

EL DERECHO PENAL ECONÓMICO DEL SISTEMA MONETARIO Y FINANCIERO: ¿HACIA UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Eduardo JORGE PRATS*

SUMARIO: I. *El fin del derecho penal.* II. *El derecho penal económico del sistema monetario y financiero.*

Todos los que en América Latina cultivamos el derecho público somos hijos o nietos del gran maestro Héctor Fix-Zamudio y podría decirse, para utilizar una imagen del constitucionalista alemán Peter Häberle, que todos andamos montados en los hombros de este gigante, precursor del derecho constitucional común o transnacional y uno de los fundadores del derecho procesal constitucional. Por eso, constituye para nosotros un gran honor poder colaborar con este libro, más que merecido homenaje a quien tanto debemos los juristas de nuestra América.

Lo que sigue no es ni pretende ser un estudio dogmático de los tipos penales contenidos en la Ley Monetaria y Financiera de la República Dominicana (en lo que sigue “LMF”, accesible en www.bancentral.gov.do) sino tan solo una exploración tentativa del régimen jurídico de las infracciones penales en el sistema monetario y financiero desde la triple perspectiva del derecho penal (en tanto derecho constitucional concreto), del derecho penal económico y del derecho de la regulación monetaria y financiera que es derecho administrativo especial.

* Profesor de Derecho constitucional, Derecho administrativo y Derecho de la regulación económica en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, República Dominicana.

I. EL FIN DEL DERECHO PENAL

Antes de abordar el derecho penal económico del sistema monetario y financiero, es preciso que aclaremos, para utilizar las palabras del penalista español Jesús-María Silva Sánchez, “con qué perspectiva, con qué actitud, incluso con qué talante se abordan los temas fundamentales que a continuación se irán examinando”.¹ En otras palabras, por un ineludible deber de honestidad científica, se requiere manifestar nuestra postura político-criminal básica o, lo que es lo mismo, nuestra postura respecto al derecho penal.

1. El derecho penal como sistema de garantías y apéndice del derecho constitucional

Por un lado, no es posible ni conveniente abolir el derecho penal, pues los seres humanos no somos ángeles, por lo que queda descartada la posición abolicionista, y, por otro lado, concebir al derecho penal en perspectiva resocializadora conlleva una intervención injustificable en los derechos de la persona que ha delinquido en tanto el tratamiento resocializador persigue modificar no sólo el comportamiento sino la actitud interna misma del sujeto, lo cual presenta un carácter manipulador inaceptable en un Estado de derecho. Desde la óptica constitucional, en específico, desde una teoría constitucional constitucionalmente adecuada del derecho penal, sólo es admisible un derecho penal garantista, un derecho penal mínimo, tal como lo describe Luigi Ferrajoli:

El fin general del derecho penal [...] puede identificarse en una palabra con el impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad. Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo. Y la fuerza es en ambos casos arbitraria e incontrolada: no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que es por su propia naturaleza incierta, desproporcionada, desenfrenada, dirigida a veces contra

¹ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona Bosch, 1992, p. 17.

el inocente. La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales.

Está claro que, entendido de este modo, el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente —al monopolizar la fuerza, delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados—, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas. Bajo ambos aspectos la ley penal se justifica en tanto que ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte. Las dos finalidades preventivas —la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias— están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la “necesidad política” del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos.²

Junto con Zaffaroni el derecho penal podría entonces definirse como:

la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho, de donde la función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el Estado de derecho y la república misma. Dado que la función del derecho penal es contener al Estado de policía latente en mayor o menor medida en todo estado de derecho, referirse a un derecho penal garantista en un Estado de derecho es una grosera

² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1998, p. 335.

redundancia, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de garantías, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es partidario de las garantías, esto es, garantista. El dilema del derecho penal al día de hoy es incorporar el discurso bélico de los medios de comunicación y de los populistas penales que piden una guerra sin cuartel contra la delincuencia aún a costa de las garantías o enfrentarlo. Si quiere seguir siendo derecho y no una “ciencia asquerosa” que se limita a racionalizar el poder punitivo del Estado para justificarlo, como afirmara Carrara hace siglo y medio, no le queda otro camino que enfrentarlo. Ello implica asumir la ciencia penal como un saber digno y humano, que cumple la inestimable función de preservar el estado de derecho y que en ese sentido es un apéndice indispensable del derecho constitucional de todo Estado constitucional de derecho.³

