos deben haber sido cometidos **"de modo contrario a las exigencias de una administración ordenada"**, cuyas exigencias se han convertido en un **"concepto fundamental del nuevo derecho penal alemán de las quiebras"**¹³⁴.

Como colofón, insisto en que creo de suma importancia instaurar, por elemental sentido de justicia, el criterio de que para poder culpabilizar a una persona simple no debe bastar que integre directivas de personas jurídicas enjuiciadas, sino, como condición indefectible, que también en realidad de verdad **haya procedido o actuado por la sociedad mercantil que supuestamente representa o también que comandara o dirigiera en efecto el giro de la misma.**

1.3.9. ES UN ÁREA POCO ANALIZADA DEL DERECHO CRIMINAL

Quizá por su interdisciplinariedad, que dificulta en grado sumo su estudio, el Derecho Penal Económico y sus vertientes, como los delitos cambiarios, no han recibido toda la atención que merecen. Por esto BAJO FERNÁNDEZ ha dicho:

"La ciencia jurídica fue más perezosa en tratar como objeto de estudio la nueva realidad criminal. Entre las razones que lo explican debe considerarse, en primer lugar, que la delincuencia económica es una realidad que, globalmente considerada, no constituye objeto específico de ninguna Ciencia, por lo que llegó a decirse que, desde el punto de vista científico, la delincuencia económica es todavía 'tierra de nadie' (Zybon). Este estado fronterizo interdisciplinar siempre provoca entre los científicos reticencias y prevenciones. De otra parte, la dogmática de la Ciencia jurídico-penal se articula más cómodamente sobre cuerpos normativos cerrados, estables y coherentes como son los Códigos penales, provocando una desatención hacia las leyes especiales en las que se ubica una parte sustancial de los delitos económicos. Pese a todo, la Ciencia del Derecho penal dirige su atención, cada vez con mayor intensidad al nuevo fenómeno

delictivo, paralelamente a la elevación del nivel de conciencia social sobre la gravedad del delito económico. Sin embargo, en el Derecho penal español no se produce todavía el grado de atención que la nueva delincuencia requiere y bastaría para probarlo el número de trabajos científicos publicados frente a los 748 títulos censados en Alemania por Berckhauer.

Este libro quiere ser una aportación más al exiguo elenco de estudios de Derecho penal económico" 135.

TIEDEMANN, a pesar de esos 748 títulos alemanes, se permitió señalar:

"Los problemas básicos de esta materia que plantea múltiples cuestiones fundamentales poco o nada tratadas por la tradicional ciencia del crimen..."136.
Y "El Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinar de gran actualidad, aunque en la ciencia del Derecho penal y en la formación de los juristas juega todavía un papel subordinado. Pocas son las Universidades en España y Alemania que ofrecen una enseñanza optativa (o de magister) en materia penal económica, lo que trae causa también de la falta de profesores con conocimientos teóricos y experiencias en este campo. Sin embargo, en la práctica, la importancia del derecho penal económico es cada vez mayor;..."137.

1.3.10. TRIBUNALES ESPECIALIZADOS

Consecuencia directa de la característica anterior, es decir, de lo poco estudiada que ha sido el área de los delitos económicos, es la presente, o sea, de una jurisdicción especializada. Esto, por cierto, ha provocado gran revuelo y aspavientos en Venezuela, pues se ha querido iniciar ese sistema y estar en sintonía con la moderna y mundialmente aceptada especialización.

TIEDEMANN ha puntualizado:

"...Sin embargo, en la práctica, la importancia del derecho penal económico es cada vez mayor: hoy en día en la República Federal Alemana aproximadamente uno de cada tres fiscales trabaja en asuntos penales económicos, y el número de Salas especializadas en Derecho penal económico en las Audiencias Provinciales ha aumentado notablemente en las últimas dos

décadas... Los procedimientos por delitos económicos chocan frecuentemente con obstáculos que a menudo se acumulan y llevan consigo directamente la paralización de la administración de justicia. En definitiva, lo que antecede puede formularse en pocas palabras: gran complejidad de los hechos, dificultades económicas y jurídicas de la materia, ausencia de expertos apropiados, insuficiencia de asistencia judicial en las relaciones internacionales.

1. El modelo alemán de organización: especialización.

El legislador y la administración de justicia alemanas han allanado una gran parte de esas tradicionales dificultades, pues para todos los grandes asuntos penales económicos la Ley del Poder Judicial en su parágrafo 74 c hace posible una especialización de la jurisdicción penal mediante la creación de Salas penales económicas especializadas en el órgano jurisdiccional equivalente a las Audiencias provinciales, que deciden sobre las querellas formuladas por las fiscalías especializadas en delitos económicos. En estas fiscalías especializadas colaboran singularmente, al lado de los fiscales, funcionarios expertos en ciencias económicas y empresariales ("relatores económicos"), de forma que los fiscales no están limitados a los dictámenes periciales externos o de las partes. También los jueces de las Salas penales económicas pueden prescindir de la ayuda de peritos externos en tanto que por sí mismos tengan experiencia o estén instruidos en asuntos económicos, particularmente en el campo de la contabilidad y de los balances. Los jueces legos frecuentemente no están instruidos en estas materias y su selección para los grandes procesos económicos presenta particulares problemas. Se discute -hasta ahora sin resultado- si en Alemania deben implantarse "jurados económicos" como se ha hecho en algunos Cantones de Suiza¹³⁸.

Este modelo alemán ha sido seguido por varios países europeos. Es particularmente interesante la experiencia francesa, que en principio quiso limitarse a una especialización de la fiscalía. Muy pronto se ha notado que de nada sirve tal especialización en la persecución penal si después el juez entiende poco de los problemas propios de estos asuntos. Por esto, hoy en día, también los jueces penales en Francia, al menos en las grandes ciudades, son jueces especializados".

Eso sí: como la especialización no se decreta, es imprescindible que tal exigencia consista en exhibir los títulos universitarios de post-grado correspondientes. Y que tales títulos y su jerarquía sean las

únicas credenciales válidas para que compitan por los cargos correspondientes quienes así lo deseen.

1.3.11. MATERIA PROPICIA PARA EL ERROR DE PROHIBICIÓN

En el moderno Derecho Criminal, para cometer delito es indefectible tener conciencia de lo que se hace, o sea, entender la conducta desplegada; pero no sólo en relación con los hechos, **sino también cuanto al Derecho, es decir, respecto a comprender aun de modo profano que se va contra la ley.** Pues bien: una **representación** cabal tanto de los hechos como del Derecho (lo último en términos de significación antijurídica) se dificulta en la medida que los hechos y el régimen legal a ellos aplicable sean más complejos. Tal ocurre en la realidad fáctica del intrincado mundo de las divisas, entre otras razones porque al controlarse su cambio lo que ayer aceptaban las **normas de cultura** y la sociedad loaba, hoy es delito y mañana podría no serlo. Y la normativa aplicable es abstrusa, además de por otras causas porque debe (no hay otra manera) operar con tipos abiertos o en blanco, que habrán de ser completados por disposiciones administrativas, por lo cual confluirán leyes abstractas, decretos del Ejecutivo y acaso circulares del Banco Central. **Todo esto puede conducir al error.**

Error que aun siendo acerca de la propia ley penal puede significar la **irreprochabilidad** del actor si recayó en una disposición extrapenal o administrativa que, aunque colme el tipo penal, no tiene índole penal en sentido estricto. Se trata del **error de prohibición**: si no se sabe que se viola la ley no hay antijuridicidad (lo contrario a "jurídico") ni por consiguiente delito. Tal **ignorancia** se puede deber a que se crea obrar "**jure**" o ejerciendo un verdadero derecho. El error de prohibición incide más en el Derecho Penal Económico que en el Derecho Penal clásico u ordinario y, así, tiene propensión a valer en juicios sobre delitos bancarios también. Mas hay que subrayar que dicho error es de **difícil** demostración por el nivel de preparación de quienes serán investigados por la supuesta comisión de unos y otros, sobre todo cuando sus actividades no sean ocasionales sino **habituales**. El error de prohibición es discutido en Venezuela esgrimiendo el Art. 60 del Código Penal: "*La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta*". Pero tal

artículo podría ser **inconstitucional** en la medida que al socaire del mismo se pretenda desconocer el principio de que **no hay pena sin culpabilidad**. Y no es que se propugne la inculpabilidad de quien, por ejemplo, asalte y después asegure ignorar que cometió un acto prohibido: el problema es mucho más complejo. Aquella pretensión, que aquí aún goza del asenso general, también debe ser rebatida oponiéndosele que **"nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye"** (Art. 61 ejusdem), por lo que, como expresa la distinguida Profesora venezolana EUNICE DE VISANI¹³⁹, *"Rige, pues en Venezuela el principio 'nulla poena sine culpa'"*. También podría invocarse, en aras de la **justicia**, la aplicación por **"analogía in bonam partem"** de la eximente de un estado de enfermedad mental suficiente para privar de la **conciencia** (Arts. 62 y 63 ejusdem)¹⁴⁰. Los delitos contenidos en la Ley sobre Régimen Cambiario exigen, ineludiblemente, la **intención** (o voluntad consciente) de transgredir el sistema legal del Control de Cambios, es decir, **saber** que se actúa de manera **prohibida jurídicamente** por la mencionada Ley. Ahora bien: propicia la **ignorancia** el no soportar determinadas transacciones monetarias con el exterior o en divisas una carga **constante y activa de inmoralidad** (como matar gente); así mismo la plurinormativa existente, su variedad jerárquica, la posibilidad (alta en Venezuela) de **recibir informaciones inexactas de la administración pública** y de **malentender** una información certera de ésta; y hasta que tal administración **tolere** por algún lapso la conducta por castigar¹⁴¹; abonando el campo todo ello, insisto, al desconocimiento legal y al **error de prohibición**: a que haya la creencia fundada de que se obra conforme a Derecho. Por consiguiente hay grandes probabilidades de que haya motivos bastantes de **irreprochabilidad** e **inculpabilidad** en muchos de quienes habrán de ser enjuiciados en lo penal por supuestos delitos "cambiarios", puesto que tendrá que probárseles **"dolus malus" o conciencia de la prohibición**. Es aconsejable una **prudencia** extrema al juzgar estos casos y, para despejar dudas, será conveniente preguntarse si **en las mismas circunstancias** otra persona **razonable** hubiera cometido **el mismo error**.

La verdad es que hacer prevalecer a ultranza semejante brocárdico (*"La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta"*) basado en la cuestionable presunción u obligatoriedad del conocimiento de la ley

(bastante complicada en lo concerniente a delitos monetarios), es ir atrasados en la ciencia penal y, mucho peor aún, desconocer el luminoso principio contemporáneo **"nulla poena sine culpa"** y afincar la **injusticia**.

BAJO FERNÁNDEZ ha expuesto lo siguiente:

"Interesan ciertas reflexiones sobre la culpabilidad, porque son cuestiones que afectan a todos los delitos monetarios... Para que concurra conocimiento de antijuricidad, requisito indispensable del dolo, no se exige que el autor conozca la norma jurídica infringida, exigencia que si resulta ya desorbitada frente a delitos tradicionales, más aún frente a los delitos monetarios, donde la descripción de los comportamientos prohibidos son difíciles de conocer en la mayor parte de los casos; incluso para juristas avezados. Basta con que el sujeto sepa que el hecho está prohibido jurídicamente y basta con que lo sepa como lo debe saber un profano no jurista. Conocer que el hecho está prohibido es conocer o saber que infringe el sistema legal de control de cambios.

Cuando falta este conocimiento se produce el llamado error de prohibición, que más adelante comentaremos... Aunque en alguna ocasión se apeló al principio (hoy totalmente abandonado en la doctrina penal) del error iuris nocet, negando relevancia al error de derecho, también es cierto que, por lo general, no sólo se adopta una terminología moderna, sino que se siguen las posiciones más comunes en la doctrina. Así la sentencia de 31 de mayo de 1978 (An) sienta el siguiente punto de partida: 'Para que el error (sea de tipo o de prohibición) excluya la culpabilidad debe ser esencial e invencible'. Por otra parte, se han admitido como causas de exclusión de la culpabilidad ambas clases de error (de hecho y de derecho, según la terminología tradicional; de tipo y de prohibición, según la moderna) sin que el error de derecho o de prohibición haya planteado problemas de prueba.

Porque, en efecto, es indudable que la relevancia del error de derecho (o de prohibición) implica, a la inversa, exigir la prueba del conocimiento de la antijuricidad para la punición del hecho. Pues bien, la Audiencia Nacional no ha encontrado dificultades de prueba porque mantiene la tesis de que quien realiza habitualmente transacciones con el exterior no puede alegar ignorancia de las leyes... Cuando, por el contrario, no concurren estas circunstancias, sino que se trata de particulares que realizan actos aislados ocasionales, el error de prohibición sí puede ser alegado con eficacia excluyente de la culpabilidad, porque, como señala la sentencia de 7 de junio de 1977 (An), 'la antijuricidad

depende en gran medida de normas no penales de difícil conocimiento para las personas que no intervienen habitualmente en transacciones internacionales’.

Conviene señalar que la tesis jurisprudencial expuesta hasta ahora no significa adoptar la tesis de la irrelevancia del error de prohibición para las personas dedicadas habitualmente a operaciones comerciales internacionales ni tiene relación alguna con la presunción legal de voluntariedad del artículo 7 del Código penal... No se puede decir que, según la jurisprudencia, el error de prohibición sea irrelevante para los comerciantes, sino más bien que el comerciante con relaciones internacionales, para alegar error de prohibición debe romper el efecto indiciario que su propia condición produce de conocer la normativa sobre control de cambios. Es exactamente lo mismo que se hace para probar el dolo de matar en el homicidio atendiendo al número de golpes, dirección de los mismos, armas empleadas, etc., circunstancias todas que son indicios (probatio hominis) del dolo de matar. Por lo que respecta al segundo punto, cierto es que puede fácilmente entenderse la tesis jurisprudencial como una forma de presunción (si el autor es comerciante se presume que conoce la antijuricidad). Pero se trataría de una praesumptio hominis que ni obliga a invertir la carga de la prueba, ni a hacer recaer contra el reo las dudas, como por el contrario harían las praesumptio iuris entre las que se encuentra la presunción de voluntariedad del artículo 1 del Código penal. En definitiva, la presunción que pudiera constatarse en la tesis jurisprudencial que comentamos no difiere en nada de la técnica de la prueba de indicios y se trata de una forma de operar ordinariamente utilizada cuando se trata de probar elementos subjetivos como, volvemos a repetir, el dolo de matar en el homicidio... Hay que tener en cuenta que, a raíz de la creación del artículo 6 bis, a), tras la reforma del Código penal de 1983, es aplicable a los delitos monetarios la regulación del error que expresamente dicho precepto establece. Particular importancia tiene la regulación del error de prohibición que, a mi juicio, ha sido hecha con notable ligereza por no haber tomado en cuenta la trascendencia de la cuestión en los delitos económicos.

El último párrafo del artículo 6 bis, a), del Código penal dice: ‘la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66’. Según esta prescripción, cuando el error fuese vencible se aplicará a los delitos en general, y en particular a los delitos monetarios, la pena del delito doloso, si bien inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley. El Código penal se ha sumado así a la teoría de la culpabilidad en cuanto a la solución del error de prohibición vencible, lo cual constituye un olvido de la

trascendencia de dicha prescripción en relación con los delitos económicos. En esta clase de delitos, como hemos podido observar con evidencia en el estudio de los delitos monetarios, la pluralidad de las normas es enorme, el contenido ético de las mismas no permite conocer de manera inmediata el carácter antijurídico de los comportamientos y, por otra parte, es de todos sabido que ni siquiera los expertos pueden llegar a conocer medianamente el Derecho positivo al respecto. Ante esta situación, pretender que el error vencible de prohibición obligue a imponer la pena del delito doloso, aunque atenuada, supone una severidad excesiva y un desconocimiento del Derecho penal económico. Hubiera sido más acertado en estos casos seguir la teoría del dolo y reconocer la existencia de la llamada culpa jurídica o imprudencia de derecho como solución para los errores vencibles de prohibición, lo que determinaría simplemente la aplicación de la pena prevista para los delitos imprudentes en todos sus grados. La jurisprudencia tiene la palabra para la interpretación correcta de esta prescripción, si bien tendrá que tener en cuenta que en la valoración que el juzgador tiene que realizar para determinar la vencibilidad o invencibilidad de prohibición en los delitos monetarios, habrá de contar con la complejidad inextricable de la normativa que regula esta materia y deberá de interpretar de una manera correcta la vigencia del principio de no exigibilidad, de otra conducta distinta conforme a la norma para desentrañar o valorar la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición"
142.

En el tomo XXXVII del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de España, se halla un trabajo muy interesante del Profesor JOSÉ CEREZO MIR, intitulado *"La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios"*, del cual extraigo lo siguiente:

"Al inspirarse la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) en la teoría de la culpabilidad, cabría preguntarse si no sería más conveniente adoptar en la regulación de los delitos monetarios, como en general en el ámbito del llamado Derecho penal administrativo, la teoría del dolo, como ha propuesto un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal alemana. La conciencia de la antijuridicidad de la conducta debería ser incluida en el dolo en el Derecho penal administrativo, por ser lo injusto administrativo meramente formal, o porque sólo cuando el autor conoce la prohibición de la conducta por una norma jurídica puede tener conocimiento de lo injusto material del hecho. Ello supondría que el error de prohibición vencible daría lugar

únicamente a una responsabilidad por culpa o imprudencia, siempre que existiera la correspondiente figura delictiva culposa. No existe, sin embargo, a mi juicio, una diferencia cualitativa, sustancial, entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. Sólo pueden establecerse entre ellos diferencias de carácter cuantitativo. Tanto lo ilícito penal como lo ilícito administrativo, en nuestro caso, tanto los delitos como las infracciones administrativas de carácter monetario, son conductas de una relevancia ético-social, económica o política mayor o menor. No siempre es cierto, tampoco, que sólo cuando el sujeto conozca la prohibición por la norma jurídica pueda conocer lo injusto material del hecho. Esto es así únicamente en aquellos pocos preceptos cuya existencia, pero no su contenido, está fundamentado materialmente. Creo que no es preciso, por ello, adoptar la teoría del dolo en el ámbito del llamado Derecho penal administrativo, como no lo ha hecho tampoco el legislador alemán, que se adhirió también a la teoría de la culpabilidad en la regulación del error de prohibición en el artículo 11,2 de la Ley de las contravenciones (Ordnungswidrigkeitengesetz). Basta con prever la posibilidad de una atenuación considerable de la pena para el error de prohibición vencible, como sucede en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) de nuestro Código penal; a lo sumo podría preverse en una regulación específica del error de prohibición en el ámbito de los delitos monetarios y en general en el del llamado Derecho penal administrativo, que si el error de prohibición fuera vencible el Tribunal debería aplicar la pena inferior en uno o dos grados o eximir de responsabilidad cuando el error fuera difícilmente evitable"¹⁴³.

Por su parte TIEDEMANN terea en este asunto así:

"¿Cuál es sobre todo la consecuencia jurídica de un error en derecho, particularmente el error de prohibición, más extendido en derecho económico que en derecho penal clásico? Está claro que el que no actúa de manera antijurídica, por ejemplo en el ejercicio de un derecho subjetivo reconocido (como la legítima defensa) no puede ser penado ni sancionado. Pero ¿Qué sucede con el autor que no se encuentra en una situación objetivamente conforme al derecho pero que soporta una situación subjetiva particularmente grave, por ejemplo un estado de necesidad? ¿El Derecho penal considera este estado o bien otras causas de 'atenuación'?

El Derecho penal administrativo tradicional ha sido severo con casi todos estos aspectos y factores no admitiendo ni una atenuación de la pena ni la consideración de ausencia total de culpa en el autor. Como hemos visto

anteriormente, este último punto ha sido superado por un concepto más moderno que no se contenta tanto con el aspecto policial de la coacción más o menos absoluta sino que hace valer los derechos fundamentales y otras garantías frente a las medidas de carácter punitivo. Esta transición es más difícil cuando se trata de circunstancias cuyo reconocimiento hace disminuir la fuerza de las reglas de derecho: Si tomamos en consideración el error de derecho ¿No impide éste la validez del derecho, como se ha sostenido desde hace largo tiempo ('nadie puede ignorar la ley', 'error iures nocet', etc.)? ¿Al admitir la entrada de circunstancias atenuantes no sufre el ordenamiento jurídico un retroceso ante las finalidades necesarias y las necesidades reconocidas de la sociedad? Todas estas cuestiones son discutidas vivamente en el Derecho criminal y mucho más todavía en el Derecho penal administrativo... Un tratamiento mucho más restrictivo, 'conservador', es el establecido por el art. 3.2 de la Ley italiana núm. 689 que se limita a estipular que el autor no es responsable si actúa bajo un error de hecho del que no tiene culpa. Sin embargo, se entiende la palabra 'hecho' (fatto) en el sentido de 'fattispecie', es decir, de tipo legal. Solamente el error no culpable sobre los elementos esenciales de la infracción excluye el dolo (y como omite la culpa, también la negligencia). Una reciente decisión de la Corte de Casación de 26 de septiembre de 1990, núm. 9756, aplica esta regla, por la vía de la analogía, también al error sobre los hechos justificativos. Por lo que concierne al error de prohibición, la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 del Código penal italiano que consideraba inoperante el error invencible de prohibición, se ha ampliado a la materia penal administrativa por la doctrina. Anteriormente, la jurisprudencia italiana había admitido, siguiendo la teoría de la buena fe, solamente el error de prohibición cuando era causado por una declaración inexacta de la Administración... Los casos de tales errores inevitables son en la práctica raros. La jurisprudencia alemana aplica este error cuando el interesado ha recibido de una fuente normalmente fiable, una información incorrecta. Por su parte, el error evitable de prohibición no está regulado en el derecho alemán, pero se reconoce que puede conducir a una atenuación de la sanción... Para aplicarse el error invencible es preciso determinar si en las mismas circunstancias todo hombre razonable y prudente hubiese cometido este error. La jurisprudencia belga admite también como error invencible el causado por una falsa información de una autoridad. Por otra parte, la distinción entre error de hecho y error de derecho se torna casi superflua frente al criterio común y decisivo de conocer si el error era vencible o no. En Francia, por el contrario, se ha mantenido esta división señalando que el error de hecho es sobre un 'elemento esencial de una infracción' y excluye el dolo incluso si el error se basa en una

negligencia. El error de derecho o error de prohibición ha conocido cambios históricos en Francia. Después de la jurisprudencia de la Corte de Casación de los años 50 que había admitido la excusa del error invencible y sobre todo el causado por una falsa información de la autoridad sin culpa por parte del inculpado, la Corte ha vuelto a su rigor primitivo que admitía el error 'de derecho' solamente en las condiciones más restringidas de la fuerza mayor, es decir, cuando el autor se encuentra en la imposibilidad absoluta de haber conocido las disposiciones legislativas o reglamentarias que ha contravenido.

El proyecto de nuevo Código penal adoptado por el Parlamento, por el contrario, admite el efecto exonerante del error de derecho cuando es inevitable y legítimo.

Los Países Bajos forman parte del mismo grupo de países que admiten solamente el error de derecho invencible, sobre todo aquel que es consecuencia de una información falsa de un funcionario público o de un malentendido de una información correcta dada por aquel (sic)... A nivel supranacional, la Comisión (se refiere a la europea), el Tribunal y los Abogados generales han sido invitados a menudo a pronunciarse sobre los diversos tipos y posibilidades de error sobre todo en materia de competencia y en el marco del Tratado CECA. Aunque esto no se refleje siempre en las decisiones finalmente tomadas por ellos, se sabe que en casi cada asunto de infracción a nivel supranacional, las empresas se defienden apoyándose en sus errores... El Tribunal (se refiere al europeo), que ha tenido menos ocasiones de pronunciarse sobre el error, comienza su jurisprudencia en la materia con el asunto 'San Michele', donde el Tribunal y el Abogado General Roehmer parecen inclinarse a hacer operar el error de la empresa italiana que pretendía haber sido inducida a su error por las opiniones equivocadas de la Alta Autoridad de la CECA sobre las facturas de costes de electricidad a presentar. Pero este error parecía evitable. En el caso 'Suiker Unie y otros', de la industria azucarera europea, el Tribunal en efecto absolvió porque la empresa alemana Pfeifer & Langen había obrado según una comunicación de la Comisión de que las prohibiciones establecidas en los contratos con los agentes comerciales serían compatibles con el art. 85. Nos encontramos en este punto, para determinar la naturaleza inevitable del error de Derecho, el criterio conocido de numerosos Estados miembros: La autoridad competente da una declaración falsa o equivocada. Hay además otro criterio, próximo al primero: el hecho de que la Comisión tolere durante un cierto tiempo un comportamiento que posteriormente quiere sancionar. En el caso Ferriere San Carlo (344/85), el Tribunal anuló la imposición de una multa establecida por la Comisión. No obstante, es preciso señalar que esta materia comporta una serie de

particularidades. Pero es sobre todo en el asunto 'Hoffmann-La Roche' (85/76) donde el Abogado General Reischl, con mucha convicción, ha demandado reconocer la doctrina del error invencible como principio del derecho comunitario, precisando que incluso un pequeño resto de negligencia puede llevar a la exclusión de la sanción... De manera parecida, en el caso 'Estel II' (93/83), el Tribunal ha señalado a la empresa holandesa que se encontraba en un error sobre el método de cómo calcular las cuotas de acero libres a la exportación, la posibilidad de informarse en la Comisión. Pero, como la Comisión tardó largo tiempo en comunicar los métodos de cálculo, el Tribunal rebajó la sanción impuesta a pesar del hecho de que el error de derecho era evitable.

Para concluir esta vista de conjunto, se puede afirmar que, a pesar de la jurisprudencia bastante reticente del Tribunal, el error invencible de derecho está reconocido como operante a nivel comunitario. No obstante, los criterios aparecen poco generalizados. Un solo criterio puede considerarse como suficientemente reconocido y es el de que la autoridad competente es la causa decisiva del error o que esta autoridad tolera durante un cierto lapso de tiempo (sic) la práctica ilícita. Si en los otros casos los standards del deber para evitar el reproche de negligencia se presentan defectuosos la práctica del Tribunal muestra sin embargo, y esto contra la posición poco clara de la Comisión, que incluso el error evitable conduce a menudo a una rebaja de la sanción. Nosotros repetimos que los principios de estos conocimientos son suficientes para realizar el principio fundamental de culpabilidad que se ha convertido en un principio general del derecho comunitario: los puntos de referencia de posibles errores no deben necesariamente conducir a categorías propias, específicas, solamente la jurisprudencia, en el marco del criterio decisivo de determinar si el error era evitable, tiene en cuenta estos diferentes puntos. Una futura regla escrita comunitaria sobre el error debería fijar el carácter exonerante del error invencible de derecho e introducir, siguiendo el modelo de ciertos ordenes (sic) jurídicos nacionales, el modelo de comparación con el hombre, o la empresa, 'razonable' y 'prudente' actuando en las mismas circunstancias. Al mismo tiempo se debería estipular que incluso el error evitable condujera regularmente a una rebaja de la sanción" 144.

CAP II

"Salus patriae, prima lex"

DELITOS CAMBIARIOS EN VENEZUELA

2.1. NOTA PREVIA

Los delitos "cambiarios" están tipificados en Venezuela en la Ley sobre Régimen Cambiario, que modificó así su tradicional denominación "delitos monetarios". Esta Ley fue promulgada el 17 de mayo de 1995 y no es extractiva pese a ser ley excepcional de emergencia.

Es digno de comentar el art. 1º ejusdem: *"Esta Ley tiene por objeto determinar el alcance del régimen aplicable cuando existan restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda y las sanciones correspondientes a quienes los contravengan"*.

Este artículo responde con plenitud a las eventuales exigencias de esta materia excepcional regulada, de emergencia por antonomasia y que por tanto puede requerir o no, alternativamente, represión penal. Aunque esté vigente esta Ley a nadie se podrá castigar si no hay restricciones cambiarias en el ámbito administrativo¹⁴⁵. Tales restricciones colmarían los tipos abiertos y, de no haberlas, las conductas librecambistas serían atípicas por obvias razones. La permanencia de dicha Ley tiene como inapreciable ventaja que, ante una crisis económica nacional, ya estaría a mano el arma legal para combatirla. La disposición comentada es inobjetable y buena prueba de ello es que en Alemania (vid. pág. 3), donde impera una libertad casi absoluta en materia de divisas, rige una Ley general (AUSSENWIRTSCHAFTSGESETZ) con carácter de Ley penal en blanco que castiga las infracciones a las normas sobre

control de cambio, **pensando no tanto en las normas existentes como sí en las que puedan emitirse en caso de necesidad de salvaguardar la Economía nacional.** A pesar de todo ello en Venezuela ha sido criticada "sine causa" esta disposición e incluso por eso se le endilgó el ser "retroactiva", lo cual es absolutamente incierto¹⁴⁶.

Los delitos cambiarios están descritos en los artículos 6°, 7° y 8° ejusdem.

2.2. ARTÍCULO 6° DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO

"Artículo 6°.- Quien exporte moneda metálica o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en moneda extranjera, o negocie, comercie, venda o compre divisas en contravención a las normas del Sistema de Régimen Cambiario decretado de conformidad con el artículo 2° de esta Ley, será sancionado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a tres (3) veces el equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria".

2.2.1. NOTA PREVIA

La exportación de capital, que por lo común es conocida como **evasión de capitales**¹⁴⁷, es una de las conductas que hoy se consideran **más dañinas** para la Economía de ciertos países¹⁴⁸. Dicha evasión trae como consecuencia que el ahorro nacional se traslada a los grandes centros financieros del mundo, de donde se vuelve a repatriar el dinero convirtiendo el ahorro doméstico en un pasivo exterior¹⁴⁹. Con la penalización de este comportamiento se persigue conservar la masa de medios de pago internacionales en manos del Estado. Se trata de mantener los recursos financieros propios que se precisan para el desarrollo nacional, ya que la exportación implica pérdida de inversión interior y consiguiente agravación del desempleo. Afecta también la capacidad de endeudamiento exterior del Estado¹⁵⁰.

BAJO FERNÁNDEZ asegura que *"aunque las inversiones en el extranjero puedan ser beneficiosas, todo país necesita, a nuestro juicio, un*

*riguroso control de la exportación del capital con el fin de conseguir un equilibrio entre las necesidades de inversión interna de capital nacional y la externa. La exportación de capital sin autorización lesiona, precisamente, esa necesidad de control, es decir, el interés en sentido jurídico penal de la administración de controlar y orientar, en beneficio de una determinada política económica y monetaria, las inversiones en el exterior".*¹⁵¹ Y agregó en un lugar anterior de esta misma obra:

"En síntesis, el control de cambios persigue el mantenimiento de la balanza de pagos, la defensa de sectores económicos vulnerables, del fondo de reservas, el pleno empleo, la libertad de competencia, el cumplimiento de los deberes fiscales, y evitar la dependencia económica con el exterior y la devaluación de la peseta.

*Es indudable que la consecución de estos objetivos constituyen la última explicación que justifica la existencia de los delitos monetarios..."*¹⁵².

La exportación de capital, en España, es uno de los supuestos de mayor impacto popular. Las causas de la preocupación social por esta clase de conducta han de buscarse en las circunstancias económicas y sociales de paro creciente y retraimiento de la inversión¹⁵³. Este delito, allá, constituye el noventa por ciento de los supuestos jurisprudenciales, aunque, de hecho, implica una parte ínfima de las infracciones monetarias.

2.2.2. ACCIÓN TÍPICA

La acción típica **parece** comportar tres modalidades: 1) **exportar** moneda metálica o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en moneda extranjera; 2) negociar en relación con divisas; y 3) vender o comprar divisas.

Digo que "**parece**" por lo siguiente: si el legislador venezolano hubiera tenido en mente sólo dos modalidades, le habría bastado con esta mucho más simple y clara redacción: "**Quien exporte..., o negocie divisas en contravención...**". Esto se analizará en su momento.

Estas tres modalidades tienen como denominador común el estar **en contravención a las normas del Sistema de Régimen Cambiario**.

Sujeto activo de las modalidades enumeradas puede ser toda persona, pues no se trata de figuras delictivas "especiales", como se denominan aquellas en las cuales resulta ineludible una determinada condición en el sujeto activo (v.gr. la de comerciante en la quiebra fraudulenta).

La redacción del artículo no es feliz en términos de claridad y hay aspectos dudosos: tanto en lo concerniente al número mismo de dichas modalidades como respecto a las modalidades en sí. Respecto al número, tenemos que a primera vista da la impresión de que sólo hay dos modalidades y de que "**negociar**" bien pudiera ser el verbo típico o imagen rectora de la segunda modalidad (la primera es el "exportar"), puesto que "comerciar" es su sinónimo y "vender" o "comprar" son actividades comprendidas en cualquiera de tales expresiones. Pero, como se dijo antes, si ésta hubiera sido la voluntad del legislador, esto es, que únicamente hubiera esas dos modalidades, entonces no habría tenido por qué complicar la redacción con tanta sinonimia. Por tanto, **pareciera** que "negociar" y la compraventa de divisas deben ser tenidas como modalidades diferentes, aunque, desde luego, muy vinculadas. Pero esta interpretación, que **parece**, a mí al menos, derivarse de la letra de la Ley, está contradicha por la lógica: esta previsión penal tendría una **desmesurada amplitud**, como se verá en su preciso lugar.

2.2.2.1. PRIMERA MODALIDAD DELICTUOSA

"**Exportar**" es el verbo rector típico de la primera modalidad delictiva descrita en el artículo analizado. Hasta aquí está bastante claro. Pero la expresión "**cifrados en moneda extranjera**" (referencia objetiva del tipo) ¿se refiere sólo a los medios de pago o instrumentos de giro o crédito? o ¿se refiere también a la moneda? La verdad es que lo único **claro** es que se refiere a los medios de pago o instrumentos de giro o crédito. La redacción pareciera indicar que no se refiere (aquella expresión) a la "moneda" porque, caso contrario, habría que concluir en la enunciación de la siguiente calamidad idiomática: "quien exporte

moneda cifrada en moneda extranjera". Con apego a la sola letra de la Ley (y abstracción hecha de otros criterios) cabe dudar, insisto, respecto a si la prohibición de exportar moneda engloba también la nacional o únicamente la moneda "cifrada en moneda extranjera". Esta duda está respaldada por el hecho de que la ley española sobre delitos monetarios, que sirvió de modelo a la venezolana para esta primera modalidad del Art. 6° comentado, castiga a quienes exportaren moneda metálica o billetes de Banco **españoles** o extranjeros. Y tal fórmula se copió casi a la letra en el proyecto de ley que presentó el Ejecutivo: "Exporten o importen moneda metálica o billetes de bancos extranjeros". Haber quitado el Congreso el término "extranjeros" (en relación con la moneda o billetes) induce a pensar que se hizo con un fin extensivo (incluyente de los billetes venezolanos) y no restrictivo. Sin embargo, las disposiciones administrativas y la realidad práctica permiten **deducir** que la expresión "cifrados en moneda extranjera" se refiere **también** a la moneda y excluye la posibilidad de que se persiga la exportación de bolívares. Pero no es conveniente que haya que **deducir** el significado de las leyes penales. Éstas deben ser suficientemente **claras** y sobre todo en las contentivas de tipos en blanco (como la comentada). Hubiera sido preferible la expresión "quien exporte moneda **extranjera**" y así sucesivamente hasta "otro medio de pago o instrumento de giro o crédito **también** cifrados en moneda extranjera". Lo ideal es que los legisladores trabajen con esmero en la redacción de las leyes y nunca se insistirá lo suficiente al respecto¹⁵⁴.

La exportación de divisas se puede realizar si no supera los US\$ 5000, de acuerdo al Reglamento de la Ley, aprobado el 14 de junio de 1995. La exportación de moneda en tránsito, es decir, la realizada por quien se encuentra en Venezuela en tránsito hacia otro país, no constituye delito cambiario. Es indudable que la situación de quien necesita por razones técnicas (atribuibles por ejemplo a su línea aérea) tomar tierra en el país, equivale a quien lo sobrevuela sin llegar a aterrizar. Sólo un formalismo, no permisible en materia punitiva, distinguiría ambos supuestos¹⁵⁵.

Respecto a la primera modalidad (exportar) pueden distinguirse dos circunstancias: 1) **Exportar dinero en sí**, es decir, "moneda", ya metálica o en billetes, siendo éstos los que más importancia tienen¹⁵⁶.

2) La de **exportar medios de pago documentales**, quiero decir, **que no constituyan dinero en sí**. Así como también **exportar instrumentos de giro o crédito, también documentales y distintos del dinero en sí**.

En el tipo del art. 6° ejusdem se halla una descripción objetiva que incluye una referencia sobre la acción en lo tocante al objeto de la misma (ese dinero o también y muy en especial esos medios e instrumentos), **que ha de estar cifrado en moneda extranjera**. Y por consiguiente deben dichos objetos o documentos **contener imprescindiblemente la indicación de cantidad**: no sólo porque así lo exige el tipo legal sino porque la **cuantía** del delito es importante como se verá con posterioridad. Exigible parece también en los casos de documentos la **firma** del emitente, sin la cual en la mayor parte de los casos habría simples formularios de escasa significación. El requisito de la **cantidad**¹⁵⁷ excluye del ámbito delictivo -dice BAJO FERNÁNDEZ- las exportaciones de tarjetas de crédito¹⁵⁸. Se me ocurre que, "*a sensu contrario*", pudieren usarse dos argumentaciones: 1) que el previamente fijado límite de gasto sea o equivalga a la **cuantía de lo cifrado**; y 2) que la validez **internacional** de la tarjeta significa el estar **cifrada en moneda extranjera**. Empero, no parece ortodoxa esta interpretación: en primer término por ser **extensiva**, siendo aconsejable la **restrictiva** en esta materia, como se verá luego en la cita de un autor de renombre. Y además porque en general debe prevalecer esta interpretación (restrictiva) más favorable a los encausados (aunque se haya negado por algunos aplicabilidad a este principio en términos de interpretación y se reservara con exclusividad para los aspectos probatorios)¹⁵⁹. No obstante aquí en Venezuela se ha suspendido el uso de tarjetas de crédito en el exterior, habiéndose luego permitido paulatinamente y con limitaciones¹⁶⁰. Tales medidas no parecen obedecer sólo a lineamientos administrativos sino también jurídico-penales, ya que cuesta entender por qué no correspondería al tipo delictual usarlas en el exterior y contraviniendo la normativa cambiaria. Es obvio que tal uso incorpora¹⁶¹ un crédito dinerario y redundaría en una exportación de capital.

En fin: creo que la exclusión de la exportación de las tarjetas de crédito del ámbito delictivo se debe, más que a otra pretendida razón, a

la **autorización** para exportarlas. Pero como tal autorización de uso no es ilimitada, el excederse podría configurar este delito.

En Venezuela se ha criticado el uso del verbo "**exportar**" porque *"...es una innovación que luce bastante confusa dado que no aclarará qué es exportar... a los fines cambiarios"*¹⁶². Sin embargo, ni es "innovación", porque desde hace mucho se usa en otros países y aun esta expresión y la propia Ley son copiadas de la equivalente Ley española, ni es "bastante confusa"; porque su significado es claro a todos los fines (puesto que en el idioma las palabras no cambian de significado antojadizamente)¹⁶³. Univocidad ésta que posibilita la siguiente expresión del artículo 4º del Código Civil: *"A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador..."*.

"Exportar" es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "Enviar géneros del propio país a otro". Así que se comete delito **al enviar del propio país a otro esos medios de pago o también de crédito**.

Tal **enviar** o hacer que dichos medios se dirijan al exterior puede cristalizar o no. Explico: el envío puede **llevarlos** en efecto a otro país o frustrarse y no hacerlos ir más allá de la frontera. El **envío** de dichos medios de pago o crédito puede hacerse de modo directo e indirecto. Si alguien los porta será de modo directo, e indirecto si encarga a otro el llevarlos. En suma: el **medio de comisión puede ser cualquiera**.

El traslado físico de los objetos en referencia a través de la frontera es lo que da lugar, en España, a mayor número de actuaciones policiales y judiciales, lo que no quiere decir que sea a través de esta modalidad como se produzca el mayor número y sobre todo la mayor cuantía de evasión monetaria. Ello porque existen otras formas más elaboradas en el campo internacional de los negocios, que evitan los elevados riesgos que supone la exportación ilegal por la frontera: DI AMATO -citado¹⁶⁴ por BAJO- afirma que los medios más comunes de evasión son la sobrefacturación y la creación en el extranjero de una sociedad por nacionales que invierten en su país y transfieren al extranjero los beneficios, sin olvidar las compensaciones contables. Pero

el hecho indiscutible de que la característica ursina de la sobrefacturación es **falsear**, sitúa el tema, tanto en España¹⁶⁵ cuanto en Venezuela, en la disposición que castiga el alegar causa **falsa**. Por consiguiente, la conducta de **falsear** por exceso el importe de las obligaciones con el exterior (sobrefacturar) se debe castigar en Venezuela al compás del Art. 7º ejusdem, que describe como típica la conducta de quien obtuviere divisas de la autoridad alegando causa **falsa** y comprendiendo, por tanto, la de quien obtenga divisas para el pago de importaciones de mercancías o servicios fingiendo un precio superior al real para recibir el exceso en el exterior.

La acción de exportar tiene por **objeto material** la "*moneda o cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito cifrados en moneda extranjera*". Esta fórmula reproduce "*ad pedem litterae*" (al pie de la letra) la española, contra la cual escribió el Profesor BAJO FERNÁNDEZ lo siguiente:

"Es de lamentar las (sic) fórmulas vagas utilizadas en el precepto (cualquier medio de pago o instrumentos de giro o crédito) cuya significación es confusa. En todo caso han de excluirse las acciones y las obligaciones, siendo sólo punibles los comportamientos relativos a títulos valores cuando la exportación de dichos títulos resulten (sic) idóneos para ser negociados en el extranjero entre residentes y no residentes, de modo que implique transmisión de riqueza que no hubiera podido realizarse lícita o ilícitamente, en territorio español" (subrayado mío)¹⁶⁶.

Para quien como el autor no sea especialista en Derecho Civil o Mercantil es difícil saber cuán verídica sea esta reprobación, que afecta al texto venezolano por copiado del español; pero lo cierto es que tal imprecisión es evidente y en su misma medida traduce inseguridad jurídica.

Según BAJO FERNÁNDEZ se impone una **interpretación restrictiva**:

"En todo caso creemos necesario tratar de precisar en lo posible estos conceptos jurídicos indeterminados, que al servir de base a la tipificación de un

*delito se hace preciso analizar con una **interpretación restrictiva**"*
(subrayado mío)¹⁶⁷.

Para que los medios de pago tengan el carácter de tales deben ser homologables a la moneda¹⁶⁸. Los títulos de crédito deben estar destinados inequívocamente a la función de instrumentos de circulación de riqueza y, por tanto, de medios de pago sustitutivos del dinero. Tal destino se puede deducir de hechos sintomáticos como el importe de los títulos en exportación, su procedencia y su negociabilidad¹⁶⁹.

Surge una duda: dentro del concepto de "instrumentos de crédito" ¿están los títulos-valores?

El **objeto material de la acción**, en su modalidad inicial, como se expresó con anterioridad, es la moneda o cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito cifrados en moneda extranjera. Todos estos objetos son cuantificables. Ahora bien: **interesa precisar la cuantía** a los efectos de la agravación (art. 9º ejusdem) y de la atenuación (art. 11). Sobre el particular ha señalado BAJO FERNÁNDEZ:

"Cuestión controvertida es la de determinar si son deducibles de las cuantías, a efectos del delito de exportación, las franquicias o cantidades liberalizadas por las Órdenes del Ministerio de Comercio de 30 de junio y 23 de diciembre de 1981 para viajes al extranjero o entradas desde el extranjero. La sentencia de 18 de octubre de 1978 (AN) se pronuncia por la negativa estableciendo en uno de sus considerandos que 'tampoco debe apreciarse error en el cálculo de las divisas que han de caer en comiso, porque el derecho a obtener divisas para salir al extranjero con constancia en el propio pasaporte no se utilizó por el encausado, quien recurrió a distintos procedimientos no lícitos para proveerse de las que llevaba, de modo que no cabe detraer de lo decomisado las teóricas 50.000 pesetas que el apelante pudo haber cambiado lícitamente, cuando, como en el caso presente no lo hizo'.

Independientemente de que la transcrita sentencia es anterior a la Orden de 30 de junio de 1979 citada, la cuestión planteada sigue siendo válida y consiste en saber si la elusión de las condiciones establecidas por la citada orden (sic) impide la deducción de las cantidades liberalizadas. Es indudable, y ello

no es objeto de discusión, que si las cantidades liberalizadas han sido obtenidas en una Entidad delegada con las formalidades prescritas, deben de deducirse.

Sobre este problema vamos a insistir en el siguiente apartado, pero se puede adelantar que si la orden (sic) en su artículo 2 liberaliza ('queda liberalizada la disponibilidad de divisa con motivo de viajes al extranjero' etc.), no hay exigencia de autorización previa por lo que se incumple un elemento del tipo de injusto" 170.

Cambiando las circunstancias del respectivo Derecho (de aquí y de allá) estimo conveniente leer esos criterios de tan autorizada pluma.

El tipo incluye un elemento normativo: **contravenir las normas del Sistema de Régimen Cambiario** cuando se actúe del modo descrito. Cuanto al **exportar** consiste la **contravención** en no tener **autorización** para hacerlo. Autorización obligatoria de acuerdo con los Decretos Administrativos correspondientes¹⁷¹, que vienen a colmar el tipo abierto del Art. 6º examinado. Por lo tanto se puede afirmar que, como regla general, esta condición negativa de faltar la autorización en cuestión es una **exigencia típica**: lo prohibido es exportar **sin autorización**. Considerar la falta de autorización administrativa como elemento normativo del tipo tiene como consecuencia que el error sobre dicha circunstancia ha de tratarse como **error de tipo** y no de prohibición¹⁷².

Sugestivo asunto es el de la **autorización "ex-post"**, es decir, la que se da después de realizados los actos para los cuales se requería. Se desea saber cómo podría influir tal autorización en la tipicidad, al extremo de que algunos autores extranjeros opinan que resultaría ésta eliminada. BAJO FERNÁNDEZ ha dicho:

"En la doctrina española se plantea una cuestión de enorme trascendencia práctica relativa al momento de la autorización para declarar atípico el hecho. En concreto, se trata de precisar si la autorización ex post, es decir la concedida con posterioridad a la consumación del hecho, elimina la tipicidad del mismo.

Nos referimos a las autorizaciones particulares dictadas mediante acto administrativo, no a las autorizaciones generales dictadas mediante norma jurídica que plantea más bien un problema de retroactividad de la Ley penal más benigna,...

*Existe una inclinación clara de la doctrina y la jurisprudencia por admitir la autorización ex post como excluyente de la responsabilidad criminal en los delitos monetarios,... No podemos ignorar que en la práctica un hecho autorizado con posterioridad a su comisión y todavía desconocido por el juez, es un hecho que resultará impune. Como tampoco podemos desconocer que la jurisprudencia ha admitido la eficacia de la autorización ex post"*¹⁷³.

BAJO también dice que "*Las únicas manifestaciones doctrinales que conocemos (Lemkin y Lorente Sánchez) entienden que la autorización ex post tiene la misma eficacia que la autorización anterior a la ejecución del comportamiento*"¹⁷⁴. Pero me parece que no puede ser porque en el lapso que media entre la comisión y la autorización **hay un hecho típico**.

En puridad la autorización "ex post" no puede eliminar el carácter delictivo del hecho porque formalmente se han cumplido todos los elementos del tipo y sustancialmente se ha lesionado el bien jurídico protegido¹⁷⁵.

Si se obtuvo la autorización con artificios u otras formas ilícitas se incurre en el delito del Art. 7° de la Ley sobre Régimen Cambiario¹⁷⁶, que castiga a quien obtuviere divisas de la autoridad competente alegando causa falsa o por cualquier otro medio ilícito. Se incurriría al menos en grado de tentativa, pues podría suceder que se obtenga la autorización mas no las divisas; pero como tal autorización es para pedir divisas, tiene lugar la tentativa. En cualquier caso es evidente que todo cuanto tenga ingredientes engañosos en esta materia cambiaria ha de ser valorado conforme al Art. 7° ejusdem.

Cuando una disposición administrativa autorice con carácter general una determinada transacción u operación exterior, quedan igualmente autorizados los cobros y pagos exteriores y la importación o exportación de los instrumentos de giro o crédito correspondientes¹⁷⁷.

Hay situaciones de exportación que por contar con una autorización de tipo genérico no ameritan una específica autorización previa. Tal es el derecho de transferir al exterior algunos dividendos, que han sido liberados en el sentido de no requerir otra autorización para el caso concreto (basta la previa autorización general)¹⁷⁸. Sin

embargo, este derecho de transferibilidad tiene como contrapartida la obligación de someter a declaración o también a verificación lo exportable. Si esta obligación no se cumple pudiere argüirse que no se cometió el delito del Art. 6° ejusdem, ya que falta la condición negativa o elemento típico de la falta de autorización. Pero no sólo es dicha falta de autorización un elemento del tipo, aunque es lo más frecuente y por esto se dijo antes que tal es la regla general; también hay excepciones como el deber de verificar los beneficios por exportar, que asimismo constituyen (estos deberes verifcatorios) un elemento típico. Por consiguiente sí comete delito el que hace uso de su derecho de transferibilidad sin cumplir los requisitos establecidos y a pesar de no estar constituidos éstos por requerimientos de autorización en sentido estricto. En sentido amplio se puede afirmar que tales declaración y verificación equivalen a una autorización. En efecto, si póngase por caso, quien tiene derecho a transferir hace una verificación insatisfactoria para la Administración, ésta no la aprobará o, lo que es lo mismo, no **autorizará** esa transferencia de ganancias al exterior¹⁷⁹.

A propósito de transferencias al exterior de dividendos e inversiones extranjeras, todo este aspecto, al decir de los expertos, es uno de los que generan más suspicacias a los inversionistas extranjeros, ya que por lo general terminan incumplándose las promesas en tal sentido.

2.2.2.2. LAS OTRAS MODALIDADES DELICTUOSAS

Son "*..., o negocie, comercie, venda o compre divisas...*".

En adición a la censura hecha por BAJO FERNÁNDEZ a la descripción típica que corresponde a la primera modalidad del Art. 6° parafraseado, creo que puede hacerse otra reconvención a esta segunda modalidad: "prima facie" parece que todo gira alrededor de la expresión "divisas" y que la acción consiste **sólo** en **negociar** divisas, **comerciar** divisas, **vender y comprar** divisas. Y todo esto de modo **directo**. Pero resulta que, al menos en apariencia, **no es ésta la verdadera significación** de la obscura redacción "*..., o negocie, comercie, venda o compre divisas...*". En realidad, la acción criminalizada consiste en,

por una parte, **vender divisas y comprar divisas**. Esto es muy claro y se refiere a conductas **directas** en relación con las divisas. Pero, por otra parte, y aquí está el "quid" de la cuestión, la acción típica **también** consiste en **negociar** o **comerciar** en **contravención** a las normas del Sistema de Régimen Cambiario **y aunque tal negociación o comercialización no haya tenido que ver de modo directo con divisas**. Y, por descontado, esto no significa negar que **indirectamente** o a mediano plazo, o de forma mediata, dicha negociación o comercialización (que no recayó en lo inmediato sobre las divisas) **impliquen** negociar o comerciar con divisas. Lo importante es que aparezca claro que **no es imprescindible que la negociación se haga de una vez con divisas**.

Entonces: las presentes modalidades delictuosas podrían quedar reducidas a **comerciar en relación con divisas**: bien sea directamente (vendiéndolas y comprándolas) o indirectamente (operando de manera que implique fuga de capitales).

Sin embargo: esta interpretación da enorme amplitud a la conducta expuesta como criminosa y ello es una grave **inconveniencia** por obvias razones. Ineluctablemente habrá problemas por semejante ambigüedad y se impone una prudencia extrema en el juzgamiento de tales hechos. Lo más acertado es interpretar el tema con criterio **restrictivo**. Y así, a despecho de tanto sinónimo, establecer que las divisas son el basamento de todo. Que delito sea únicamente lo que tenga que ver de manera directa con las divisas.

El abogado FERNANDO FERNÁNDEZ ha expresado un criterio muy interesante con relación a esto: "... *Ambos numerales, por cierto, deberían estar referidos a castigar a quienes incumplan con el Régimen Administrativo establecido en el Decreto Ley N° 286 del 22 de julio de 1994*". (Informe Legal, publicación de Baker & McKenzie y VenEconomía, Agosto 1994, Vol. 4, N° 12, pág. 4).

Las conductas serán delictuosas cuando sean en contravención a las normas del Sistema de Régimen Cambiario. **Contravención** que viene a ser un elemento normativo del tipo, aplicable al par de modalidades (exportación y comercialización). En principio esa

contravención consistirá en una condición negativa, quiero decir, **en no haberse procurado la pertinente autorización**. En lo concerniente a estas modalidades criminosas, no se obtuvo tal autorización para **comerciar en relación con divisas**, por medio de actos de comercio que determinen la evasión de las mismas o por medio de su compraventa.

En vista de aquella aclaratoria, que quizá ayudó a perfilar mejor la descripción típica, puede comprenderse a cabalidad su alcance y que otros supuestos de hecho también podrían ser delictuosos. "Exempla docent" (el ejemplo enseña): se ha considerado delito el exportar cheques, pagarés y letras de cambio.

En Italia se ha incluido todo título valor que incorpore un crédito dinerario y, en concreto, los títulos de crédito cambiarios (cheques, letras, pólizas de crédito, pagarés, tarjetas de crédito, etc.)¹⁸⁰, o societarios (acciones y obligaciones), así como los títulos representativos de mercancías (certificados sobre depósitos, papeleta de empeño, póliza de embargo) traducibles en signos monetarios¹⁸¹. Esta gran amplitud ¿es o no aplicable en Venezuela? Corresponderá a los especialistas en Derecho Mercantil esclarecer si hay una distinción entre títulos valores e instrumentos de giro o crédito. El hecho de que solamente incrimina el art. 6° ejusdem tales instrumentos (de giro o crédito) y no los títulos-valores, trae como lógica consecuencia que no son delictuosas las negociaciones con dichos títulos-valores¹⁸². En la literatura italiana, como se dijo antes, se incluyen los certificados de depósitos (representativos de mercancía). Sería interesante saber si, como creo, no quedan comprendidos los **bonos de prenda** que, cuando se depositan mercancías, son emitidos como anexos de los correspondientes certificados de depósitos. En la legislación venezolana, según tengo entendido, el bono de prenda es el único caso de títulos-valores que al propio tiempo incorpora derechos reales y derechos de crédito.

2.2.3. MOMENTO CONSUMATIVO

Se consuma la exportación cuando el objeto sale del territorio del Estado, entendido en sentido geográfico. Esto significa que el paso por las aduanas interiores implica simple frustración¹⁸³. En igual sentido

BUSTOS¹⁸⁴. Hay que rechazar el concepto jurídico de territorio y el criterio del territorio aduanero (quedarían sin solucionar las exportaciones al margen del control aduanero)¹⁸⁵.

No se requiere para la consumación que el autor haya utilizado los medios de pago. Se consuma el hecho desde el momento en que se exporta, aunque el autor no haya podido utilizar el objeto para los fines que deseaba (pagar una deuda, hacer un ingreso en cuenta bancaria, invertir, etc.)¹⁸⁶. En contra BUSTOS, para quien el hecho sólo se perfecciona en el momento que se le llena con su valor, sin que sea necesario su cobro. Este autor añade que la opinión inversa de BAJO vacía de contenido al precepto¹⁸⁷.

2.2.4. AUTORIZACIÓN PARA COMPRAR DIVISAS

Cuanto a **vender o comprar divisas**, que junto al exportar moneda resulta lo único explícito en la imagen típica del Art. 6° de la Ley sobre Régimen Cambiario, se pueden hacer las reflexiones que siguen.

Sólo el Estado puede vender divisas. El Estado también puede **delegar** en organismos privados la venta de divisas. Tal es el caso de los Bancos privados.

La información sobre la normativa legal vigente para la compra de divisas, manera de obtenerlas, antes que intervienen en la venta de las mismas, formas de adquirirlas, quiénes pueden hacerlo y qué cantidad pueden obtener, está en el Anexo I realizado al efecto.

2.2.5. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

La **antijuridicidad** estriba en desarrollar la conducta típica **sin que medien causas de justificación**. Estas, principalmente, radican en el **ejercicio legítimo de un derecho**, lo cual se demuestra al tener **autorización** para proceder.

En derredor de dicha **autorización** surge un interrogante de la mayor trascendencia en Venezuela en vista de la **bancarrota del Estado**, causada por las cuatro "administraciones" que precedieron a la presente: **¿están liberalizadas las acciones descriptas en el Art. 6º si las ejecutan los organismos del Estado?** ¹⁸⁸

Es oportuno comentar aquí lo que también se menciona en la página 132 de esta obra, acerca de que abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo de España se ha planteado en diversas ocasiones la cuestión de la participación de los **funcionarios públicos** en delitos monetarios y ha preferido calificar los hechos como **malversación de caudales públicos**. Allá la Doctrina no se ha opuesto a esta interpretación, salvo QUINTANO RIPOLLÉS (porque las divisas no son caudales públicos) y BAJO FERNÁNDEZ (porque el Estado no es propietario de las divisas de particulares). El último cree más acertado calificar el comportamiento del funcionario como coautoría o participación en el correspondiente delito monetario ¹⁸⁹.

Hay en materia de antijuridicidad otra vertiente sobremanera interesante: respecto a delitos cambiarios ¿podrían ser causas de justificación la **legítima defensa** y el **estado de necesidad**? Una visión al Derecho Penal Económico comparado permite saber que, al menos hasta 1993, en el Derecho comunitario europeo, **ninguna empresa había sido absuelta por encontrarse en una situación objetiva extraordinaria**. Pero lo cierto en dicho Derecho comunitario es que el TJCE **sí reconoce la legítima defensa como causa de justificación** y ha desarrollado (a partir del caso "Valsabbia I") criterios idénticos a los de la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, la defensa contra el "dumping" ¹⁹⁰ y otras prácticas restrictivas de la competencia no justifica o exculpa a las empresas víctimas de estas prácticas, porque hay otros remedios (comunitarios) diferentes a la comisión de actos delictuosos. Por otro lado el **estado de necesidad** ha sido reducido a una situación en la que **la existencia de la empresa se ve amenazada sin culpa precedente de la empresa**. Así se estableció en materia de cuotas de producción de acero y por el TJCE en materia de competencia en el caso "Pioneer" ¹⁹¹.

El estado de la cuestión en Europa se refiere, como se dijo antes, al Derecho Penal Económico en general y no a los delitos monetarios (aquí denominados cambiarios) en particular. Pero nada obsta a que tenga aplicación sobre éstos también. Resulta difícil, a mí al menos, imaginar supuestos de semejante aplicabilidad. Sin embargo una dificultad al respecto, por grande que sea, no debe ser motivo de abandonar principios que en teoría lucen inobjectables. La vida en cualquier momento suministra ejemplos reales que no se pudieron imaginar siquiera cuando se andaba en búsqueda de "casos de laboratorio".

Un punto de vista interesante creo haber hallado en materia de posibles ejemplificaciones cuando leía la obra "Estudios sobre Criminalidad Económica" de FERNÁNDEZ ALBOR. En efecto, en el rubro "*prácticas restrictivas de la competencia*", el mencionado autor se refiere a que el Art. 3º de la Ley de Ordenación Económica prohíbe "... 5º *Aplicar en las relaciones comerciales con terceros contratantes condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes ocasionando con ello desigualdades en su situación competitiva*"¹⁹².

Si en el mundo comunitario europeo del Derecho Penal económico se admite, con las reservas anotadas ya, la posibilidad de que se apliquen la **legítima defensa** y el **estado de necesidad** a casos concernientes a personas jurídicas, a pesar de la virulencia existente (como ya se vio en la pág. 48) contra tales personas colectivas en aquel contorno jurídico, nada impide que ambas causas de justificación (en sentido estricto o más amplio) se apliquen así mismo allá y aquí **en beneficio de personas naturales** cuando sean juzgadas en el comentado escenario¹⁹³.

Imagínese a quien sufre grave accidente en el exterior y **tiene** que sobrepasar el límite de su tarjeta crediticia en gastos médicos.

El Dr. PÉREZ-LLANTADA y GUTIÉRREZ, S.J., ha expresado:

"Los criminales económicos de la clase media cometen sus delitos para llegar a la clase superior que posee el prestigio y el poder. Estos delitos son particularmente peligrosos ya que entrañan, en pequeña escala, toda una serie de

*criminalidad subsecuente. Un ejemplo: un comerciante vende sus productos más baratos que todos sus concurrentes. Puede permitirse esta baja de precios porque defrauda los impuestos y comete fraude sobre el precio de la mercancía. Si los otros comerciantes quieren competir y mantener sus ventas, se ven obligados, aunque no sea su deseo, a recurrir a parecidas maniobras fraudulentas. Y se hacen delincuentes económicos **por necesidad**. Estos últimos delincuentes no son en realidad criminales, sino más bien víctimas"*¹⁹⁴.

En materia de **culpabilidad** la Ley sobre Régimen Cambiario no contempla la forma de comisión delictual culposa (imprudente, negligente, imperita e inobservante) y por consiguiente, en los supuestos del delito tipificado en el Art. 6° ejusdem, únicamente podrá haber dolo. En nuestro Derecho todo delito ha de ser doloso, a menos que por excepción la ley establezca la posibilidad de que sea culposo. Además es aconsejable la impunidad de la forma culposa en estos delitos "cambiaris" dada la equivocidad del carácter lesivo de los comportamientos implícitos. Coincide con esto el Derecho comparado, en el cual no es común encontrar tipos culposos¹⁹⁵.

La acción, pues, siempre debe ser dolosa, para lo cual es preciso que el agente conozca **los hechos**, esto es, que tiene la intención de **exportar divisas y en efecto lo hace**; y que conozca también **el Derecho**, es decir, que tenga consciencia de la **antijuridicidad**, en el sentido de saber que **transgrede la sistemática legal del control de cambios**.

Es indiferente cuál sea la intención última del autor, en el sentido de cuál sea la utilización que quiere dar al objeto exportado. BOSSETTO (citado por BAJO) advierte que "dolo de exportar" es distinto a "dolo de transportar". Siendo el delito de exportación un delito común, rigen las reglas ordinarias del Derecho penal en materia de autoría y participación¹⁹⁶.

Al ser sujetos activos los extranjeros, a veces pueden incurrir con más facilidad en error (aspecto éste tratado en el primer capítulo).

El principal verbo rector de la descripción típica contenida en el artículo 6° que se analiza es "exportar". Por esto, insisto, el "nervus

probandi" reside en que se sacaron de Venezuela medios de pago allí previstos (y habría consumación) o en que se trató de hacerlo (y habría un delito tentado en grado de tentativa o de frustración). BAJO FERNÁNDEZ opina:

*"Decimos que se **consume** la exportación cuando el objeto sale del territorio del Estado, entendido en sentido geográfico. Esto significa que el paso por las aduanas interiores (piénsese en un aeropuerto o un puerto marítimo que necesariamente está dentro de las tres millas) implica simple **frustración**"*¹⁹⁷ (claro que cuando, queriendo, no se fue más allá).

La eventual dificultad de probanza puede notarse, incluso, en las propias citas jurisprudenciales suministradas por BAJO en otra de sus magníficas obras:

*"Se apreció **tentativa** en supuestos en que los autores son sorprendidos transportando el objeto por territorio español con la intención de trasladarlo al extranjero. Así la S. 12 de mayo 1978 AN., castigó por tentativa en un caso en que un sujeto transportaba divisas de Lérida a Andorra y fue detenido por funcionarios de policía en Seo de Urgel. La S. 31 de mayo 1977 AN., castigó también por tentativa en un caso en que el súbdito español transportara divisas en automóvil y en las cercanías de Madrid, trasladó los paquetes a otro automóvil. Un caso similar en S. 8 de noviembre 1978 AN. La S. 2 octubre 1978 AN., aprecia tentativa en un caso en que se detuvo a unos sujetos en Ceuta en un bar próximo a la Aduana..."*¹⁹⁸.

En lo tocante a la forma de la textual transcripción anterior, se puede señalar que la importancia de los signos ortográficos de puntuación es extrema y ello puede verificarse en una oración obscurecida por no llevar una coma después de la primera palabra "automóvil" o después de la "y" que le sigue. Acerca del fondo creo que en todos estos casos, si no hubo en autos otros elementos para reforzar la convicción de los respectivos jueces, se castigó mal. Nada permite deducir con sólido fundamento la **culpabilidad** de los "castigados" sobre la base de una "**proéresis**" inasible¹⁹⁹. El hecho de que un sujeto transporte divisas de Lérida a Andorra y que se adetenido por la policía en Seo de Urgel, no puede convencer a nadie de que se proponía llevarlas o enviarlas al exterior de España. Tampoco el hecho de que un súbdito

español transportaba divisas en automóvil y que, en las cercanías de Madrid, trasladara los paquetes contentivos de esas divisas a otro automóvil, prueba más de lo que se acaba de narrar o, en otras palabras, sólo prueba que hizo lo que hizo: transportar divisas y mudarlas de automóvil, todo en España. Ni tampoco el hecho de que se haya detenido a unos señores en Ceuta, en un bar próximo a la Aduana, puede ser demostrativo de pretender exportar unas divisas que hasta no figuran en la muy resumida reláfrica jurisprudencial. En verdad, sería suficiente, a los efectos de no aparecer incurso en el delito del cual se trata, que los indiciados hagan la única alegación de que no tenían **intención** de sacar tales divisas del territorio español ni en efecto las sacaron.

Los razonamientos precedentes, desde luego, son válidos para nuestro país y no los creo una ripiosidad, ya que atienden a la **culpabilidad** de las personas o, en las altílocuas páginas de JIMÉNEZ DE ASÚA, "*la parte más delicada de cuantas el Derecho penal trata*"²⁰⁰.

Desde otro punto de vista cuestionado con anterioridad, **el bien jurídico protegido no es la Economía nacional y por tanto el dolo no requiere lesionarla**, lo cual (este hipotético requerimiento) en palabras del Profesor BAJO FERNÁNDEZ "*implica reducir los supuestos a simple ciencia ficción, ya que el exportador de capital ni persigue esa finalidad ni se la representa como probable*". En consecuencia, no hay que demostrar que se ha lesionado o hecho peligrar la Economía nacional, porque tal "*no corresponde a un procedimiento judicial*" según el mismo eminente tratadista español²⁰¹, quien agrega en otra obra más reciente que la jurisprudencia española ha precisado, a su juicio muy certeramente, que "*la economía nacional no es elemento del tipo y que, por tanto, es ajena al dolo*"²⁰². Insisto en lo anodino del bien jurídico pretendido por BAJO FERNÁNDEZ. El Derecho Criminal no puede airearse con trivialidades. Considerar la Economía nacional como bien jurídico protegido no amerita el demostrar la intención específica de lesionarla, como tampoco para que haya homicidio es preciso demostrar de modo certísimo e infalible el deseo de matar, entre otras razones por tratarse de una prueba imposible a veces: y lo dice CARRARA, nada menos, al reconocer la imposibilidad de mirar el fondo del alma humana y ver allí, como quien ve un objeto, esa intención de matar. Ésta se ha de dar por probada con sólidas presunciones. Presunciones que también acreditan,

"mutatis de iure mutandis", el dolo de dañar la Economía nacional; y en especial si nos atenemos a la ya comentada teoría de la sumación de los "delitos bagatela".

Puede darse así mismo el **dolo eventual**, es decir, la situación de una persona cuya conducta está (en un rango de gravedad) un grado más bajo que el dolo directo y perfecto, y un grado más alto que la simple culpa e involuntariedad absoluta. Este estado intermedio entre el dolo y la culpa, esta mixtura de dolo y culpa, o esta culpa informada de dolo o por el dolo, en fin, este **dolo eventual**, tiene interés respecto al proceder incriminado. En apoyo de esta apreciación sirva como ejemplo el suministrado por BAJO FERNÁNDEZ:

*"No hay obstáculo alguno para castigar con la pena legalmente prevista, los supuestos de dolo eventual, es decir, aquellos en los que el actor conociendo la probabilidad de comisión del hecho delictivo como consecuencia de su actuar, acepta, consiente o aprueba que llegara a producirse, sin detener su acción. Tal es el caso que plantea la sentencia de 31 de mayo de 1978 (AN): un sujeto carece de certeza respecto a la cantidad que le es permitido exportar, pero conoce la probabilidad de que esté prohibido exportar la cantidad que él lleva. Habrá dolo eventual si, ante este planteamiento cognoscitivo, continúa obrando, aceptando o consintiendo el hecho. La duda -dice el primer considerando de la sentencia- no excluye el dolo, porque ella por sí supone un querer eventual del hecho y da lugar, cuando menos, al grado de culpabilidad denominado dolo eventual'; advirtiéndose más adelante que para el dolo se precisa 'el conocimiento de que no se pueda sacar moneda en la cantidad que uno desea y quiera, aunque se desconozca con exactitud cuál sea en cada caso concreto el quantum legalmente permitido, porque en estos supuestos no hay ignorancia ni error, sino a lo sumo mera y simple duda que, como ya se ha dicho, no excluye el dolo, al menos en su grado de eventual' "***203***.*

2.2.6. REPATRIACIÓN DEL CAPITAL COMO ATENUANTE

Un modo específico de reparar o disminuir los efectos del delito es, sin duda, la repatriación del capital para aquellos supuestos de exportación o salida delictiva del mismo. Se trata de un supuesto al que la jurisprudencia española ha hecho referencia, particularmente para la

aplicación de indulto, destacándose la indiferencia de que la repatriación la realice el autor o un tercero.²⁰⁴

2.3. ARTÍCULO 7° DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO

"Artículo 7°.- Quien obtuviere divisas de la autoridad competente alegando causa falsa o por cualquier otro medio ilícito, será sancionado con prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de tres (3) a cinco (5) veces el equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria".

2.3.1. NOTA PREVIA

El hecho ha de realizarse en Venezuela, que no puede regular el mercado de divisas fuera de su territorio ni, por tanto, establecer formas de obtención de las divisas. Así, las irregularidades que pudiera cometer un residente al obtener divisas en el extranjero, no podrán constituir nunca este delito²⁰⁵.

2.3.2. ACCIÓN TÍPICA

La tipificación comporta dificultades que principian por tener que traducir al lenguaje legal uno de carácter técnico-económico.

La acción típica comporta dos modalidades. La primera es clara: **obtener divisas de la autoridad alegando causa falsa**. Sólo creo necesario advertir que la alegación de causa falsa, de ordinario empleada antes de obtener las divisas, y precisamente para ello, también puede ser usada **con posterioridad** al hecho de obtenerlas. En efecto: **sin alegar causa falsa** se puede obtener divisas de la autoridad que las dio **por error espontáneo**, es decir, no inducido por algún alegar malicioso²⁰⁶; pero que, para mantener o reforzar el espontáneo error de la autoridad, **se alegó causa falsa con posterioridad a la obtención**. Ya no sería causa para **obtener** sino para **retener**. En tal caso también habría el delito. Lo habría porque la obtención fue mediante alegación de causa falsa. No importa si se alegó antes o después de la obtención. Es

oportuno insistir en que dicho error debe ser espontáneo o al menos **no inducido** por quien obtuvo las divisas, ya que si lo provocó se consumó el delito al momento de obtenerlas²⁰⁷. Siguiendo este mismo caso, quiero decir, acerca de lo que se puede **hacer** después de la obtención, y tomando en cuenta que **alegar** es un **acto comisivo** ¿se podría cometer delito mediante **omisión** y más en concreto a través del **silencio**? Supóngase que al notar el error de la autoridad no alegó falsedad alguna quien recibió las divisas sino que guardó "ex-professo" silencio. Veamos.

En Venezuela no está en paz o, mejor dicho, clarificado²⁰⁸, el tema de cómo ha de valorarse el silencio. En su interesantísima Tesis Doctoral sostiene ALBERTO ARTEAGA lo siguiente:

"El Código Penal venezolano se refiere a los 'artifícios o medios capaces de engañar...'. Noción que como ya lo señalamos, es sumamente amplia y mediante la cual, la ley penal quiere hacer referencia a cualquier comportamiento engañoso y astuto. Ahora bien, la simple mentira y el silencio, constituyen o pueden ser constitutivos de un comportamiento engañoso, ya que ello se desprende del lenguaje común, y del sentir de la colectividad acorde con sus exigencias éticas, las cuales, precisamente, recoge la ley penal. En consecuencia, no vemos el por qué (sic) de la exclusión de la mentira y el silencio de los medios requeridos para configurar la estafa, sobre todo, específicamente, en referencia a la fórmula amplia de nuestro Código Penal. Pese a este razonamiento, que creemos perfectamente lógico y coherente, deben añadirse algunas aclaraciones, ya que no creemos que, sin más, deban conceptuarse como medios engañosos tanto las palabras mendaces como el silencio... Y por lo que se refiere al silencio, a la conducta meramente omisiva, también se hace necesario el examen de cada caso en concreto, pudiendo señalarse como regla general, que ha de considerarse como medio engañoso idóneo para constituir la estafa, cuando existe para el que calla, el deber o la obligación de hablar. Según MAGGIORE, esta obligación puede surgir, no sólo de la ley, sino también de la costumbre, y según la normalidad de las relaciones sociales; y según NÚÑEZ, puede surgir de la ley, de una convención o de un hecho precedente..."²⁰⁹.

El Dr. ARTEAGA sostiene, pues, que cuando nuestro Código habla de "artifícios o medios capaces de engañar", delinea una noción "sumamente amplia y mediante la cual, la ley penal quiere hacer referencia a

cualquier comportamiento engañoso y astuto". Esto no es así: el Código es amplio en cuanto a los medios engañosos que puedan usarse, pero no en cuanto a su **capacidad**. En efecto, ésta se limita cuando se dice "*artifícios o medios **capaces** de engañar...*". Por eso, siendo que los medios engañosos pueden ser capaces o no de engañar a una generalidad de personas o a una determinada persona, es claro que al hablarse de "**medios capaces**" ya se traza una nítida línea divisoria que descuenta los medios **incapaces**. En consecuencia, no es exacto que el Código se refiera a "*cualquier comportamiento engañoso y astuto*"²¹⁰. Por esto -como ARTEAGA enseña- es necesario examinar en concreto cada caso relativo al silencio y criminalizarlo cuando había, como también expresó ARTEAGA, obligación de hablar. A esto último debe agregarse que tal obligación de hablar debe ser **jurídica**²¹¹.

Supóngase que, con respecto a la hipótesis manejada sobre lo del silencio, no se pudo probar la existencia del tipo **por falta del medio previsto**, esto es, **del silencio y su bastantaneidad o suficiencia**. Porque, por ejemplo, no pesaba en quien por error recibió las divisas una obligación **jurídica** de hablar. Por este solo hecho ¿habrá de considerarse **inocente** la conducta de quien se quedó a sabiendas con esas divisas? Me parece que al Derecho Criminal debe seguirle interesando la referida conducta. En un primer momento da la impresión de que tal interés debiera ser en razón de una eventual apropiación indebida, puesto que el dolo, como tiene que ser en la apropiación indebida, fue **subsiguiente al hecho por el que se obtuvo la posesión**; y a diferencia de la estafa, en la cual el dolo debe ser **anterior o preexistente al hecho por el que se obtenga la posesión**. Mas la pista no es la apropiación indebida porque, según creo, no puede haberla pues **nunca** hubo posesión **legítima**, es decir, una condición **indefectible** para que se dé cualquier delito de apropiación²¹². Allí más bien creo ver el delito de **hurto** a través de una **remoción o "contrectación" impropia**. En el hurto, por lo común, es el propio delincuente quien sustrae la cosa mueble ajena (remoción propia); pero por excepción este bien puede ser removido hacia el delincuente²¹³ y a veces hasta por el mismo propietario²¹⁴.

La segunda modalidad quizá no sea tan clara: **obtener divisas de la autoridad competente por cualquier otro medio ilícito**. Lo

primero que se me ocurre es preguntar si ese cualquier otro medio ilícito sólo se prevé cuando sea para obtener divisas **de la autoridad competente**. O si, también, interesa el haber empleado tal medio para obtener divisas **que no provengan de la autoridad competente**. O, en otras palabras, usar el medio ilícito para obtener divisas **de cualquier persona u organismo** y no precisamente de la autoridad competente para darlas. Porque debe tenerse presente que, aunque haya autoridades (competentes por supuesto) para dar dichas divisas, la **realidad** es que no sólo pueden obtenerse divisas de la autoridad competente, sino que también pueden obtenerse por otros medios e incluidos los **ilícitos**. De manera que el medio no debe limitarse al usado ante las autoridades, porque, insisto, para obtener divisas se puede operar con aquel mismo "medio ilícito" **y sin necesidad de actuar frente a la autoridad**. Esto se demuestra porque comentando este delito BAJO FERNÁNDEZ expresa:

"Si la obtención de divisas se ha realizado mediante un delito de falsedad, o cualquier otro delito (robo, hurto, apropiación indebida, estafa, etcétera), habrá de apreciarse concurso ideal de delitos aplicando las penas, según las reglas específicas del artículo 71 del Código Penal, ya que un delito es medio para cometer el otro o el hecho cometido constituye varios delitos.

Habrá delito único por cada operación de obtención de divisas, aun cuando las divisas obtenidas corresponden (sic) a moneda del mismo país. La pluralidad de actos, cada uno de los cuales constituye una obtención de divisas, implicará pluralidad de delitos en concurso real.

*Nada impide la aplicación a este delito de la figura del delito continuado"*²¹⁵.

Creo hallar en la cita de BAJO (y aunque se refiera es al concurso) una demostración implícita de que el medio delictual no está limitado al usado ante la autoridad, porque contempla el robo, es decir, el delito de, al decir de CARRARA, "*hurto más **violencia***". Así tenemos que si en España (de donde fue copiada la Ley sobre Régimen Cambiario) restringieran aquel medio al usado ante la autoridad competente, y, a pesar de ello, BAJO incluye la figura del **robo** en el repertorio delictivo que puede cometerse **ante la autoridad**, debe concluirse, por la fuerza suprema de la lógica, que **o ya fue asaltado el Banco Nacional de España** (que sí es **autoridad** en España pues

equivale a nuestro Banco Central de Venezuela), o que, al menos BAJO, considera esto (en teoría **increíble**) como perfectamente posible y hasta como probable (si se considera que lo incluyó en sus ejemplos y que se suele prescindir de los fenomenales o inverosímiles).

Más todavía: si se limita el medio al usado ante la autoridad, no constituiría en Venezuela este delito la conducta puesta como ejemplo en el párrafo anterior, esto es, obtener divisas mediante **otro medio ilícito** (distinto al de alegar causa falsa ante la autoridad) y concretamente mediante el de **robo**. En efecto, no habiéndose cometido este robo **ante la autoridad**, sería forzoso considerar **atípica** dicha conducta en este delito, debiéndose juzgar **sólo** por el delito previsto en el Art. 458 del Código Penal (robo) y no por ambos concursando. A menos que se considere a los Bancos u otros operadores cambiarios (v.gr. Casas de Cambio) como **autoridades** (en el sentido del Art. 7° de la Ley Sobre Régimen Cambiario), lo cual francamente me parece bien difícil. Es verdad que esta Ley no establece cuáles son esas autoridades; pero pareciera haber un intento (no muy bien logrado)²¹⁶ de enumeración en el Capítulo II del Decreto N° 326 del 31 de agosto de 1994 (referido a "normas para la administración y obtención de divisas"), que trata de "**ÓRGANOS COMPETENTES PARA ADMINISTRAR Y AUTORIZAR LA ADQUISICIÓN DE DIVISAS**".

Del tal articulado se puede colegir que los "**Órganos competentes para administrar y autorizar la adquisición de divisas**" son los siguientes: 1) El Presidente de la República; 2) El Banco Central de Venezuela; 3) La Junta de Administración Cambiaria; y, 4) La Oficina Técnica de Administración Cambiaria. (A pesar de que el Art. 15 del Decreto N° 286, reformado el 22 de julio de 1994, menciona a la OTAC y añade a renglón seguido "..., **con el apoyo de los organismos competentes**". Esta frase induce a dudas porque si la OTAC es, como creo -porque así lo señala, en forma por demás borrosa, el Decreto N° 326 antes citado-, un **organismo competente** al efecto, la frase debió ser "**con el apoyo de los demás organismos competentes**". Sin embargo, es muy probable que tal se deba a simple **imprecisión**.

Ahora bien: por "**Órganos competentes**" puede y debe entenderse "**autoridades**", a los efectos de administrar y autorizar la

adquisición de divisas y del Art. 7° de la Ley sobre Régimen Cambiario; y máxime cuando este artículo coincidió con el Decreto citado en el uso del adjetivo "**competente**": "*quien obtuviere divisas de la autoridad competente*". En efecto, por absoluta necesidad de Derecho, **toda autoridad deviene de la Ley; autoridad** implica **administrar** y el Art. 3° de la Ley sobre Régimen Cambiario, en su único aparte, **distingue** entre las "entidades autorizadas" y los organismos que **administran** el régimen cambiario: "*las entidades autorizadas estarán obligadas a colaborar con los organismos encargados de la administración y supervisión del régimen cambiario*". Dentro de las "entidades autorizadas" están (en el encabezamiento del mismo artículo) los Bancos: "*el Banco Central de Venezuela podrá autorizar a los bancos (sic)...*". Y para dejar de último lo que resulta más concluyente cítese al ilustre jurista patrio ELOY LARES MARTÍNEZ:

"COMPETENCIA DEL ÓRGANO. *Todo acto administrativo emana de un órgano de la administración pública,... Para la validez del acto es necesario que quien lo haya dictado sea competente, esto es, que para ello tenga facultad expresa que le haya sido conferida por norma jurídica preexistente... La competencia, o sea, la aptitud legal de los órganos del Estado, no se presume. Debe emerger del texto expreso de una norma jurídica, ya sea la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza. Para la validez de los actos administrativos es necesario, por lo tanto, que la aptitud del autor esté definida en una regla atributiva de competencia. A falta de disposición expresa, la **autoridad** carece de cualidad para efectuar el acto contemplado... CONTENIDO. Llámase contenido del acto administrativo lo que con él la **autoridad** ha querido disponer, ordenar o autorizar*"²¹⁷.

Además, quedaron bastante diferenciados los conceptos de "**órgano administrativo cambiario competente**" y el de "**operadores cambiarios**" (Bancos, Casas de Cambio, etc.) en el Decreto N° 286 del 22 de julio de 1994 (artículos 5° y 10) y en el Decreto N° 326 del 3 de agosto de 1994 (artículos 3°, 4°, 5° y 26).

en lo que concierne a los Bancos, que me parece ver surgir del Art. 22 del Decreto N° 286 del 22 de julio de 1994:

"Una vez recibidos y verificados los recaudos referidos en el artículo anterior por parte del banco (sic) seleccionado por el importador, dicho banco (sic) procederá a adquirir el monto de las divisas efectivamente a utilizar en el Banco Central de Venezuela de acuerdo al procedimiento que éste establezca. Dentro de los diez (10) días hábiles bancarios siguientes, el mismo banco (sic) enviará a la Oficina Técnica de Administración Cambiaria la información necesaria para su verificación y Control (sic)".

Por todo esto creo que el verbo **"autorizar"**, que campea en el Art. 7° de la Ley Sobre Régimen Cambiario, ha de ser entendido en su acepción de **"permitir"** y no en la señalada en **primer lugar** por el Diccionario de la Academia, es decir, la de **"dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa"**.

Tengo reservas con la frase *"por cualquier otro medio ilícito"* y, con más exactitud, respecto al adjetivo **"ilícito"**, por su desaforada latitud. Aquí es donde más se advierte la peligrosa insuficiencia típica que caracteriza la ley penal **en blanco** que se viene analizando. Conste que, según creo, el peligro emana más de la **imprecisión** del legislador que de la calamitosa característica recordada con antelación. En efecto, como se vio con bastante amplitud (pág. 27), el riesgo de las leyes penales abiertas se minimiza si el legislador **precisa** cuál es la conducta que desea castigar. Dicha precisión, como es natural, corresponde a la médula o rasgos más característicos de la conducta incriminada ya que, como se sabe, una ley penal en blanco no puede cubrir tantas especificaciones como las leyes normales con tipos autosuficientes. Ejemplo al canto: si se dijera *"por cualquier otro medio fraudulento"* sí se determinaría cabalmente la conducta tipificada, pese a inscribirse en una ley en blanco. Lo de **fraudulento** no responde a una ideación vaga u oscura. Muy al contrario, es de una concreción que hace ocioso algún comentario adicional. Todos sabemos cuándo una conducta tiene visos fraudulentos. Más todavía: con esta sencilla fórmula se complementaría a la perfección la primera modalidad, pues ambas participarían de la misma substancia falsaria. Sin embargo, la expresión *"fraudulento"* tendría el inconveniente de excluir otros medios delictuosos como la

sustracción (hurto) o disposición abusiva (apropiación indebida). Quizás entonces sería preferible la expresión "por cualquier otro medio **delictuoso**", que también pudiera intentar discutirse aunque sin fortuna²¹⁸.

No puede satisfacer tampoco, insistiendo en el mismo tópico, la pretensión o excusa de que tal ambigüedad será subsanada por el Ejecutivo cuando complete los insuficientes tipos abiertos de la Ley. ¿Cómo podría el Ejecutivo **precisar** cuáles conductas habrán de configurar el **ilícito penal**? Digo **ilícito penal** porque las disposiciones administrativas complementarias **formarán parte de los tipos penales completados y en particular del que nos ocupa**. Por lo tanto, nada más cónsono con la justicia que las especificaciones administrativas **satisfagan las exigencias ontológicas de los procedimientos apostrofados como criminales**. Así, por ejemplo, lo que circunstancie la Administración acerca de la primera modalidad (alegar causa falsa) del artículo comentado irá siempre por la vía inequívocamente criminal de lo **falso**; pero por desgracia no sucede así respecto al término de "**ilícito**". Se responderá –en mano el Diccionario de la Real Academia– que "**ilícito**" es **lo no permitido legalmente**. Pero ello no convalida que se castigue con sanciones penales conductas cuyo noúmeno o esencia no sea criminosa. Es innegable que, al lado de los ilícitos penales, sin duda de mayor gravedad, están otros ilícitos, como los civiles y administrativos, cuya represión debe afincarse en sanciones del mismo tenor, es decir, civiles y administrativas. Más aún: hay **ilícitos morales** y el mismo Diccionario sirve a su comprobación: "**ilícito: no permitido legal ni moralmente**"²¹⁹. Además de comprobar su significado comprobó lo anfibológico del término "ilícito". A mayor abundamiento véase lo que refiere el "Diccionario de Derecho Penal y Criminología" sobre la palabra "**ilicitud**":

*"Sin embargo, usar la voz **ilicitud** como sinónimo de antijuricidad esobjetable si se entiende la antijuricidad como oposición a la norma y no se sigue el criterio de Beling, que afirma encontrar las normas en las otras ramas del derecho positivo, en cuyo caso será coherente, si se acepta la teoría de la normas de cultura de Mayer y se entiende que lanorma que el delincuente viola se encuentra ya en la moral, en la religión, en las costumbres. También en el*

*derecho, para aceptar la sinonimia de ilicitud y antijuricidad, es preciso considerar lo que se opone a las leyes religiosas y morales"*²²⁰.

Sálgase de lagunas terminológicas rumbo a reflexiones más sucintas: ya se ha visto cómo este delito del art. 7° de la Ley sobre Régimen Cambiario condesciende con la índole jurídica de la estafa; y colofón obligado de lo anterior es que, para mejor entender el oriente de un delito que resulta una verdadera innovación para los venezolanos, nada mejor que recordar en extenso dicha índole de la estafa y acomodarla, "mutatis de iure mutandis", al precepto del artículo en cuestión. Pues bien: desde lejos se ve que engañar a otros debe ser ilícito; pero resulta que, **y esto tiene que ver con la estafa**, según el jurisconsulto romano POMPONIO "*Es lícito que los contratantes se engañen mutuamente*" ("*licet contrahentibus sese invicem circumvenire*")²²¹. Esto (citar este principio), que pudiera parecer un anacronismo y, peor aún, una extravagancia, no es sino un oportuno toque de atención respecto a la clave (no todo engaño es estafa) de la batallona cuestión (cómo debe ser el engaño en la estafa) en un delito sobre el cual pareciere a primera vista que no hay nada por discutir. Acerca del particular sirva como verificación lo que planteó CARRARA, quien, dicho sea de paso, impuso la tesis francesa de la "mise en scene" como solución al debatido asunto:

*"La dificultad consiste en discernir entre el dolo lícito, que interviene, sin delito, en los contratos usuales, y el fraude, que es el criterio esencial del estelionato. Es costumbre, si no honesta, por lo menos tolerada en el consorcio humano, que los contratantes se engañen mutuamente"*²²².

Hablar de "*dolo lícito*", en ese contexto, es de una inteligencia contraria al sentido natural de ambas palabras. Contrasentido que, máxime por quien habló, revela lo difuso del tema.

Entonces: dejar que sea el efluvio del término "ilícito" lo que alinee los criterios reguladores del delito tipificado en el art. 7° ejusdem, es abandonar la suma prudencia que ha de regir la delicadísima responsabilidad de crear delitos. Así como nadie duda que obtener divisas alegando causa **falsa** ante la autoridad es comportamiento de matices criminosos, **por la falsedad**, y que, una vez definido el básico,

inequívoco e indiscutible criterio criminalizador, la Administración circunstanciará sin problemas lo conducente para llenar el evidente tipo delictuoso, y que, por lo consiguiente, el agente debe ir a la cárcel; así también, con el mismo ahínco, se puede sospechar que semejante laxa disposición (al ritmo de la segunda modalidad) conduzca a una persecución penal **injusta** de quienes no han cometido **ilícitos penales sino civiles**.

Ilícito civil y no penal se produce -según MAGGIORE- cuando engaños o también subtracciones son cometidas por el propietario:

"En caso de ser arrebatada con engaños una bicicleta al que la había tomado en alquiler, el estafado es el ciclista, y el único perjudicado el propietario alquilador. Otras veces pueden ser perjudicados tanto la persona sobre quien recae directamente el fraude, cuanto el propietario de la cosa estafada, como el sustraerle con engaño al acreedor prendario una cosa dada en prenda. El perjuicio no solo (sic) es del propietario, sino también del que ve que se le escapa la garantía real de su crédito.

*Pero en este último caso **no hay estafa, sino solo** (sic) **un ilícito civil cuando el autor del hecho es el mismo propietario que -con artificios o engaños- vuelve a entrar en posesión de la cosa empeñada. No es concebible la estafa del propietario, como tampoco lo es el hurto del propietario sobre una cosa propia.***

En efecto, la estafa es un atentado contra la propiedad ajena..."²²³
(subrayado mío).

El lapidario concepto parece cortado a la medida en abono de la crítica que se viene haciendo sobre la expresión ambigua "*cualquier otro medio ilícito*", porque, aunque me inspira la crítica de que sí son concebibles ambos casos²²⁴, demuestra el relativismo del polivalente término "ilícito". Todos sabemos, sí, que "ilícito" es lo que va en contra de lo dispuesto por la ley; pero como resulta que **no hay una sola Ley**, sino que hay por ejemplo leyes civiles, laborales y penales, el vidrioso vocablo "ilícito" no les sirve a todas estas leyes. Al menos en cuanto a identificar el **tipo de sanción** que les cuadra. Mostrar la pena que merecen los **respectivos ilícitos** es la razón principal de que haya menciones a **ilícitos civiles, ilícitos penales, etc.** Distinción más

justificada porque no es **justo** y nadie puede pretender que **contra ilícitos civiles se descarguen sanciones penales**.

Hay otro caso en el que creo encontrar apoyo a mi crítica sobre el uso del término "ilícito". En las enseñanzas del notable administrativista venezolano ELOY LARES MARTÍNEZ puede leerse que "...*el funcionario de jure 'es aquel que tiene un título legal...' El carácter que adquiere el funcionario de hecho no es conforme con las reglas del derecho;...*". En otras palabras: en el funcionario "de Derecho" hay **licitud** y en el funcionario "de hecho" hay **ilicitud** (puesto que su carácter "*no es conforme con las reglas del derecho*"). No obstante, cuanto a los funcionarios "de hecho", hay según el mismo autor lo siguiente a renglón seguido: "...; *pero resulta aceptable en razón de la equidad, la necesidad o la conveniencia social*"²²⁵.

Pues bien: imagínese la situación de quien tramita divisas ante quien **detenta** la titularidad **legal** de una **autoridad** administrativa u órgano competente; y que ese tramitante **conozca** la **ilicitud** en que se halla la persona física que encarna tal órgano, ya sea (la ilicitud) "*porque carezca de los requisitos indispensables para ocupar el cargo o por existir vicios en su nombramiento*". Aquel tramitante **¿come el delito previsto en el Art. 7º de la Ley sobre Régimen Cambiario?** No en mi criterio; pero también yo diría sin vacilación que sí correría el riesgo de ser condenado y, por lo menos, de ser enjuiciado, ya que **desplegó una conducta típica porque obtuvo divisas de la autoridad**²²⁶ **por un medio ilícito**. Tenemos entonces un caso en el cual, pese a que la **ilicitud** de la autoridad no es óbice para que valgan sus ejecutorias, la **ilicitud** del medio usado por el tramitante para obtener **esas mismas ejecutorias** sí aparece como típica y aun pudiera ser castigada penalmente. Esta situación puede ser tildada de **injusta** o cuando menos de **paradójica** (y por lo tanto repugnante al Derecho que "es lógica"). **Y todo por el uso del adjetivo "ilícito"**.

Desde luego: podrá sostenerse que a lo largo del juicio, cuando se ahonde en otros elementos esenciales para considerar delictuoso el hecho ejemplificado, se debe absolver al tramitante; pero es **gravísimo** que por una **tipicidad defectuosa**, por faltar a la claridad que le es imperativa, se apunte con un juicio criminal a un ciudadano. Nunca debe

olvidarse que la tipicidad es de tanta importancia que, por el solo hecho de reproducir alguien la conducta descrita o el supuesto de hecho típico, **"ipso-facto"** (por el mismo hecho) **se desprenden indicios de culpabilidad en contra suya**. Precisamente por esto la tipicidad ha sido considerada como **"ratio cognosendi"** o también como **"ratio essendi"** de la culpabilidad²²⁷.

Tanto más preocupante debe ser este limbo en la tipicidad cuanto es verdad inconcusa que jamás ha sido delito en Venezuela el obtener o cambiar divisas. Y por esto debería haberse sido lo más conciso posible al tipificar la conducta del art. 7° ejusdem. Tal se habría logrado con el uso de la expresión "fraudulento" o quizá mejor aún "delictuoso"²²⁸ (para, como se dijo antes, no excluir apropiaciones, hurtos, etc.). Es cierto que un código penal no debe diluirse en detalles alrededor de las conductas tipificadas. Menos todavía una ley penal en blanco; pero éstas son admisibles en la medida que **precisen** cuál es el **"hecho incriminador básico"**. Expresar que será delito obtener divisas **"por cualquier otro medio ilícito"** no es, en mi opinión, clarificar a cabalidad cuál es el **"hecho incriminador básico"**. Hay conductas como las que atentan contra el honor y las defraudatorias, que por la naturaleza de las cosas son difíciles de reducir a descripciones cerradas²²⁹; pero las disposiciones penales que las regulan son lo más **determinadas** en la descripción típica: **determinado** ha de ser el hecho imputado por el ofensor para que pueda ser difamatorio; y **capaces** han de ser las ofensas y los engaños para que puedan constituir en su caso los delitos de injurias y estafas. Mas no dejan estas leyes cerradas, respecto a las cuales **más nadie y menos la Administración agregará más nada**, un horizonte ilimitado que dé cabida a las más disímiles y aun injustas percepciones. Con mucha mayor razón tiene que alarmar un campo cultivado, como el tan dilatado del art. 7° ejusdem, para erróneas y hasta inicuas decisiones.

Con efecto: hay **ilicitud** en la conducta de quien no reintegre o venda divisas al Banco Central (Art. 21 de la Ley sobre Régimen Cambiario). ¿Cómo se garantiza que a alguien no se le ocurra que mejor debe ser castigado con la aplicación del Art. 7° ejusdem? Por supuesto: se podrá repetir hasta la extenuación que no se puede descargar la sanción penal porque el Art. 7° ejusdem se refiere a divisas obtenidas

ilícitamente y, al contrario, el Art. 21 ejusdem tiene que ver es con divisas adquiridas **lícitamente**. Y que por tanto lo adecuado es aplicar sólo la sanción administrativa del Art. 21 ejusdem. Sí; pero a quienes conozcan lo desconcertante de algunas decisiones judiciales venezolanas, no les tranquilizará del todo la exacta reflexión y máxime si se repara en que apenas dos letras diferencian las muy parecidas y emparentadas palabras "tener" y "obtener". Más: el Diccionario de la Real Academia señala: "*Obtener*" es "... 2. **Tener**, conservar y mantener"²³⁰ (subrayado mío). En todo caso, cualquier confusión al respecto, esto es, acerca de que la **ilicitud** descrita en la disposición administrativa citada (art. 21 ejusdem) pudiera ser castigada con una sanción penal, repugna a la justicia. Hasta un **olvido** puede hacer incurrir a una persona en el supuesto del Art. 21 ejusdem (no reintegro o venta) y esto demuestra la gran diferencia cualitativa que media en relación con la conducta de quien **alega causa falsa**. Y también con la conducta de quien utiliza cualquier otro medio **fraudulento o delictuoso**. En todos estos casos cualquiera ve la presencia de individuos guiados por un **obvio designio criminal**, quienes por ende merecen una **sanción penal**. Pero nunca ha de considerarse que merezca **sanción penal** quien fue víctima de un **olvido**.

El alegar causa **falsa** sitúa el tema en la naturaleza jurídica de la **estafa** porque, como enseña CARRARA, "... *la falsedad es compañera constante de todos los fraudes, puesto que la divisa del estafador es mentir siempre...*"²³¹. En este sentido (de su pareja índole con la estafa) se ha referido QUINTANO RIPOLLÉS a este delito con un ejemplo que, por su interés, deseo citar:

"Más explicables características de presunción de fraude ostenta el caso del número 9° (sic), en que se alude a la acción de falsear por exceso el importe de las obligaciones con el exterior; aunque este falseamiento más bien implicaría un grado de ejecución imperfecta, digamos de tentativa o frustración, al no lograrse, o al menos no aludirse, una efectividad del cobro. Actividad falsaria que, por lo demás, se reitera con harta mayor concreción en el siguiente número 10, al referirse a la obtención de divisas del Organismo autorizado para ello, mediante alegaciones falsas, así como a las aplicaciones diversas de las que fueron alegadas. Tipo que, por lo que tiene de mendaz procedimiento para el logro de ilícitos lucros, presenta netas afinidades con los de estafa, que no llegan,

*empero, a la identidad, porque las divisas obtenidas lo fueron mediante el pago de su teóricamente justo valor, estribando el fraude en el plus de valoración real paralela"*²³².

El ejemplo fue montado por QUINTANO sobre el supuesto de falsear por exceso el importe de las obligaciones con el exterior, al cual suele dársele en doctrina la denominación de "**sobrefacturación**"²³³. Tal ejemplo también contiene referencias a grados imperfectos de ejecución (tentativa y frustración), por lo que resulta pertinente oír una vez más un criterio de BAJO FERNÁNDEZ al respecto:

*"Figura específica lo constituye el falsear, por exceso, el importe de las obligaciones con el exterior (número 9, artículo 1). Este precepto está dirigido también al castigo de la obtención de divisas con causa falsa, pero no exige para la consumación dicha obtención. La consumación se cifra en la falsedad dirigida a la obtención de dichas divisas"*²³⁴.

Acerca de la ejemplarización propuesta en párrafos anteriores, creo alicionador citar en apoyo de la misma unos criterios de BAJO FERNÁNDEZ:

*"... Pero, además, el legislador no quiso que todo comportamiento autorizado indebidamente por la actuación ilícita del administrado dé lugar a delito monetario, sino que reservó para esta categoría los supuestos en que la actuación ilícita del administrado estuviera descrita como delito en algún tipo penal, dejando los casos en que la ilicitud no alcanza la categoría punitiva, como es el caso de las infracciones administrativas. ... como reconoce la doctrina en dichos supuestos en que la Administración emite una autorización no válida, faltaría normalmente el dolo del autor del delito monetario"*²³⁵.

Este momento consumativo podrá ser en España porque se refiere a la figura específica reproducida con antelación; pero en Venezuela, para que haya tal momento consumativo, es **indefectible** que haya la **obtención** (referencia objetiva del tipo), pues no está contemplada esa figura específica (como en España) y tal supuesto de hecho está incluido en el art. 7º de la Ley sobre Régimen Cambiario, cuyo tipo (normal y de mera descripción objetiva) comienza por "*Quien*

obtuviere divisas". Así que quien no las **obtuviere** mal podría ser considerado incurso en este delito.

El comportamiento de obtener divisas de manera ilícita absorbe la gravedad del comportamiento posterior, consistente en no ceder las divisas al Estado. Esta posterior no cesión no añade nada nuevo a la gravedad del hecho y constituye uno de los llamados "actos posteriores copenados", en cuanto son actos posteriores ya castigados con la pena prevista para el hecho anteriormente cometido (obtención ilícita de divisas). Por otra parte, nada impide la aplicación a este delito de la figura del delito continuado²³⁶.

2.3.3. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

En lo concerniente a la **antijuridicidad**, está claro qué debe tenerse por alegación de causa falsa. Sobre la fórmula "*cualquier otra forma ilícita*" ya se ha dicho bastante y, en principio, se refiere a la obtención de divisas fuera del mercado autorizado. En España se incluyen en el precepto tanto la adquisición de divisas de persona distinta al Banco de España y Entidades delegadas, como cualquier hecho delictivo de carácter patrimonial (robo, hurto, estafa, apropiación indebida, etc.) que dé lugar a la obtención de divisas²³⁷.

Culpabilidad mayor denota quien proceda del modo acriminado en el artículo parafraseado, ya que hay una mayor gravedad porque produce un daño mayor en la Economía pública (la Hacienda queda defraudada al entregar divisas sin existir contraprestación en mercancía) e indica un ánimo de lucro a costa del patrimonio ajeno, que no existe por ejemplo en las figuras de omisión del deber de ceder las divisas. Esta opinión, emitida por BAJO FERNÁNDEZ²³⁸, justifica la mayor penalidad contemplada en el art. 7º ejusdem. Con todo, este mismo autor, en otra obra suya, critica por "*innecesario*" este precepto penal e incluso habla de "*hipertrofia del Derecho penal en el ámbito del control de cambios*"²³⁹. Hay una patente contradicción con la "**mayor gravedad**" que asigna a esta conducta, puesto que si tales mayoridades han de ser castigadas sin sanciones penales ¿qué penas deberán ser postuladas para las conductas de menor gravedad?

Un supuesto de **estado de necesidad** refiere BAJO FERNÁNDEZ:

"Plantea Candela Más un interesante problema: si está justificada la obtención de divisas al margen de la Administración pública, para cumplir con una obligación contractual privada, cuando aquélla niega la concesión de las divisas por carecer de ellas. Según Candela concurre una verdadera causa de justificación. La cuestión se plantea en el sentido de si cabe el estado de necesidad del número 7 del art. 8 del Código penal. De aceptar la tesis jurisprudencial, según la cual no cabe tal causa de justificación cuando los bienes en conflicto son heterogéneos, habría que negarla en este caso en que colisiona un interés privado con otro público"²⁴⁰.

Al ser sujetos activos los extranjeros, a veces pueden incurrir con más facilidad en error (aspecto éste tratado en el primer capítulo).

Los casos de ignorancia del Derecho son excepcionales respecto a delitos previstos en todas las latitudes y longitudes del planeta por universales normas de cultura; pero cada día son más frecuentes y en especial en delitos como los monetarios, por la multiplicidad de leyes, su mayor complicación y por su folclórico esmalte político. Comentario éste, como los que siguen, de perfecta aplicabilidad a los otros delitos contemplados en la Ley sobre Régimen Cambiario.

JESCHECK sostuvo que en el nuevo Derecho, para juzgar acerca de la inevitabilidad del error de prohibición, es necesario conocer los **antecedentes del hecho**²⁴¹. Pues bien: en materia cambiaria, la "contemplación de los antecedentes del hecho" muestra que tales hechos eran permisibles y aun elogiados por la sociedad. Formaban parte importante de las normas de cultura. Esto propicia el error, al ser prohibido de repente lo que ayer no lo estaba e incluso era motivo de aplauso.

Este delito tampoco admite la versión culposa.

2.4. ARTÍCULO 8° DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO

"Artículo 8°.- Quien destine divisas adquiridas lícitamente de la autoridad competente a un fin distinto para el cual fueron concedidas, será sancionado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años y multa de uno (1) a tres (3) veces el equivalente en bolívares del monto de las divisas adquiridas".

2.4.1. NOTA PREVIA

La naturaleza jurídica del presente delito tiene un oriente de **abuso de confianza**²⁴², es decir, de **apropiación indebida**. En efecto, como se ha visto con antelación, uno de los requisitos indefectibles para que se dé la figura delictuosa de apropiación es que la posesión (del bien mueble que se apropiará luego) sea **legítima**. Requisito éste que se manifiesta desde el principio puesto que la transfirió **el propio dueño** (de dicho bien mueble), por lo cual también tiene la curiosa característica (quizá sólo compartida en alguna medida con la extorsión)²⁴³ de ser un delito **que requiere la colaboración de la víctima**. En este delito del Art. 8° de la Ley Sobre Régimen Cambiario **la víctima o sujeto pasivo es el Estado**.

Otros requisitos esenciales del delito de apropiación son que debe incidir o repercutir ésta sobre bienes muebles y que éstos se hayan recibido para un uso previamente convenido.

BAJO FERNÁNDEZ, al comentar la Ley española, cuyo correspondiente tipo fue copiado casi a la letra por el legislador venezolano, expresó:

*"Esta figura no presupone **necesariamente** una falsedad anterior, porque bien pudo nacer la intención de desviar la aplicación de las divisas con posterioridad a la solicitud de las mismas"*²⁴⁴ (subrayado mío).

Por supuesto que no presupone **necesariamente** una falsedad anterior, porque ésta no es requisito indispensable para que se dé tal tipo delictuoso; y, muy por el contrario, es una condición negativa, quiero

decir, que de haber falsedad "ipso-facto" se da otro delito y con mayor exactitud el del artículo 7° de la Ley sobre Régimen Cambiario. No podría ser de otra manera, puesto que lo que sí hace una falta indispensable para que se conforme el artículo 8° ejusdem es que las divisas sean obtenidas **lícitamente**. Quien con un dolo anterior al momento de recibirlas alegó causa falsa no las obtuvo de modo lícito sino ilícito, pues engañó e indujo al error a la autoridad, cuya entrega de divisas no fue - como parece- voluntaria, ya que su voluntad estaba viciada por el ardid y por ende no fue libre.

*"Este tipo de delito es una prueba más de la hipertrofia penal en el ámbito de los delitos monetarios. Téngase en cuenta que el destino de divisas, lícitamente adquiridas, a fin distinto del autorizado quedará incurso, en la mayor parte de los casos, en alguno de los otros tipos delictivos del artículo 6 (fundamentalmente exportación, adquisición de bienes en el extranjero y no cesión de divisas). De lo que se deduce la innecesariedad del precepto desde el punto de vista político-criminal"*²⁴⁵.

Como primer comentario a esta opinión de BAJO FERNÁNDEZ, debo insistir en que cada país genera sus diversas exigencias en torno a la criminalidad y cómo combatirla. En este aspecto juega papel preponderante la idiosincrasia de los nacionales. Es de sobra conocido que los venezolanos en general no profesan la debida obediencia a las leyes. Defecto del carácter debido, justo es advertirlo, más que a su índole al frecuentísimo vicio de no ser aplicada la justicia. Además, ocurre que nuestra Ley sobre Régimen Cambiario no contempla como delito el no ceder las divisas al Estado²⁴⁶. Esta conducta ha sido aquí desincriminada y sólo comporta la sanción administrativa del artículo 21 ejusdem:

"Quien conforme al Régimen Cambiario aplicable, esté obligado a reintegrar o vender al Banco Central de Venezuela la totalidad o parte de las divisas adquiridas lícitamente y no lo haga dentro de los quince (15) días continuos a la orden de reintegro o a la fecha de su disponibilidad material será sancionado con multa del 50 al 100 % del total de divisas o su equivalente en bolívares de dicho monto. En caso de reincidencia se aplicará el doble de la multa indicada".

2.4.2. ACCIÓN TÍPICA

Sujeto activo puede ser cualquiera e inclusive los funcionarios públicos, quienes también pueden recibir divisas y no destinarlas al fin autorizado. Aunque esto dependerá de si se les prefiere juzgar con arreglo a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público como se planteó con anterioridad. Por descontado, habrá que diferenciar el caso del funcionario público que reciba divisas en su condición de tal funcionario, y el de quien las reciba a título personal.

La **acción típica** consiste en **cambiar el destino de las divisas**. Esto presupone que quien recibe tales divisas de la autoridad competente, y por tanto las recibe lícitamente, está **obligado** a darles el uso para el cual fueron concedidas. Sin embargo: no está obligado **a todo evento** a darles dicho uso, esto es, el uso para el cual fueron concedidas. Me explico: alguien solicitó divisas para un fin y el Estado se las concedió para ese fin; **pero por causa de fuerza mayor no puede usarlas para tal finalidad**. Entonces sería inicuo castigarlo por no haber podido usarlas para el fin acordado. Iniquidad cuyo sustento probatorio está en la máxima "*ultra posse nemo tenetur*" ("*nadie está obligado a más de lo que puede*").

¿Bastará por eso que alguien justifique cambiar el destino de las divisas porque no las pudo usar para su anterior preordenación u original destino? **Es claro que no**. En tal contingencia surge **otra obligación** que suple a la precedente: **devolver las divisas al Estado**. Así que sobre quien recibe divisas del Estado pesan dos obligaciones: 1) la inicial o principal de usarlas en conformidad con el fin autorizado; y 2) la subsidiaria de hacer su devolución si ya este fin no era viable.

Esta obligación subsidiaria o supletoria origina una **excepción** al principio legal venezolano, que puede ser enunciado sobre la base de la Ley Sobre Régimen Cambiario, de que no ceder las divisas al Estado **sólo acarrea sanciones administrativas**. La **excepción** funciona así: si la obligación de reintegrar divisas al Estado se deriva del haberlas recibido **del Estado** para un fin que no se pudo alcanzar o tratar de alcanzar, el incumplimiento de la misma no merecerá sanciones

administrativas **sino penales**. Y, por consiguiente, no se manejará el Art. 21 ejusdem **sino el Art. 8º** que nos ocupa.

Lo anterior significa que los destinatarios de la Ley Sobre Régimen Cambiario pueden reproducir la **acción típica** del Art. 8º ejusdem, esto es, destinar las divisas a un fin distinto, no sólo cuando **en efecto** las apliquen a un fin distinto, sino también **cuando se queden con dichas divisas y aunque no las gasten para ningún fin**. Esto es evidente: la finalidad de solicitar unas divisas **puede ser la de quedarse con ellas**. Lo que sucede es que para llevar a cabo este plan no se requiere **gastar** esas divisas, sino solamente **guardarlas** o mantenerlas **en su posesión** quien las solicitó y recibió del Estado **para un fin distinto al de atesorarlas**. O aunque no hubiera el plan de atesorar dichas divisas, el solo hecho de no usarlas y mantenerlas guardadas ya significa que **tuvieron un fin** (aunque no respondiera éste a una idea preconcebida) diferente al que se arguyó para solicitarlas y para el cual fueron concedidas.

No está de acuerdo con este punto de vista BAJO FERNÁNDEZ, cuando señala:

*"De este modo, la consumación del delito para el no residente se cifra en el momento en que aplican las divisas a otros fines, sin que pueda considerarse consumado el hecho por simple transcurso del tiempo sin utilizar las divisas, aun cuando esto signifique la imposibilidad de aplicar las divisas al fin autorizado"*²⁴⁷.

Antífrasis evidente constituye tal opinión de BAJO FERNÁNDEZ: no se comete delito de cambiar el fin de las divisas aunque haya **"la imposibilidad de aplicar las divisas al fin autorizado"**. Esta frase no se comprende porque contiene afirmaciones de sentido contrario. Una situación es la de que sea imposible destinar las divisas al fin para el que se recibieron, en cuyo caso no hay en principio delito, **como ya lo destacó "ut-supra"**; y otra situación, bien distinta por cierto, es la de que la persona que tuvo la imposibilidad de dedicar las divisas al fin autorizado por el Estado cuando se las dio, **atesórelas y no las reintegre por tanto al Estado**. En otras palabras: si alguien recibe divisas y no las puede destinar al fin autorizado no hay

delito **con tal de que las devuelva al Estado**. Lo que no se puede es pretender que como atesorarlas no es usarlas en sentido estricto para un fin "activo" sino para un fin "yerto", no se comete así el delito porque no se destinaron las divisas adquiridas de la autoridad a un fin distinto para el cual fueron concedidas. **Este razonamiento es un sofisma**. Es obvio que el Estado no dio las divisas para que fueran atesoradas sino **para otro fin**. Bien está que no se hayan usado para tal fin autorizado porque medió imposibilidad; pero en tal caso se debió devolverlas al Estado. El no hacerlo **desarrolla la conducta delictuosa de cambiar el destino de las divisas**.

Lo que sucede es que se puede cambiar el destino de las divisas mediante una conducta **comisiva u omisiva**. En otras palabras: se cambia el destino de las divisas si se le da otra destinación o también **si no se le da un destino de hacer**, o sea, si se le da un **destino de no hacer u omisivo**. Ambas actitudes son injustas. Las ejecutorias criminosas pueden consistir en **acciones** (propia mente dichas) o también consistir en **omisiones** (igualmente comprendidas en la denominación genérica de "acciones"). Lo mismo da matar a un niño de un golpe o no suministrándole alimento, y cuidado si esto último es todavía más perverso. Lo mismo da cambiar el destino de las divisas por acción u omisión. El desvalor de la "**acción**" (englobando la omisión) es igual o al menos de un parecido patrón o rango. Tanto es así que en la ley española **es delito no devolver las divisas al Estado**. Y en Venezuela, que como se sabe tomó de modelo esa ley española, también era delito en el Proyecto del Ejecutivo. Sin distinguos. Ni aquí ni allá había diferencia entre devolver divisas que se recibieron del Estado para un fin y entre devolverlas en cualesquiera otras circunstancias. **Pero aquí el legislador desacriminó el no devolver divisas al Estado y a tono con su menor gravedad le dispensó la sanción administrativa del Art. 21 ejusdem**. Es lo mismo que haber ordenado: **a veces sí será delito** la no devolución de divisas al Estado y **a veces no será delito** idéntica conducta. O peor aún: **nunca ello será delito aunque sea perfectamente típico e injusto**.

En efecto: si por cualquier circunstancia se recibieron (y no del Estado) divisas, el incumplir la eventual obligación de cederlas se

sancionará de acuerdo con el Art. 21 ejusdem. Y si se recibieron divisas del Estado para un fin frustráneo y no se devolvieron, no pasa nada en lo penal porque también se debe proceder (dirán muchos y aceptarán otros tantos) de acuerdo con la disposición administrativa del Art. 21 ejusdem. Cuando en realidad se debió juzgar y castigar de acuerdo con la disposición penal del Art. 8° ejusdem o, **si se hubiera dejado el correspondiente tipo del Proyecto**, con el delito específico de no ceder divisas al Estado. Pero, como se ha dicho, el legislador quitó carácter delictuoso a esta conducta. Modificación muy poco afortunada porque puede (y es lo más probable) quedar impune **pese a ser típica**, por el plausible imperativo de aplicar la disposición más favorable. Sin embargo, tal debe regir cuando se trata de disposiciones que regulan **idéntica** conducta, pero, por las razones que daré después, me parece que debidamente mensuradas aparece una clara **diferenciación** que justificaría su desigual tratamiento jurídico.

Ahora bien: tomando el hilo de un razonamiento anterior ¿qué pasa si las divisas se reintegran ya vencido el plazo de quince días? Me parece que debe aplicarse el artículo 21 de la Ley sobre Régimen Cambiario (que contempla una sanción administrativa) y no el artículo 8° ejusdem (que contempla una sanción penal). Es lógico pensar que si tal plazo es excedido por mucho tiempo **no hay diferencia significativa con el hecho de atesorarlas "sine día"**. Proceder éste que, al menos en mi opinión, sí apareja una connotación delictuosa. Pero lo cierto es que dicho proceder (de reintegrar con tardanza las divisas) se corresponde a la perfección con el considerando del artículo 21 ejusdem y, por lo tanto, será éste aplicable y no ningún otro. Este inconveniente, como se dijo, nace del hecho de haberse quitado en Venezuela carácter criminoso a semejante supuesto.

Reconozco que el supuesto de hecho del artículo 21 ejusdem no únicamente se refiere a que las divisas se reintegren con demora, es decir, excediendo el lapso fijado, sino también a la simple falta total de reintegro, es decir, al que no se hizo nunca. En efecto: no reintegrar o vender al Banco Central de Venezuela las divisas "*dentro de los quince días continuos a la orden de reintegro o a la fecha de su disponibilidad material*", puede ser un comportamiento que se lleve a cabo porque las divisas se reintegraron o vendieron después de dicho plazo, o también, **porque las**

divisas no se reintegraron ni vendieron jamás. En este orden de ideas pudiere alegarse que la falta absoluta de reintegro o venta **no encaja en el tipo delictivo del artículo 8º ejusdem sino en el supuesto administrativo del artículo 21 ejusdem.**

Siguiendo con la idea que se viene plasmando, resulta indiscutible que se pueden hacer las aseveraciones siguientes: 1) **Hay obligación de ceder las divisas al Estado;** y 2) **El incumplimiento de dicha obligación es sancionado por la Ley Sobre Régimen Cambiario.**

Respecto a la primera, esto es, a la existencia de una obligación de ceder las divisas al Estado, su comprobación está en el Art. 21 ejusdem que la establece de modo **explícito**. Y, mientras tanto, como ya expresé antes, creo ver en el Art. 8º ejusdem el **implícito** establecimiento de la misma obligación. Así lo ve también BAJO FERNÁNDEZ cuando comenta este delito (copiado a la letra por el legislador venezolano)²⁴⁸: *"..., las divisas cuya utilización ha sido autorizada deben de ser aplicadas al fin concreto autorizado o cederlas al Estado de nuevo..."*²⁴⁹. Con este comentario, dicho sea al pasar, **contradice** su anterior afirmación (a la que calificué de "antífrasis") de que no se comete delito por *"el simple transcurso del tiempo sin utilizar las divisas"*, pero, debe añadirse, **¡sin tampoco devolverlas!** Habría el absurdo de que la disposición penal fije, como admite BAJO FERNÁNDEZ, una obligación, aunque sea de manera tácita, **pero que la sanción a su incumplimiento sea remitida a una disposición administrativa.**

Respecto a la segunda aseveración, tan incontrovertible como la primera, de que incumplir la obligación de ceder las divisas al Estado (ya sea por reintegro o por venta) está sancionado por la Ley Sobre Régimen Cambiario, su demostración palmaria está en el Art. 21 ejusdem, el cual de forma expresa pauta la sanción correspondiente. El busilis de la cuestión que se ha venido planteando es si el Art. 8º ejusdem instituye, de modo virtual, sanción penal **también para quien no ceda las divisas al Estado** (no ceder *"de nuevo"*, como dice BAJO FERNÁNDEZ)²⁵⁰. Eso sí: en caso afirmativo habría una condición irremplazable: **que las divisas hayan sido recibidas del Estado para un uso determinado.**

Tampoco hay extravío si se afirma que las divisas pueden provenir del Estado u otra fontana. La segunda posibilidad podría verificarse, por ejemplo, cuando los exportadores reciban divisas de sus clientes en el exterior. Dichos exportadores tienen obligación de ceder esas divisas al Estado, salvo el caso del R.E.F.E. (ver Anexo I). El incumplir tal obligación los expone a una sanción, **que no podrá ser diferente a la del Art. 21 ejusdem**, pues falta la indispensable condición de que las hayan recibido del Estado. Incumplir tal obligación es malo, sin duda; pero **es peor** incumplir tal obligación **cuando las divisas que debieron ser cedidas provinieron del propio Estado**. Estimo **peor** esta conducta porque **traicionó** nada menos que la **confianza del Estado**. El **disvalor del acto** es mayor, a mi entender, en quien no cedió al Estado las divisas que recibió de unos clientes extranjeros, por ejemplo, que en quien no cedió o, mejor aún, no **devolvió** al Estado las divisas que recibió **del Estado**. Creo que se violenta más un deber del mismo rango cuando no se **devolvió** que cuando no se entregó. La no devolución implica una conducta **proditoria** y más repulsiva por lo tanto. El delito de apropiación, como se ha dicho, se llamó en sus principios "**abus de confiance**". Y el ordinal 9º del Art. 77 del Código Penal establece como circunstancia agravante de todo delito el "**Obrar con abuso de confianza**"²⁵¹.

Pues bien: es verdad que se dice (y también se discute)²⁵² que las leyes penales **siempre** deben ser interpretadas en beneficio del reo²⁵³ y que con mayor razón ha de ser **restrictivo** el criterio para juzgar las que impongan castigos; **pero si es verdad que resulta más grave no devolver al Estado las divisas que confió, quizá se justifique aceptar sin vueltas que tal acción está incluida en el Art. 8º de la Ley Sobre Régimen Cambiario**.

Para juzgar acerca de lo anterior, así como acerca de otras materias contenidas en los delitos monetarios, es decisivo el alcance que se dé al **bien jurídico** protegido en este tipo de leyes y, en particular, en lo que a Venezuela concierne, en la Ley sobre Régimen Cambiario. No es igual abusar de la confianza del Estado en perjuicio de **su** interés en controlar los cambios, perjudicando esporádicas y aun antojadizas políticas económicas, que abusar de su confianza **en perjuicio de la Economía**.

Otro aspecto: el Estado da divisas a una persona o solicitante para que haga de ellas un uso determinado para un fin preestablecido; pero este fin se frustró y no fue factible usarlas al efecto. Hasta aquí no hay incumplimiento con tal de que devuelva las divisas. Mas al punto sobresale una vacilación: **¿cuál es el plazo para devolverlas?** No debe ser el de quince días, establecido en el Art. 21 ejusdem, porque parece demasiado breve para que con fundamento se pueda saber si el fin es factible o no. Es oportuno recordar la gran complejidad que caracteriza el mundo de las finanzas y sobre todo en el área del comercio internacional. Oportuno asimismo es hacer notar que lo del plazo también marca diferencias entre la obligación de ceder divisas en general y la obligación de hacer devolución de las mismas **cuando se recibieron del Estado para un fin determinado**. En verdad, pudiera requerirse un lapso mayor de quince días para saber si será o no posible alcanzar el fin para el cual confirió el Estado esas divisas.

En suma: **¿cuál es el plazo para devolverlas?** Esta es una duda saludable; pero lo que está fuera de toda duda **es que tiene que haber algún plazo**. Porque no es posible que el Estado dé unas divisas para un fin específico y, como éste no **ha sido** hacedero, se abra un ciclo inacabable para que se declare con la debida formalidad ante la autoridad que **no fue** posible tal fin y se devuelvan las divisas. Éstas, mientras tanto, quedan en una especie de limbo por demás inconveniente a los fines del Estado y la Economía nacional. Debe, pues, haber un plazo para saber y declarar que no es alcanzable el fin propuesto y autorizado. Plazo que no debe ser tan exiguo como el de quince días, ni tampoco imperecedero.

Otro enfoque: imagínese a una persona que recibió divisas del Estado para un fin especificado y que no las pudo usar porque dicho fin fue inviable. Pero no devolvió las divisas ni las retuvo: las usó **para otro fin**. Se dirá cual fulmen que se cometió el delito porque precisamente consiste en eso: en cambiar el destino de las divisas. Esto, que según toda traza es irrefutable, pudiera sin embargo sujetarse a una distinción: aquel otro fin puede ser **muy diferente** o **muy similar** al inicial o autorizado. En el último caso ¿se justifica la sanción penal? Repárese en que, incluso, el fin sustituto podría ser más beneficioso que el sustituido. Una hipótesis casi exacta recoge la Ley Orgánica de Salvaguarda del

Patrimonio Público, cuando en su Art. 60 se refiere a la **malversación** que, por coincidencia, también participa (como el delito del Art. 8° de la Ley Sobre Régimen Cambiario) de la índole jurídica de la **apropiación indebida**. Y se puntualiza que habrá malversación si se diere a los fondos aplicación diferente a la presupuestada o destinada "**aun en beneficio público**". Este rigor, autorizado en general por versar sobre **fondos públicos**, y autorizado en particular por el desmadre venezolano al respecto, ¿está justificado en el caso del Art. 8° analizado? Nunca se insistirá lo bastante en que mucho depende de la jerarquía reconocida al **bien jurídico**. Esto y el verdadero daño económico que, acerca de las eventuales jerarquías aceptadas, pueda causar la conducta tomada como ejemplo, darán la medida de la interpretación teleológica del tipo. Colofón obligado es el principio de que "*donde no distingue la ley no debe distinguir el intérprete*". Sin embargo esto ha sido rechazado²⁵⁴ y a veces se acepta una interpretación restrictiva que, incluso, puede tener conexión con la analogía "*in bonam partem*"²⁵⁵. Nunca debe olvidarse que, ontológicamente, es inmanente a los **finés** la gran dificultad de realizarse **con toda exactitud**. De allí que se haya de ser **cauteloso** en apreciar la verdadera **distinción** de los fines y evitar darla por sentada por insignificantes variaciones.

2.4.3. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

Además de las referencias que por fuerza han venido intercalándose con anterioridad respecto a este artículo, hay lo siguiente:

El injusto consiste en destinar las divisas a un fin **distinto** para el cual fueron concedidas. Por tanto no comete delito el venezolano que se encuentre físicamente en el extranjero y reciba en pago de trabajo billetes extranjeros, si usa éstos a discreción. Incluso está liberado de la obligación administrativa de vender o ceder (en este punto es oportuno revisar el Anexo II).

Ya se ha visto cómo subyace una obligación de "ceder", en sentido amplio, las divisas que no pudieron usarse para el fin predeterminado. Esta obligación y en general la de vender o cederlas fue despenalizado. Mas vale la pena recordar que la existencia de una

plurinormativa en cuanto a la obligación de vender o ceder, es decir, el haberse acumulado en exceso las normas sobre esto, puede hacer muy difícil y aun imposible conocer a cabalidad los límites o alcances de tal obligación de vender o ceder. Y todo esto, desde luego, prepara el ambiente para que se dé un verdadero error de prohibición. Tema éste que fue tratado con alguna amplitud en el primer capítulo y que interesa no sólo en este aspecto sino en general, tanto en lo concerniente a este artículo de la Ley como a los otros que contienen sanciones penales.

Al ser sujetos activos los extranjeros, a veces pueden incurrir con más facilidad en error.

Este delito no admite la versión culposa.

Desde otra vertiente y en palabras de BAJO FERNÁNDEZ:

"Problema especial plantea el concurso con el delito común de malversación de caudales públicos. El hecho de que las divisas se manejen normalmente por los Bancos privados considerados como Banca delegada del Banco de España, provoca la interrogante de la posibilidad de operar con los artículos 394 y siguientes del Código penal. Habría que preguntarse si la Banca delegada (es decir, sus órganos) son funcionarios públicos conforme al art. 119 del Código penal. Habría que preguntarse también si las operaciones permitidas a la Banca delegada constituye ejercicio de funciones públicas. Y si esto es así, habría entonces que averiguar si las divisas son causales o efectos públicos a los que se refieren los arts. 394 y siguientes del Código penal, o al menos, caudal depositado por Autoridad pública a que se refiere la malversación impropia del art. 399.

*Aunque los órganos de la banca delegada no se considerasen funcionarios públicos a efectos del delito de malversación, es lo cierto que la jurisprudencia ha considerado a las Cajas de Ahorro como establecimientos de beneficencia a efectos del art. 399. Con lo cual las operaciones realizadas por las Cajas de Ahorro aplicando las divisas a fines distintos de los que son debidos podría dar lugar a un delito de malversación"*²⁵⁶.

2.5. TIPO DE PENALIDAD ESTABLECIDA EN LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO

Hay penas corporales cuya magnitud permite, como debe ser, obtener la libertad bajo fianza. Las personas que cometan esos delitos no revisten peligrosidad social en sentido estricto (no apuñalan gente, ni violan, ni matan).

Hubo un intento de substituir dichas penas corporales por el confinamiento, como se vio en otra parte de este trabajo, con lo cual se intentó trasfundir exóticas esencias al sistema penal venezolano y, si el Ejecutivo no devuelve la Ley alegando que la suavidad de las sanciones estimularía la impunidad, por poco lo dejan desfalleciente. (Hay en general el prurito de abominar con las más variadas poses la represión y se olvida o se finge ignorar que el país clama precisamente por **autoridad**. La **demagógica** actitud es apuntalada con propuestas de "cárceles abiertas" y libertad "vigilada", aun a sabiendas de que no ha sido posible en Venezuela lograr una estructura administrativa y/o penitenciaria que garantice tal cometido. En el Canadá dicha vigilancia es tan estricta que algunos han pedido que los devuelvan a prisión con tal de no padecerla. Con un sistema así es posible que la libertad "vigilada" funcione y sería lo ideal; pero no es nuestro caso). ¿Habría una supervisión adecuada de los dichos confinamientos? Aquí todos conocemos la respuesta.

Ahora bien: a mí me parece una falta de seriedad muy grande que una Ley fulmine penas de prisión en diversos casos, como por ejemplo (y en la Ley que no aprobó el Ejecutivo) de 1 a 4 años en el caso del Art. 6º y de 1 a 5 años en el caso del Art. 7º, y que, a continuación, en el Art. 11, diga lo contrario, esto es, que **nadie** irá a prisión si comete éstos u otros delitos tipificados en la Ley: decía esto la Ley porque, ni más ni menos, tal significa expresar que **en todo caso** de imposición de la pena de prisión como consecuencia de la aplicación de la ley en cuestión, el juez, **en cualquier momento**, deberá substituir la por el confinamiento, "**¡a solicitud del reo!**". Esta última "posibilidad", planteada con cierta solemnidad por el legislador, también me parece, y podría estar equivocado, que demuestra más la tónica poco seria de aquella Ley en este punto: porque, en efecto, ¿podrá plantearse con toda seriedad la

posibilidad de que un condenado no haga esa solicitud? ¡Es evidente que todos la harían! Entonces, creo, no es muy ortodoxo proclamar en las leyes verdades consabidas o de perogrullo y menos aún en forma de "posibilidad", esto es, que puede o no darse, o, en otras palabras, como si al reo le quedara otra alternativa razonable. A mi entender, hubiera sido mejor, y más cónsono con el rigor (en términos de sobriedad y no de dureza) que debe adornar la ley penal, que la Ley sobre Régimen Cambiario hubiera sentado, desde un principio, y ya que les pareció el confinamiento la condigna sanción, que todas aquellas personas que incurrieran en los delitos tipificados en dicha ley, serían castigados con la pena o sanción penal de confinamiento (porque como tal sanción penal -de tipo corporal- está establecido el confinamiento en el art. 9º, ordinal 5º del Código Penal) y explanar las condiciones. También creo que por lo menos es muy feo decir que se va a hacer algo y de inmediato decir que no se va a hacer. Y sobre todo es bastante inelegante, por decir lo menos que ya es decir bastante, que sea la propia ley penal, que por su misma naturaleza debe ser la más adusta de todas, la que anuncie que hará algo y de seguidas afirme lo contrario. Esto pareciera una teatralidad, o bien inspirada por el deseo de quedar bien con todo el mundo (tanto con los que exigían penas severísimas como con los que no querían ninguna); o bien inspirada esa teatralidad en querer intimidar al fulminar penas de prisión cuando, en realidad, no habrá prisión porque así lo dispone casi a renglón seguido el mismo cuerpo legal: pero se necesitaría que fueran unos mentecatos quienes se dejen intimidar por una ley que dice pero no dice; amenaza y no amenaza; como si dijera "sí amenacé con prisión, pero eso era una broma: la verdad es que nadie irá preso, con la única condición de que diga que no quiere ir preso". Y éste no es el caso (ser tontos) porque los señores que se dedican al comercio internacional y deben usar divisas no lo son exactamente.

De manera que considero afortunado el haber quitado eso del "confinamiento en todo caso", pues la sanción penal no debe quedar convertida en mera finta y el país requiere de más **seriedad**. Las leyes hay que promulgarlas de acuerdo a las características de cada nación.

Sin embargo: creo exagerada la estrictez de la sanción del art. 23 ejusdem cuando el incumplimiento sea "*por parte de un banco (sic), casa de cambio u otro operador autorizado*". No debe olvidarse que son

instituciones que han recibido autorización estatal para operar con dinero del público y la confianza de éste. Y que muchos banqueros o administradores de tales instituciones financieras no han respondido con integridad ni a la autorización estatal ni a la confianza de sus clientes. Estas verdades, empero, no deben conducir a la injusticia de considerar a todos los banqueros, administradores y/o accionistas de instituciones financieras como delincuentes y de juzgarlos con exceso, porque también es verdad que muchos son personas honradas.

2.6. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO

2.6.1. NOTA PREVIA

La brevedad de este acápite no está a la altura de la importancia de su intitulación. No obstante, la extensión dedicada a la situación de las personas jurídicas (a partir de la pág. 48) en el marco del Derecho Penal económico y, por supuesto, de los delitos monetarios, permite la licencia de tratar ahora solamente dos aspectos de la cuestión.

2.6.2. AGRAVACIÓN DE LAS PENAS

El trato reservado a las personas jurídicas es severo. El art. 10° ejusdem comporta agravaciones que necesariamente habrán de recaer en algún sentido en tales personas jurídicas. El art. 14° ejusdem contempla otras sanciones "sui generis". El art. 23 ejusdem (aunque ya esto pertenece a las infracciones administrativas) es de una particular rigurosidad respecto a los "bancos" (sic), casas de cambio u otros operadores autorizados. Y el art. 13 ejusdem presenta dos aspectos que deben ser comentados: el primero, atinente a la participación culpable de quienes actúen por las personas jurídicas, ya lo fue (comentado) y con largueza (desde la pág 56); y el segundo atañe a la expresión legal "*en su interés exclusivo y preferente*".

2.6.2.1. BENEFICIARIAS O INSTRUMENTOS DEL DELITO

Óigase al Prof. español LUIS RODRÍGUEZ RAMOS sobre el particular:

"BENEFICIARIAS O INSTRUMENTOS DEL DELITO. Mayores dificultades interpretativas supone la clarificación de la equivalencia entre el carácter instrumental de la entidad u organización para la comisión del delito y que tal ente sea el beneficiario de dicha infracción, máxime cuando un nuevo elemento de la agravación se refiere a 'una especial facilidad para la comisión del delito'. Respecto a la instrumentalidad, no hay duda de que significa que la entidad u organización se utilice como medio para la infracción monetaria, amparándose o aprovechando su actividad comercial o de otra índole; en cuanto al beneficio que corresponde a la entidad interpuesta, parece que quiere significar no ya la utilización de nombre o apariencia que facilite o posibilite la realización del delito, por tratarse entonces de un supuesto de instrumentalidad, sino más bien de que los frutos o ventajas económicas de la operación monetaria delictiva redunden en favor de la entidad u organización que suponga facilidad para la comisión del delito, en el sentido de que la contabilización de tales beneficios procedentes de la ilícita operación monetaria supongan un obstáculo para el descubrimiento, persecución y castigo del delito más que un medio para su comisión propiamente dicha. Podría decirse como resumen que la instrumentalidad significa utilización de la entidad antes y/o durante la comisión del delito, mientras que el beneficio tiene más bien que ver como factor agravante autónomo con actuaciones posteriores a la infracción análogas al encubrimiento" 258.

2.6.2.2. SITUACIÓN DE INDEFENSIÓN INCONSTITUCIONAL

Comentario aparte merece el Art. 15 de la Ley sobre Régimen Cambiario, referido a indicios de responsabilidad de una persona jurídica, en cuyo caso, "**... el juez notificará a su representante legal, quien podrá exponer sus alegatos en el acto de cargos...**". Parece significar esto que dicho representante legal **no podrá alegar con anterioridad**, lo cual es **inconstitucional** por desconocer el derecho a la defensa, "**inviolable en todo estado y grado del proceso**" según el Art. 68 de la ley suprema. Sería otra versión (ahora en un "juicio correccional") de

una arbitrariedad reiterada por algunos jueces al no recibir alegaciones antes del auto de detención, esgrimiendo el decadente y sofisticado criterio de que el proceso se inicia con el auto de detención a pesar de que hay una persona interrogada sin juramento e indiciada y por lo tanto amenazada en su libertad, que tiene derecho a defenderse antes del auto de detención y precisamente para intentar evitarlo. No aceptarlo así e impedir al procesado alegar en su favor **apenas se inicie la investigación** es la aberración de permitir el derecho constitucional a la defensa **cuando ya el mal está hecho**, esto es, cuando ya se dictó un auto de detención o verdadera condena en la práctica, pues acarrea sufrimiento, descrédito y todo género de calamidades. Idéntica crítica, "mutatis de iure mutandis", debe dar contra el despiritado Art. 16 ya transcrito. Suponer el derecho a la defensa, de rango constitucional, a partir exclusivamente del auto de detención **o del acto de cargos**, es decir, **cuando ya se produjo el daño**, es una irrisión propia de un ambiente tan irrespetuoso del Estado de Derecho que no permite al indiciado (**¡excepto si es por tráfico de drogas!**) estar acompañado por su abogado en la importante y a veces decisoria "informativa" (primera declaración). En suma: **es lamentable que la Ley sobre Régimen Cambiario impida el alegar durante la investigación y así contenga una disposición adjetiva en holocausto de la libertad.**

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BAJO (87): 449 s.
2. Manual de Términos Bancarios del Banco Provincial, (²86).
3. BAJO (78): 481.
4. BAJO (87): 451.
5. BAJO (78): 454.
6. JIMÉNEZ (⁴64): I, 31.
7. Ib., 58.
8. BUSTOS (²): 286.
9. Es la opinión del Prof. QUINTANO RIPOLLÉS. Empero, en nuestra legislación tipificadora de los delitos económicos, quizá sean los delitos bancarios los más afines a los crímenes comunes. En efecto, los comportamientos incriminados en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras están más consubstanciados con aquellos y, en concreto, con la apropiación indebida y sobre todo con la estafa. QUINTANO (63): III, 835.
10. Aunque he observado que todos los autores (al menos los consultados por mí) colocan con letra inicial minúscula esta palabra y así expresan "Derecho Penal económico", he preferido usar la mayúscula, entre otras razones, porque la minúscula puede dar a entender que se trata de un Derecho "económico" en términos de **"barato"** y no es así. Incluso tal es una irrisión porque no hay rama del Derecho Penal que se ocupe de asuntos más **caros** en términos de **costosos**.
11. BAJO (78): 36 s.
12. TIEDEMANN (93): 32.
13. Ib., 249.
14. Ib., 253 s.
15. QUINTANO: O.c., 819.
16. TIEDEMANN: O.c., 231.
17. Programa "Diálogo con..." de Carlos Croes, 9/10/94.
18. QUINTANO: O.c., 820 s.
19. JIMÉNEZ: O.c., 58.
20. BAJO (78): 457 s.
21. BAJO (87): O.c., 452.
22. TIEDEMANN: O.c., 254.
23. BAJO-COBO (85): 61.

24. SOLER (51): I, 155.
25. JESCHECK (³81): 377.
26. JIMÉNEZ: Vid (ut) supra, in nota 19.
27. TIEDEMANN: O.c., 183.
28. Id., 32.
29. JIMÉNEZ: O.c., 55 s.
30. RODRÍGUEZ-SERRANO (⁹16): I, 33, 35.
31. ALTAVILLA **señaló**: *"El desarrollo de la industria impone una serie de precauciones para proteger la vida humana, que exigen gastos que un avaro no querría afrontar. Él es capaz de confiarle a un incompetente, a un niño, una tarea delicada, con tal de pagar menor salario; deja sin reforzar una excavación, para ahorrar madera; dirige él mismo una obra, por no pagarle a un ingeniero; sigue usando neumáticos viejos por no comprar nuevos, etc. Por esto observa muy bien Ferri: 'El que da muerte a un hombre con un cuchillo es condenado como homicida; pero también es homicida, aunque en forma indirecta, el capitalista que, al explotar una mina, no pone en ella los aparatos preventivos necesarios, por ambición de mayor ganancia'. La sicología del avaro nos lleva hasta los confines de aquellas formas maníacas que pueden encerrarse en la palabra coleccionismo, ya que el dinero pierde su valor como medio de cambio, y se hace objeto único de un culto de conservación. El avaro presenta, además, un egoísmo sórdido (que le hace decir a Moliere 'c'est de tous les humains le moins humain') (de todos los humanos es el menos humano), un juicio limitado, una inteligencia de horizontes restringidos".* (³78): 451 s.
32. BAJO (78): 444 s.
33. BAJO (78): 31.
34. FERNÁNDEZ (78): 15,17.
35. Id., 24.
36. Id., 13,14.
37. BAJO: O.c., 456 s.
38. TIEDEMANN: O.c., 32.
39. JIMÉNEZ: O.c., II, 354.
40. Id., 641.
41. Id., 644 s.
42. Id., 646 s.
43. Ib. ib..
44. RANIERI (²75): I, 88 ss.
45. JIMÉNEZ (45): 188.
46. JIMÉNEZ: O.c., 643.
47. MANTOVANI (³93): 124 s.
48. Estos alcahuetes también son, a su manera, **antisociales**.
49. Sobre este "derecho de resistencia" ver a JIMÉNEZ DE ASÚA.

50. TIEDEMANN: O.c., 158.
51. MIR (285): 41.
52. COBO-VIVES (84): 138.
53. JIMÉNEZ: O.c., 371.
54. El Universal, 2-4, 17/9/94. Giuliana Chiapi.
55. El Nacional, D-5, 9/6/95. Remitido.
56. JIMÉNEZ: O.c., 311.
57. Vid (ut) supra, in nota 4.
58. Se ha puesto como ejemplo de ley penal en blanco el artículo 407 del Código Penal; pero no alcanzo a comprender el porqué.
59. QUINTANO: O.c., 835 y 892.
60. COBO-VIVES: O.c., 139.
61. BAJO (78): 467 ss.
62. RODRÍGUEZ-SERRANO: O.c., 189.
63. Ib., 1250.
64. JESCHECK: O.c., vii.
65. Ib., vii
66. JIMÉNEZ: O.c., 371 s.
67. A Núñez le parece criticable una que declara que no se viola la garantía de la ley previa al hecho del proceso, cuando la autoridad policial aplica una multa en virtud del reglamento dictado por el Poder Ejecutivo para la ejecución de la ley. Sin embargo, se trata de una verdadera delegación de la potestad legislativa. (El principio de reserva y el de la división de poderes prohíben que la facultad legislativa penal pase del Poder Legislativo al Ejecutivo. Y existe esa delegación siempre que el Legislativo hace pasar el ejercicio de ese poder al Ejecutivo, descargándolo sobre él). La Corte declaró que el Poder Ejecutivo, al crear esta infracción, se ha mantenido dentro de su facultad constitucional ("el reglamento debe estar siempre subordinado a la ley 'cuidando de no alterar su espíritu' ") porque el hecho previsto por el artículo del reglamento del Poder Ejecutivo reviste el carácter de una contravención de policía comprendida dentro de los fines generales de la ley (para cuya ejecución se dictó dicho reglamento) y el precepto particular de la misma ley, y porque el Poder Ejecutivo estaba facultado para crear "sanciones punitivas constituidas por el arresto o la multa, dado que la propia ley atribuyó expresamente al reglamento el derecho de aplicar multas dentro del máximo que la ley señala". Pero lo real es que la ley en general o sus incisos no determinan las conductas punibles ni siquiera genéricamente y que la interpretación más favorable a la doctrina de la Corte sólo puede llegar a ver en el inciso sexto una delegación implícita de la facultad legislativa penal, lo que está prohibido por la Constitución... *"La Corte mantiene en ellos su doctrina del tomo 148, pág. 430, declarando 'que no hay*

delegación de funciones legislativas al conferir al poder administrador o a ciertas reparticiones, la facultad de fijar específicas normas de policía, crear infracciones y fijar las sanciones correspondientes, dentro de límites establecidos por la misma ley, sino ejercicio de la facultad reglamentaria que preceptúa el inc. 2º del art. 86 de la Constitución nacional, conformada, es claro, al espíritu y letra de la ley reglamentaria' (tomo 156, pág. 323, consid. 2º). Esta doctrina borra la distinción entre la facultad de legislar y la de reglamentar, olvidando que según la propia doctrina de la Corte, por un reconocimiento desmesurado del dominio de la competencia administrativa 'no puede permitirse que se oscurezcan los límites del poder de delegación si hemos de conservar nuestro sistema constitucional', Fallos, tomo 182, pág. 375. En estos casos la Corte insiste en el error cometido en el tomo 148, pág. 430, de ver en normas legales la competencia penal, autorizaciones tácitas al Poder Ejecutivo para legislar sobre faltas policiales. Se trata, en efecto, de recursos instaurados en razón de que la autoridad policial aplicó multas por infracciones a sus edictos u ordenanzas. La Corte declara constitucionales esos edictos u ordenanzas, pues la facultad de dictarlas, dice, surge del art. 27 del Código de procedimiento penal de la Capital Federal -cuyo texto sólo dice: 'El juzgamiento de las faltas o contravenciones a las ordenanzas municipales o de policía, corresponde respectivamente a cada una de estas administraciones, cuando la pena no exceda de un mes de arresto o cien pesos de multa'-. Se deben oponer los mismos reparos a la opinión de la Corte en el tomo 176, pág. 285, respecto a que de acuerdo al art. 29 de la ley nacional N° 3959, debe ser penada toda infracción a las medidas que la ley y el reglamento establezcan para evitar la propagación de esas enfermedades' -de los ganados-. Esta opinión se ratifica en el tomo 188, pág. 555. En estos casos aparece patente la confusión respecto del fundamento y límite de acción del reglamento. Éste no puede crear otras infracciones que las establecidas por la ley, porque haciéndolo rebasaría su razón de ser (la ejecución del contenido de la ley) y su límite de acción (reglar los detalles necesarios para esa ejecución). Por otra parte, al admitir la Corte que la ley puede declarar punible en términos generales las infracciones a los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo, confunde el principio de la delegación. Por el contrario, resulta correcta la solución de los tomos 158, pág. 78, y 188, pág. 555. En el primero la ley restringe la punición a los hechos de fraude y el reglamento la extiende 'a cualquier infracción'. La Corte decide que no puede ser castigado el simple retardo en el pago del impuesto (ver págs. 88-89). En la segunda especie la Corte también aplica el principio de que para imponer una multa de carácter penal, es necesario que ella tenga su origen en la ley. En el caso, la ley nacional 4863 declara punibles ciertas conductas de los propietarios arrendatarios y usufructuarios u ocupantes de los terrenos atacados por las plagas a que se refiere su art. 2º, sin referirse para nada a las infracciones de los reglamentos del transporte dictados por el Poder Ejecutivo, en cuya virtud se ha impuesto la pena reclamada. La Corte declara que se ha violado el art. 18 de la Constitución nacional. Pero no obstante ser correctas estas dos últimas soluciones,

la Corte persiste en el error de considerar que la exigencia de origen legal de la infracción se satisface con que el Poder Ejecutivo esté tácita o expresamente autorizado por una ley para crear contravenciones y determinar sus penas... Abocada la Corte al problema de resolver cuál es el campo propio de la ley y cuál es el del reglamento, ha sostenido que el Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria constitucional, cuando simplemente se aparta de la estructura literal de la ley, modificando sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva, alterando los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas... Se puede observar que en relación a la ley penal, a la que la aplica la Corte, esta doctrina no resulta exacta, mereciendo ser objetada porque: a) en la ley, las palabras, los tiempos y modos de los verbos tienen un significado gramatical que ni los legisladores ni los jueces pueden modificar para privar a los habitantes de derechos y garantías acordados o reconocidos por la ley o la Constitución (Corte Suprema, Fallos, tomo 184,...) lo que tratándose de ley penal adquiere superlativo valor; b) resulta difícil aceptar que el Poder que solamente está dotado de la autoridad suficiente para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley ..., pueda modificar las modalidades de expresión empleadas por ella para crear las infracciones y determinar las penas; c) en materia de ley penal lo esencial es el medio -infracciones y penas-, el que no puede ser ampliado ni restringido en miras de la mejor consecución del fin de la ley (arts. 18 y 19 de la C.N.), so pena de incurrir en aplicación analógica o extensiva de la ley penal". (Ib., 372 ss.)

68. JIMÉNEZ (45): O.c., 94.

69. ID., II, 348.

70. 18. "La obra de BINDING y HOCHÉ constituye la primera propuesta seria de fundamentar medidas legislativas en este sentido. BINDING acentúa ciertamente la necesidad del 'respeto más absoluto a la voluntad de vivir de todos los hombres, incluso de los más enfermos, atormentados e inútiles', pero considera que el 'enfermo mental incurable... no tiene voluntad de vivir ni de morir'. El argumento principal de BINDING y las razones utilitarias aducidas por él encontraron repercusión en determinados sectores no sólo de juristas (KLEE, BORCHARDT), sino de médicos (HAUSWIRTH, suizo) y teólogos protestantes (THRANDORF, LEMME, TITIUS), consiguiendo una consagración 'legislativa' en el discutido Decreto 1º sept. 1939, dado por HITLER a finales de octubre y no publicado, por el que se establecía el exterminio de los enfermos mentales. La opinión pública contraria obligó en 1941 al propio HITLER a detener el programa de 'eutanasia'... No es posible dejar de observar que la destrucción de grandes masas de seres humanos no combatientes e indefensos en Europa durante la segunda guerra mundial fue precedida a veces de una insistente propaganda encaminada a demostrar que se trataba de 'parásitos', esto es, de seres 'inútiles'...". RODRÍGUEZ-SERRANO: O.c., 28 s.

71. El Universal, 1-4, 4/9/94. Arturo Uslar Pietri. "El miedo a la libertad".

72. JIMÉNEZ (45): O.c., 83.
73. ID. (76): 82 s.
74. BAJO (78): O.c., 31.
75. BREWER (75): 111 ss.
76. BAJO: O.c., 38 s.
77. ID (87): 399.
78. JIMÉNEZ: O.c., I, 171.
79. TIEDEMANN: O.c., 142.
80. Ib., 157.
81. Ib., 176.
82. Durante un Foro sobre los aspectos cambiarios, organizado por FEDECÁMARAS y que tuvo lugar en el Hotel Eurobuilding el 20 de octubre de 1994.
83. JESCHECK: O.c., 16.
84. Ib., 355.
85. PÉREZ LL. (83): 255 ss.
86. TIEDEMANN: O.c., 39.
87. TIEDEMANN: O.c., 263 ss.
88. Durante mi ejercicio profesional he tenido como clientes a muchas trasnacionales y sus representantes **nunca** han propuesto alguna incorrección.
89. JIMÉNEZ (463): III, 331.
90. Ib., 334.
91. Ib., 357.
92. Ib., 359.
93. JIMÉNEZ (45): O.c., 261.
94. BAJO (78): O.c., 112.
95. RODRÍGUEZ-SERRANO: O.c., 391 s.
96. TIEDEMANN: 232 ss.
97. JESCHECK: O.c., 300.
98. Ib., 307 s.
99. BAJO: O.c., 116.
100. El Nacional, D-4, 25/1/95. "Detectadas Empresas Fantasma creadas para sustraer divisas". Alicia Aguilar.
101. BAJO: O.c., 109 s.
102. Porque hay casos de omisión culpable.
103. L.O.P.M.A.T: Art. 33. Gaceta Oficial N° 3.850 extraordinario del 18 de julio de 1986.
104. No sólo en este caso podrán ser responsables de los delitos allí tipificados "personas humanas" distintas del empleador o persona jurídica, sino que tal podrá ocurrir también cuando ese empleador no sea una persona jurídica, **sino**

que sea una persona natural. Nada obsta a que una persona natural emplee otras personas para trabajar, sin necesidad de constituir una persona jurídica con ese fin. Sería injusto atribuir responsabilidad penal, de modo apriorístico, a ese empleador o persona natural. Lo jurídico sería buscar en el grupo que forma el personal contratado por dicho empleador la persona responsable así como se hace **cuando el empleador es una persona jurídica**. Si en este caso se acepta que puede haber un responsable distinto del empleador (o persona jurídica) no hay razón para no aceptar lo propio en el caso (perfectamente posible) de que sea una persona natural el empleador.

105. RANIERI (⁴⁷⁵): I, 329.

106. JESCHECK ha dicho: *"Las teorías de la adecuación y de la relevancia han sido sustituidas por criterios de imputación más precisos... IV. La nueva teoría de la imputación objetiva. La dogmática más reciente..., ha desarrollado una teoría de la imputación objetiva, que, si bien no ha sido fórmula todavía de forma acabada, ya revela qué grupos de casos deben contemplarse y qué criterios deben guiar su solución. Fundamento de la teoría de la imputación objetiva es la observación, deducida de la esencia de la norma jurídico-penal, que se halla también en la base de la teoría de la adecuación: sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición), cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico..."* (O.c.: 377 ss).

107. Ib., ib.

108. Se trata de proteger así el "honor objetivo".

109. BAJO-COBO: O.c., 232.

110. FERNÁNDEZ: O.c., 10 s.

111. TIEDEMANN: O.c., 166.

112. JESCHECK: O.c., II, 1014.

113. TIEDEMANN: L.c.

114. Ib., 169.

115. MIR: O.c., 1116.

116. JIMÉNEZ: III, O.c., 389.

117. Ib., 411.

118. Ib., 412.

119. Ib., 423.

120. Ib., 673.

121. Ib., 674.

122. Ib., 677 s.

123. ANTOLISEI (⁸ 88): 177 ss.

124. JIMÉNEZ: III, O.c., 679 s.

125. Ib., ib.

126. ARTEAGA (86): 183
127. JIMÉNEZ: O.c., 681.
128. JESCHECK: O.c., 295 ss.
129. TIEDEMANN: O.c., 167 ss.
130. BAJO (87): O.c., 403.
131. ID. (78): 120 s.
132. Ib., 113.
133. BAJO-COBO: O.c., 237.
134. TIEDEMANN: O.c., 221 s.
135. BAJO (78): O.c., 31 s.
136. TIEDEMANN: O.c., 9.
137. Ib., ib.
138. Ib., 275.
139. LEÓN (84): 63.
140. I.N.E.J. (85): 279.
141. TIEDEMANN: O.c., 98.
142. BAJO-COBO: O.c., 88 ss
143. I.N.E.J.: O.c., 283 s.
144. TIEDEMANN: O.c., 90 ss.
145. Sin embargo, el abogado FERNANDO FERNÁNDEZ, en un artículo publicado por El Universal, el 3 de febrero de 1995 (pág. 1-13), alertó sobre lo contrario: "1) *"En otras palabras, cesa el régimen administrativo pero no la punibilidad, lo que se traduciría en la posibilidad de aplicar sanciones penales aun cuando no exista control de cambios"*.

Me permití disentir del distinguido articulista en otro artículo publicado el 30 de marzo de 1995 en el mismo diario (2-2), en estos términos y luego de citar su opinión:

*"Eso no es cierto: **si no hay control de cambios es imposible castigar a quienes cambian.** Mal podría disponer eso la Ley sobre Régimen Cambiario y en efecto no lo prevé. Es imposible porque "control de cambios" es la intervención de la Administración en las actividades que supongan cobros o pagos exteriores y el control de las divisas o de los medios internacionales de pago. Es evidente que si no hay "control de cambios" y cesan las restricciones cambiarias no pueden cometerse delitos cambiarios: el Estado no puede castigar lo que permite. **Ninguna conducta al respecto encajaría en los tipos penales.** Así como hoy tampoco ninguna conducta desarrollaría el tipo del Art. 130 del Código Penal (sublevación en tiempo de guerra de alguna nación con Venezuela) por la simplicísima razón de que no hay ese tiempo de guerra. Pero tal no significa que dicho artículo no esté vigente y que no sea ello del todo razonable. Así como es razonable el Art. 1º de la Ley sobre Régimen Cambiario al preceptuar que "Esta Ley tiene por objeto determinar el alcance del régimen aplicable*

cuando existan restricciones a la libre convertibilidad de la moneda y las sanciones correspondientes a quienes las contravengan". Esto, según el abogado Fernández, es la causa del mal que critica: "Lo cierto es que la Ley Penal no cesará en su vigencia aun cuando cese el régimen de control cambiario".

*Pues bien: la Ley sobre Régimen Cambiario sigue vigente pese a que concluya el control administrativo de cambios porque "las leyes sólo se derogan por otras leyes" (Art. 177 constitucional) y en previsión de futuras crisis económicas. Lo mismo hace Alemania (que goza de una libertad casi absoluta en materia de divisas) pues hay una ley general en blanco ("Aussenwirtschaftsgesetz") no para regular supuestos inexistentes por ahora sino pensando en las futuras disposiciones administrativas que puedan ser necesarias para salvar la Economía Nacional. Pero ni aquí ni allá denota eso que se pueda fulminar penas sin aquellas disposiciones administrativas que colmen el vacío de la ley abierta o en blanco. La conducta descrita en tales disposiciones también forma parte del tipo de la ley. Si no hay control de cambios ni correspondientes disposiciones administrativas complementarias de los tipos delictivos de la Ley sobre Régimen Cambiario es obvio que no puede haber conductas delictivas, en consonancia con el moderno apotegma "no hay crimen sin tipicidad". En este sentido expresa esta Ley que "cuando existan restricciones a la libre convertibilidad". **Al no haberlas todo proceder cambiario sería atípico.** Como lo sería toda sublevación sin guerra en relación con el Art. 130 del Código Penal".*

146. El mismo abogado FERNÁNDEZ, en el artículo citado en la nota precedente, expuso: "El otro aspecto derivado de lo anterior es la retroactividad de la aplicación de la norma penal. Imagínense ustedes que cese el régimen administrativo de control cambiario, la ley siga vigente con las disposiciones en blanco complementadas o llenas, vía resoluciones de la Junta de Administración Cambiaria, vía decretos presidenciales; lo cierto es que aun cesando el régimen porque han cambiado las condiciones que dieron lugar a su necesidad y aplicación, de todas maneras la norma sancionatoria no cesa en su vigencia, por lo que puede ser aplicada retroactivamente al cese de dicho régimen con consecuencias negativas sobre la ciudadanía en general, personas naturales y jurídicas que podrían ser aterrorizadas con la apertura de un juicio penal".

De nuevo hube de lamentar volver a diferir en mi citado artículo de las valiosas opiniones del abogado FERNÁNDEZ, pero, dejando a salvo el respeto debido a las opiniones ajenas y muy en especial si provienen de los más destacados colegas, como es el caso, es muy conveniente que haya contraposición ideológica. Más todavía: he pensado siempre que uno de los síntomas más impresionantes de la abulia que atenaza a los venezolanos es, precisamente, que no existe la polémica. Ni siquiera en los otrora llamados "letrados". ¿Desinterés? ¿incapacidad? o ¿ambas cosas? Esto escribí entonces:

"Eso es incierto: apodíctica prueba es la antífrasis de que cesa tal régimen administrativo pero que la Ley sigue vigente con sus disposiciones en blanco llenas por la Administración. Esto equivale a que cesa el régimen pero sigue el régimen, lo cual es un imposible. **Si cesa tal régimen es porque sus disposiciones administrativas dejaron de ordenar el control de cambios.** Y las leyes penales en blanco quedan insuficientes porque sus tipos no se bastan a sí mismos y ya no son completados por disposiciones administrativas controladoras. **Por tanto las leyes penales no pueden aplicarse a cualquier comportamiento que se produzca (por ser atípico) y mucho menos pueden aplicarse retroactivamente.** La irretroactividad de la ley penal es un mandato constitucional (Art. 44) y del Código Penal (Art. 2º); es un principio universal e inmovible y la Ley sobre Régimen Cambiario no lo vulnera de ninguna manera y en ninguna parte. Resulta lamentable que no haya precisado el abogado Fernández en cuál artículo de dicha Ley trueno según él la retroactividad que aterrorizará. Muy por el contrario, esa Ley deja a salvo la mundial y pacíficamente aceptada excepción a la irretroactividad al permitir la tranquilizadora retroactividad de la ley más favorable al reo. Circunstancia ésta que no sería digna de mención (por constituir un reclamo esencial del Derecho Criminal) si no fuera porque las leyes excepcionales y de emergencia suelen contener la ultractividad, esto es, que después de fenecidas se siguen aplicando a las acciones perpetradas durante su vigencia. Así lo aceptan Seeger, Bekker, von Bar, Arangio-Ruiz, Fontana, Grispigni, Antolisei, Florian, Pioletti, Roberto, Binding, Gavva, Cívoli, Zani, Ferri, von Liszt, Beling, Köhler, Finger, von Hippel, Manzini y Ranieri. Y así lo aceptó el proyecto del Ejecutivo. Pero los legisladores eliminaron la disposición ultractiva olvidando que situaciones de emergencia requieren leyes de emergencia. (Jiménez de Asúa se opuso a la ultractividad, mas reconoció que sin ella se pierde autoridad).

En suma: **ni la inminente Ley sobre Régimen Cambiario puede castigar conductas atípicas ni en su articulado da cabida a la retroactividad en perjuicio de la ciudadanía.** Que pueda seguir vigente aun sin control de cambios no contradice lo anterior y sólo responde a la previsión de contar de inmediato con un arma indefectible (tal Ley) para combatir una eventual nueva crisis (recuérdese la consabida lentitud venezolana y que aún no se ha logrado ni siquiera aprobar la Ley). Entonces operaría "ipso-facto" e "ipso-iure" otra vez y sólo **a partir** de un **nuevo** sistema de control de cambios y únicamente para juzgar los hechos habidos **después** de reaparecido el hipotético control. Pero **jamás** para juzgar conductas **anteriores** a las nuevas restricciones cambiarias pues incurriríase, ahí sí, en la abominable y abominada retroactividad al estilo nazi que, so capa de perseguir el crimen por doquier, substituyó el axioma "nullum crimen sine lege" por "nullum crimen sine pena" y al imponer la retroactividad se llevó de calle el nómeno libertario del Derecho Criminal".

148. BAJO (78): O.c., 496.
149. BAJO-COBO: O.c., 37.
150. ID., (87): O.c., 456.
151. BAJO-COBO: O.c., 106
152. Ib., 38.
153. Ib., 105 s.
154. Hay reparos que no deben soslayarse cuando la importancia del tema lo amerite y un caso es el atinente al uso del idioma. Máxime cuando se trata de un lenguaje manejado por letrados y destinado a un documento de tanta monta como la ley penal. Debo, pues, insistir en ello aun a riesgo de que muchos piensen que se trata de actitudes quisquillosas.
155. BAJO-COBO: O.c., 127.
156. Muy bien explica esto, al igual que otros aspectos de los delitos cambiarios, el abogado FERNANDO FERNÁNDEZ: *"También nos parece importante sustituir la terminología moneda metálica o billetes de banco, por la nomenclatura divisas, que engloba todo ello. Esto para evitar el término "moneda metálica", dado que, en el caso del dólar, por ejemplo, las únicas monedas metálicas disponibles serían: el centavo de dólar, los diez centavos de dólar y los veinticinco centavos de dólar, y luce exagerado incluir tal casuística en una ley de tanta importancia"* (Informe Legal, publicación de Baker & McKenzie y VenEconomía, agosto del 94, Vol. 4, N° 12, pág. 4).
157. En realidad el autor citado (BAJO FERNÁNDEZ) atribuye la exclusión (del ámbito delictivo) a favor de las tarjetas no sólo por el requisito de la **cantidad** sino también por el de la **firma**; pero siendo que la tarjeta está firmada por su legítimo poseedor (incluso esto es un deber del mismo), no se comprende cómo se pueda hacer valer la falta de una firma ya puesta. Además, suscribir el usuario su tarjeta no solamente es un deber (para con la empresa emisora) sino también una garantía de uso, ya que si no está firmada no le permitirán emplearla. BAJO-COBO.: O.c., 114.
158. Ib., ib.
159. Interpretación favorable.
160. A las tarjetas se les fijó un cupo anual para gastos.
161. Incorporación que asemeja la naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito a la de los títulos-valores. En efecto, según una decisión (22-11-1978) del Tribunal Supremo en España, *"Su naturaleza jurídica e^s semejante a la de los títulos-valores, pues en ella concurre la nota de incorporación del derecho a un título, pero ni la literalidad es absoluta desde el momento en que no todo lo convenido entre Banco y titular se refleja en la tarjeta, ni el principio de autonomía o independencia entre el título y el negocio subyacente resplandece con toda nitidez, siendo además,*

dichas tarjetas, personalísimas e intransferibles, estando proscrita la transmisión a tercero de las mismas y de los derechos que representan".

162. Y se agregó, en apoyo de la crítica por supuesta confusión originada por los verbos "exportar" e "importar" (en aquel momento se opinó sobre un proyecto con casi idéntica redacción pero que incluía la importación como delito), que *"Podría significar que una persona que ha viajado, bien sea hacia fuera o dentro del país, y posea dinero metálico o en billetes, pudiera estar importando o exportando, según sea el caso; o que sean personas que se dediquen a determinadas actuaciones, como por ejemplo la intermediación financiera y que traigan divisas, y por lo pronto estarían incurso en este régimen penal. En realidad, la exportación e importación de monedas o billetes sólo podrían hacerla los fabricantes o los gobiernos de países que encarguen las (SIC) mismos a los fabricantes. Además, los verbos exportar o importar en la legislación ordinaria significan una actividad lícita. Por el contrario, la actividad ilícita de la exportación o la importación se llamaría **contrabando**. Por esta razón, es importante aclarar, como quiera que se proyecta convertir en una actividad ilícita este tráfico de divisas, debería establecerse un verbo más apropiado, que pudiera ser 'tráfico de divisas' o 'quienes extraigan del país divisas o cualquier otro medio de pago' "* (Informe Legal, Vol 4, N° 12, agosto 1994, una publicación de Baker & McKenzie y VenEconomía).

Respecto a esto, hay lo siguiente: 1) nunca se ha pensado que el solo hecho de **exportar** (o en su caso importar) sea delito, **a menos que con ella se contravengan las disposiciones sobre el Régimen Cambiario**. 2) La **exportación** (y en su caso la importación) puede ser hecha por cualquier persona. 3) Aquellos verbos significan una actividad lícita hasta que la legislación disponga lo contrario. Nada más inocente que encender la luz de la propia habitación y ello hasta podría ser traición a la patria. En España también se han usado los propuestos términos de "contrabando" y "tráfico de divisas". 4) Los verbos "introduzcan" y "extraigan" también significan en la legislación ordinaria actividades lícitas. 5) **Exportar** es el traslado físico (de los objetos o medios **sujetos a una autorización**) de Venezuela al exterior.

163. Aunque las palabras sí pueden tener distintos significados y más exactamente las **homófonas**: "Yo bajo al piso bajo a coger el bajo que está bajo la mesa bajo la condición de afinarlo porque está más bajo que el contrabajo" (Prof. Octaviano Poleo). Lo que se quiere decir es que ya los distintos significados están previstos en el idioma y no se les debe dar otros. Y la palabra "exportar" no tiene en el idioma sino un solo significado.

164. BAJO-COBO: O.c., 108.

165. Ib. ib.

166. BAJO (87): O.c., 457.

167. BAJO-COBO: O.c., 112.

168. BUSTOS: O.c., 287.

169. Ib., 115.

170. Ib., 11.

171. Ver anexos.

172. BAJO-COBO: O.c., 98.

173. Ib., 243 s.

174. BAJO (78): O.c., 477 s.

175. ID. (87): O.c., 454.

176. Puesto que para obtener divisas primero hay que obtener la correspondiente autorización. En España ha llamado la atención que se equipare la ausencia de autorización y la autorización obtenida mediante la comisión de un delito. Y se pregunta si es necesario una sentencia que declare existente tal delito. (BAJO-COBO: 98).

177. BAJO-COBO: O.c., 120.

178. No es exacto expresar que hay situaciones de exportación **que no ameritan autorización previa**. Esto lo ha expresado BAJO FERNÁNDEZ en la pág. 121 de la ya citada varias veces obra "Comentarios a la Legislación Penal" ("... si el comportamiento no exige previa autorización..." etc.). La verdad es que mediando un régimen de control de cambios toda exportación amerita autorización previa. Lo que ocurre es que si esta autorización previa es de índole general no hay por qué estar tramitando después autorizaciones concretas en forma casuística. "Liberar" algunas actividades económicas que supongan transferencia de riqueza al exterior significa que fueron **autorizadas**.

179. En España la situación es distinta porque la previa autorización sí es un elemento ineludible del tipo: "Art. 6º... A) Los que sin haber obtenido la preceptiva **autorización previa** o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito: 1º Exportar en moneda metálica o billetes de banco españoles o extranjeros o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera" (sic), S.C. "**que** estén cifrados..." (subrayados míos). Esto ha permitido al Profesor BAJO FERNÁNDEZ afirmar lo siguiente: ..."Exportación y Transferibilidad. Hay supuestos en los que la exportación se refiere a objetos cuya transferibilidad al extranjero ha sido liberalizada, aunque condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, normalmente el de la declaración o verificación. En estos casos, a nuestro juicio, no se da el comportamiento típico de exportar por la razón de que falta uno de sus requisitos: la inexistencia de la preceptiva autorización previa. En efecto, se trata de salidas de capital que, aunque controladas, no se condicionan a autorización alguna, sino a otra clase de control (declaración o verificación). El incumplimiento de estos controles, por ejemplo, mediante la exportación personal y

directa a través de los puestos fronterizos, sólo puede dar lugar a una infracción administrativa, pero no a un delito monetario". BAJO-COBO: L.c.

180. Vid (ut) supra in nota 161.

181. BAJO-COBO: O.c., 112.

182. Lo mismo sucede en España. Ib. ib.

183. BAJO(87): O.c., 457.

184. BUSTOS: O.c., 287.

185. BAJO-COBO: O.c., 133.

186. Ib., 132.

187. BUSTOS: L.c.

188. La industria petrolera no está sujeta a esta norma cambiaria. El Dr. ALLAN BREWER-CARÍAS habla de *"la inaplicabilidad a la industria petrolera nacionalizada del régimen general de compra de divisas al Banco Central de Venezuela"*. BREWER (94): 306.

189. BAJO (87): O.c., 453.

190. "Dumping" es "inundación del mercado con productos a bajo precio". Simon and Schuster's International Dictionary (73): 213.

191. TIEDEMANN (93): O.c., 99.

192. FERNÁNDEZ (78): O.c., 28 s.

193. En Venezuela hay el absurdo de que la defensa de un tercero (que según ALIMENA es la defensa más bella de todas) no se justifica por legítima defensa sino por estado de necesidad. Todo se originó en una copia infiel de nuestro Código Penal.

194. PÉREZ LL.: O.c., 259.

195. BAJO-COBO: 91.

196. Ib., 129.

197. Vid (ut) supra in nota 166.

198. Ib., ib.

199. "Proéresis" es una voz no castellanizada, derivada de un vocablo griego, que en su idioma original significa preelección, preferencia, determinación tomada de antemano y, en general, regla de conducta. CARRARA la emplea como sinónimo de intención, voluntad, premeditación, para designar el elemento subjetivo del delito.

200. JIMÉNEZ (47): O.c., 444.

201. BAJO (87): 452.

202. BAJO-COBO: 89.

203. Ib., ib.

204. Ib., 243 s.

205. Ib., 205.

206. El alegar malicioso puede ser hecho por otro: el error fue inducido por otro que hizo el alegato falso.

207. En este sentido viene a la medida el criterio del profesor italiano SILVIO RANIERI: *"Por lo demás, si el sujeto pasivo cae en error por una causa distinta de los artificios o engaños del culpable, el delito de estafa necesariamente tendrá que ser descartado"* ("Manual de Derecho Penal, VI, 121).

208. Porque para no estar "en paz" requeriríase que la cuestión fuera batallona, que no lo es porque nadie la debate.

209. ARTEAGA (71): 68 s.

210. De lo anterior se desprende que resulta una tautología la frase *"Ahora bien, la simple mentira y el silencio, constituyen o pueden ser constitutivos de un comportamiento engañoso, ..."*. Es obvio que la mentira **siempre** representa *"un comportamiento engañoso"*. Sí adquiriría significado esa frase al añadirse "capaz" a ese "comportamiento engañoso": comportamiento engañoso **capaz**. (Igualmente redundante es la expresión de QUINTANO RIPOLLÉS -citado por ARTEAGA- de que *"no toda mentira es engaño"*. En efecto "engañar" es "dar a la mentira apariencia de verdad").

211. Se ha discutido por la ciencia del Derecho Criminal si, entre los medios para estafar, está o puede estar el silencio. Como introito al debate operan dos máximas contradictorias: "el que calla otorga"; y "el que calla no dice que sí". ¿Cuál debe prevalecer? En mucho dependerá de la casuística y el buen sentido. En Argentina, EUSEBIO GÓMEZ ha expresado: *"Las reticencias no entran en la categoría de los medios idóneos para la comisión de la estafa"*. Y señala como ejemplo el criterio de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal:

"El silencio respecto de las circunstancias o hechos desfavorables para otro, que no alcance a concretarse en ardid o que no se asocia con actos engañosos, no puede configurar delito de estafa".

En medio de las dudas ensombrecedoras del tópico, sí se halla una verdad incontestable, pacíficamente aceptada por los estudiosos: **para que el silencio pueda ser un medio de estafar es condición "sine qua non" que el acusado tuviera la obligación de hablar**. En apoyo MAGGIORE señala:

"En efecto, no siempre es necesario el arreglo del escenario para que haya estafa; puede bastar otro artificio, cuando consigue el efecto de inducir a error; y por lo tanto, también la mentira, y en ciertos casos hasta el silencio, cuando no solo (SIC) por ley, sino por costumbre, y según la normalidad de las relaciones sociales, hay obligación de hablar y de decir la verdad (lo que los alemanes llaman Betrug durch Schweigen [estafa mediante silencio])" (Derecho Penal, V, p. 126).

SEBASTIÁN SOLER fue más exigente respecto a la capacidad del silencio para configurar una estafa y añadió que la obligación de hablar **debía ser jurídica**:

"El problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso positivo (facta concludentia), o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad, según veremos. A ese fin no basta que medie una obligación moral o caballeresca; debe tratarse de una obligación jurídica determinada estrictamente como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación. Esta obligación específica no puede ser suplida por la obligación genérica de comportarse de buena fe. No toda inobservancia de las normas de la buena fe constituye ardid" (Derecho Penal Argentino, IV, p. 306).

SOLER, en concordancia con este criterio, lo reafirma páginas adelante con esta ejemplificación: *"El comerciante que no le dice al cliente que determinada cosa carece de las virtudes que el comprador supone y paga, no estafa"* (O.c., p. 323).

212. El delito de apropiación ("indebida", desde luego, porque de no ser así no sería delictuosa) requiere una posesión **legítima** y esto se deduce del propio artículo (468) del Código Penal que lo prevé, pues indica que la entrega fue por algún título. Título cuya **justedad** es tan evidente cuanto que lo confirió el propio dueño al voluntariamente confiar y entregar su bien mueble. Así lo asienta MAGGIORE al explicar que *"... en la apropiación indebida la posesión se halla en manos del agente, por algún título justo, ..."* (Derecho Penal, V, 159). Justo título equivale, por absoluta necesidad jurídica, a posesión **legítima**. Que después se convierte en ilegítima cuando el hasta entonces poseedor por justo título **invierte** el título de la posesión (de justo a injusto) al **consumar** la apropiación indebida ejecutando **actos de señorío o de dominio** sobre el bien, que sólo eran dables ejecutar al dueño, y comportándose (el ahora delincuente) como si fuera el dueño de la cosa que se le confió para un uso determinado y no para **disponer** de la misma cual dueño. No obstante, en el caso analizado no se llegó a tener en ningún momento posesión **legítima** porque la entrega no fue hecha voluntariamente sino por un **error** que vició la voluntad (no fue **libre** y no existió en realidad). Falta entonces un requisito esencial del delito de apropiación.

213. Por ejemplo: si un animal pasa de un fundo a otro.

214. Antes de referirme al motivo de la llamada en sí, debo expresar que el momento consumativo del hurto es la **remoción de la cosa**. Es **muy de lamentar** que una numerosos tribunales de Venezuela hayan desestimado acciones penales por hurto porque decidieron que el momento consumativo es otro. Esto responde al criterio **aberrado** de dar más valor al resultado que al acto. Por esto, según ellos, si no hay **aprovechamiento** no hay hurto. Entonces la lógica jurídica se despeña a un vicioso y antiético utilitarismo que desconoce el problema principal **del disvalor del acto**. (Aparte de que se desconoce que en un sentido lato el aprovechamiento, en términos de **lucro**, puede incluir aun la mera satisfacción de **quitar** algo a otro). Que el momento consumativo del

hurto debe ser la **remoción** puede apoyarse en la opinión del gran tratadista venezolano JOSÉ RAFAEL MENDOZA:

"Se consuma el hurto con la sola remoción (amotio) de la cosa del lugar en que se encuentre, que es la teoría aceptada por el legislador venezolano al decir en el Art. 453 del Código Penal que 'el hurto es el acto de apoderarse de una cosa mueble ajena quitándola del lugar en donde se hallaba' " (Curso de Derecho Penal Venezolano, V, 46).

Para CARRARA la **remoción** corresponde a la palabra latina **"contrectación"**: *"Contrectación. El término contrectare, elegido por los romanos para designar el acto consumativo del hurto, significa trasladar o mover de un lugar a otro alguna cosa"* (CARRARA [481]: VI, 14).

Refiriéndome ahora (tras de haber consignado esta esclarecedora información previa), al motivo de la llamada en sí, es oportuno oír otra vez las sabias enseñanzas de CARRARA:

"Es tan indiferente la calidad de los medios con que se efectúa la contrectación, que esta puede ser realizada por el propietario mismo, y no obstante se tiene el título de hurto. Esta hipótesis es textual, y se encuentra en la ley 21, 1, tít. De furtis, del Digesto. Y aunque algún intérprete ... cree encontrar equivocado ese fragmento, la hipótesis es clarísima. Un individuo, que había recibido en depósito una bolsita con veinte monedas, al querer restituir ese depósito dio por error otra bolsa suya, que contenía treinta. El depositante, dice ULPiano, conoció muy bien el error de su amigo, y sin embargo aceptó la bolsa que no era suya; y el jurisconsulto enseña que es responsable por el hurto de las diez monedas: teneri furti decem nomine. La razón de esto nos las da SCEVOLA en la ley 18, Digesto, tít. De conditione furtiva: 'Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit' [porque comete hurto el que recibe dinero a sabiendas de que no se le debe]" (o.c., VI, 27).

215. BAJO-COBO: 206 s.

216. No muy bien logrado en cuanto a su claridad y sobre todo si se considera las implicaciones penales (graves por tanto) de alegar causa falsa **ante la autoridad**.

217. LARES (788): 159, ss.

218. Se ha comentado en España que tal requeriría una sentencia previa (que diera por probado ese delito). No obstante, se ha desestimado allá esa pretensión.

219. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2084): 756

220. GOLDSTEIN (278): 413.

221. CARRARA: IV, 424.

222. Ib., 423.

223. MAGGIORE: o.c., V, 131.

224. MAGGIORE asegura que no son concebibles la estafa y el hurto cometidos por el propietario sobre una cosa propia. Pero sí son concebibles ambos delitos en tal caso. Y además un tercer delito: el de apropiación (omito lo de "indebida" por ser pleonástico hablar de "delito de apropiación indebida", por aquello -comentado ha poco- de la antijuridicidad). Eso sí: requiérese una situación excepcional: la existencia de una cosa en copropiedad, es decir, **propia**; pero también propiedad de otro.

Entonces: 1) Hay **estafa** si un copropietario despoja al otro copropietario de modo injusto y con engaños; 2) hay **hurto** si un copropietario sustrae la cosa común poseída por el otro copropietario; 3) hay **apropiación indebida** si un copropietario dispone como único dueño de la cosa común poseída por él.

En apoyo de lo que he afirmado, cuando menos respecto al hurto, véase el tercer aparte del art. 453 del Código Penal:

"Todo el que se apodere de algún objeto mueble, perteneciente a otro para aprovecharse de él, quitándolo, sin el consentimiento de su dueño, del lugar donde se hallaba, será penado con prisión de seis meses a tres años.

Si el valor de la cosa sustraída no pasare de cien bolívares, la pena será de arresto de uno a tres meses.

Se comete también este delito cuando el hecho imputado recaiga sobre cosas que hagan parte de una herencia aún no aceptada, y por el copropietario, el asociado o coheredero, respecto de las cosas comunes o respecto de la herencia indivisa, siempre que el culpable no tuviere la cosa en su poder. La cuantía del delito se estimará hecha deducción de la parte que corresponda al culpable..."

225. LARES: O.c., 455 s.

226. Podría oponerse que el tramitante no actuó ante una autoridad "**competente**"; pero el asunto no es tan simple: un funcionario "de hecho" no es un usurpador a ojos vistas. Tiene apariencia de autoridad. Véase qué dice al respecto el Profesor ELOY LARES:

*"En pleno período de vigor de la Constitución, y sin que haya ocurrido ninguna alteración del orden público, pueden haber funcionarios de hecho. Supongamos que ha sido designado para un cargo y tomado posesión del mismo, un sujeto que carece de alguna de las condiciones personales exigidas por la ley, tales como la nacionalidad, la edad, la capacidad legal o el grado de instrucción; o bien, que ha sido nombrado por autoridad incompetente o con inobservancia de las formas legales; o que no haya prestado el juramento de ley; o, en fin, que el cargo para el cual ha sido designado haya sido creado irregularmente, esto es, por una ley inconstitucional, o por un decreto violatorio de la Constitución o de la ley. En todos estos casos, para que el individuo pueda ser calificado de funcionario de hecho es preciso que **'tenga la apariencia exterior de investidura y de regularidad de investidura'**..." (o.c., 456). Para*

que pueda sostenerse con razón que actuó ante una autoridad **incompetente**, con relación a esto, debe haber actuado ante una autoridad **manifiestamente incompetente**. Y por tal motivo creo que a los efectos de la descripción típica sí se trataba, en aquel ejemplo, de una autoridad **competente**.

227. La tipicidad es, según han dicho eminentes autores, la antijuridicidad formal. JIMÉNEZ DE ASÚA ha expresado:

"b) Segunda fase: carácter indiciario: *La segunda fase de la teoría de la tipicidad se haya expuesta en el aludido 'Tratado de Derecho penal' de Mayer que aparece en 1915. En este libro, uno de los más geniales que se han escrito sobre nuestra disciplina, resurge la doctrina del tipo. Pero para él la tipicidad no es ya una mera descripción, atribuyéndola un valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica, es ya un indicio de su antijuridicidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como por ejemplo la inclusión en el tipo del hurto de la cualidad ajena de la cosa (art. 453 del cód. penal venezolano)...c) Tercera fase: 'ratio essendi' de la antijuridicidad. La tercera fase,..., se halla representada por Edmundo Mezger... en la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad llegando a constituir la base real de ésta; es decir, su ratio essendi"* (JIMÉNEZ [45]: 296 s.)

228. El problema que podría presentarse con esta expresión ("delictuoso") es que se alegue la necesidad de una sentencia definitivamente firme, es decir, contra la que no hay ni pueden admitirse recursos ordinarios ni extraordinarios de impugnación, que **declare delictuoso el medio usado**. No obstante, la sana lógica indica que no es una interpretación de este tipo la correcta, sino la de considerar los medios como susceptibles de ser investigados como delictuosos. Para lo cual no se requiere ninguna sentencia firme. Así se ha entendido el tema en España.

229. ARTEAGA (71): 23.

230. D.R.A.E: O.c., 968.

231. CARRARA: O.c., IV, 445.

232. QUINTANO: O.c., III, 906.

233. BAJO-COBO: 203.

234. BAJO (78): 488.

235. BAJO-COBO: 99 ss.

236. Ib., 206 s.

237. Ib., 205.

238. BAJO: O.c., 480.

239. BAJO-COBO: 204.

240. BAJO: O.c., 485.

241. JESCHECK: O.c., 583.

- 242.** Es de origen francés: '*abus de confiance*'.
- 243.** Porque en la extorsión la supuesta víctima puede resolver no serlo y enfrentar al delincuente.
- 244.** BAJO: O.c., 491.
- 245.** BAJO-COBO: O.c., 209.
- 246.** No ceder sí era delito en el Proyecto del Ejecutivo.
- 247.** BAJO-COBO: O.c., 210.
- 248.** Aprovechando la solera de tales delitos en España.
- 249.** BAJO-COBO: L.c.
- 250.** No es ceder "de nuevo".
- 251.** El comentario vale para demostrar la índole repulsiva del abuso de confianza; pero en el delito de apropiación no podría operar el agravante pues tal abuso es ínsito a este delito: sería como agravar el robo por sólo usar violencia .
- 252.** En Alemania por MOSER en su Tesis Doctoral.
- 253.** El citado MOSER dedicó tal Tesis a comprobar que esa benigna interpretación sólo debía ser aplicada en los aspectos probatorios.
- 254.** Que no haya interpretación.
- 255.** Jiménez de Asúa la rechaza.
- 256.** BAJO (78): 491.
- 257.** BAJO-COBO: 221.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR C. (94) R. A. y R. S. V. A.: Ramón A. Aguilar Camero y Ramiro Sosa Rodríguez,
El Régimen de los Delitos Bancarios en Venezuela. 149. Ed. Vadell Hermanos. Valencia, Venezuela.
- ALIMENA (75), B: Bernardino Alimena,
Delitos contra la persona. 707. ED. Temis. Bogotá.
- ALTAVILLA (378), E: Enrico Altavilla,
La Culpa. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis sicológico, 520. (Tr. It. José J. Ortega T: "La Colpa, Il reato colposo, riflessi civiistici, analisi psicologico") Temis, Bogotá, 1978.
- ANTOLISEI (888) F: Francesco Antolisei,
Manual de Derecho Penal. 614. ED. Temis. Bogotá.
- ARTEAGA S. (71), A.: Alberto Arteaga Sánchez,
La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana. 204. Imprenta del Congreso de la República, Caracas.
- _____(86):
Estudios de Derecho Penal. 237. ED. Jurídica Alva, Caracas.
- BAJO F. (78), M: Miguel Bajo Fernández,
Derecho Penal Económico. Aplicado a la Actividad Empresarial, 597. ED. Civitas, Madrid.
- _____(87):
Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales y económicos. 472. Ed. Ceura, Madrid.
- BAJO F. (85) M. y M.C. del R: M. Bajo Fernández y M. Cobo del Rosal,
Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público, 308. tomo IV. ED. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- BANCO PROVINCIAL (286):
Manual de Términos Bancarios. 143. Caracas.

- BREWER-CARÍAS (75) A: Allan Brewer Carías,
Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela, 695. ED. Tecnos. Caracas.
_____(94):
Régimen Cambiario, 324. ED. Jurídica Venezolana. Caracas.
- BUSTOS R. (2) J: Juan Bustos Ramírez,
Manual de Derecho Penal, Parte Especial. ED. Ariel. Barcelona.
- CARRARA (481), F: Francesco Carrara.
Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, IV, 6, (Tr. It. José J. Ortega
Torres, T: "Programa del corso di diritto criminale"). 549. ED. Temis,
Bogotá.
- COBO DEL R. (84), M. y T. S. V. A: M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón,
Derecho Penal, Parte General. 861. Universidad de Valencia.
- FERNÁNDEZ A. (78): Agustín Fernández Albor,
Estudios sobre Criminalidad Económica. ED. Bosch, 138. Barcelona.
- FRÍAS C. (70), J: Jorge Frías Caballero,
Temas de Derecho Penal. 515. ED. La Ley, Buenos Aires.
- GOLDSTEIN (278) R: Raúl Goldstein,
Diccionario de Derecho Penal y Criminología. 677. ED. Astrea. Buenos Aires.
- HERRERO H. (92) C: César Herrero Herrero,
Los Delitos Económicos. 668. ED. Ministerio del Interior. Secretaría General
Técnica. Madrid.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS (85):
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVIII, Fascículo II.
663. Madrid.
- JESCHECK (381), H. H: Hans Heinrich Jescheck,
Tratado de Derecho Penal, Parte General, 696. (Tr. Al. S. Mir Puig y F.
Muñoz Conde: "Lehrbuch des strafrechts").

- JIMÉNEZ DE ASÚA (45), L: Luis Jiménez de Asúa,
La Ley y el Delito. Curso de Dogmática Penal, 717. ED. Sudamericana.
 Buenos Aires.
- _____(776):
La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, 578. ED. Sudamericana,
 Buenos Aires.
- _____(464):
Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal, II, 1439. Losada, Buenos
 Aires.
- _____(463):
Tratado de Derecho Penal. El Delito, III, 1102. Losada, Buenos Aires.
- LARES M. (788) E: Eloy Lares Martínez,
Manual de Derecho Administrativo. ED. Alianza Gráfica. 824. Caracas.
- LEÓN DE V. (84), E: Eunice León de Visani,
El Error de Prohibición en la Teoría del Delito. Su Ubicación en el Art. 61
 del Código Penal Venezolano. ED. Universidad Central de Venezuela.
 Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales
 y Criminológicas. Caracas.
- MAGGIORE (272), G: Giuseppe Maggiore,
Derecho Penal. El Derecho Penal - Delitos en particular, IV, 524. (Tr. It.
 José Ortega Torres: "Diritto Penale"). Temis, Bogotá.
- MANTOVANI (393), F: Ferrando Mantovani,
Diritto Penale. Parte Generale, 995. Rotolito Emiliana, Altedo.
- MIR P. (84), S: Santiago Mir Puig,
Derecho Penal. Parte General. 608. ED. Promociones Publicaciones
 Universitarias. Barcelona.
- PERNAUT (59), M: Manuel Pernaut,
Teoría Económica I, 554.
 Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

- PÉREZ -LLANTADA G. (83), F: Fernando Pérez LLantada y
Gutiérrez,
Criminología, 845. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de
Derecho. Caracas.
- RANIERI (275) S: Silvio Ranieri,
Manual de Derecho Penal, Parte Especial, I (Tr. It. Jorge Guerrero, T:
"Manuale di diritto penale"), 425. ED. Temis, Bogotá.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2084):
Diccionario de la Lengua Española. 1416. Espasa. Madrid.
- RIGHI (91), E: Esteban Righi,
Derecho Penal Económico Comparado, 363. Editoriales de Derecho
Reunidas, S.A. Madrid.
- RODRÍGUEZ D. (1693), J. M. y A. S. G: José María Rodríguez Devesa,
Derecho Penal Español, Parte Especial. 1377. ED. Dykinson. Madrid.
- RODRÍGUEZ R. (680), J: Joaquín Rodríguez Rodríguez,
Derecho Bancario. Introducción, Parte General, Operaciones
Pasivas. (Revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo).
541. ED. Porrúa, S.A., México.
- SOLER (878), S: Sebastián Soler,
Derecho Penal Argentino. I. Tipográfica Editora Argentina. 386. Buenos
Aires.
- TIEDEMANN (85), K: Klaus Tiedemann,
Poder Económico y Delitos. 236. ED. Ariel. Barcelona.
- _____(93):
Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán). Ed.
PPU, S.A.