El derecho penal sólo puede ser en un Estado constitucional de derecho un derecho garantista cuya plena constitucionalización es el objetivo de una ciencia jurídica que, al decir de Ferrajoli, opera como:

una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante función pragmática —crítica y proyectiva— de la ciencia jurídica contradiga el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es solo mediante el cumplimiento de un papel semejante, como la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social si, como escribía Filangieri hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es sino en el que debe ser “el objeto común de los que piensan”, vuelve a ser “crítica del derecho” existente y al mismo tiempo “ciencia de la legislación” y “ciencia de las constituciones”.⁴

La dogmática penal, impregnada por las herramientas y principios del derecho constitucional, debe asumir la crítica —desde adentro— del derecho penal vigente pero inválido para hacer valer el fin fundamental del derecho penal que es la limitación, racionalización y humanización del poder punitivo del Estado. Esto implica “que se debe aceptar que un Estado

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2006.

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 33.

constitucional de derecho es un orden imperfecto y que no se debe combatir el delito a cualquier precio, tal como se podría hacer en un Estado totalitario basado en la idea de Hobbes”.⁵

2. *El derecho penal económico como derecho penal en la sociedad del riesgo*

El concepto de derecho penal económico es particularmente difícil de fijar porque lo que une los hechos punibles considerados en la mayoría de los estudios dogmáticos de derecho penal económico “no es, en realidad, un concepto de bien jurídico lesionado común (...), sino un interés criminológico plausible para agrupar cierto tipo de hechos punibles para su tratamiento dogmático”.⁶ Pero si el derecho penal económico es derecho penal, como lo es, no cabe duda que tiene que ser conceptualizado a partir de la noción de bien jurídico pues “el concepto de bien jurídico está unido al desarrollo del derecho penal”.⁷ De manera que, a partir de este criterio, “se define al derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido éste como el conjunto de normas penales que sancionan las conductas que atenten gravemente bienes jurídicos importantes para el funcionamiento del sistema económico y para el libre desarrollo individual dentro de dicho sistema”.⁸ En lo que respecta a los delitos económicos, éstos podrían ser definidos como “aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de trabajo de ese orden económico”.⁹ La virtud de esta conceptualización reside en que “las funciones que

⁵ Donna, Edgardo Alberto, *¿Es posible el derecho penal liberal?*, Buenos Aires, UBA, p. 15.

⁶ Stampa y Bacigalupo, citados por Pérez del Valle, Carlos, “Introducción al derecho penal económico”, *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 25.

⁷ Baigún, David, “El bien jurídico orden económico”, *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 13.

⁸ Pariona Arana, Raúl, “Aproximaciones al derecho penal económico: del nacimiento de un nuevo derecho penal a una aproximación crítica”, *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima, Ara, 2005, p. 278.

⁹ Otto, citado por Pérez del Valle, *op. cit.*, nota 6, p. 25.

cumple el bien jurídico en el sistema penal convencional pueden ser trasladadas al ámbito de los delitos económicos sin que ello importe una reducción de las garantías que reclama el derecho penal de intervención mínima”. Y es que el riesgo de atentar contra las garantías del derecho penal no reside en acoger la noción del bien jurídico orden económico, sino en —como lo hacen algunas dogmáticas atrapadas en el fenómeno de la expansión del derecho penal— “distorsionar la tipificación a través del uso excesivo de categorías como los delitos de peligro abstracto, la construcción limitada de las reglas de autoría y participación, el abuso de las leyes penales en blanco y otros mecanismos que facilitan interpretaciones equívocas”.¹⁰

Queda claro, a la luz de lo anterior, que si el derecho penal económico es derecho penal y si todo derecho penal en un Estado constitucional de derecho sólo puede ser un derecho de garantías no es dable admitir la validez jurídica de un derecho penal económico de enemigos. Hay que rechazar, en consecuencia, la tesis de Jakobs y de quienes lo siguen pues “no tiene que por qué verse al delincuente económico como un enemigo; sus ‘actos’, constitutivos de un atentado contra algún bien jurídico, deben ser tratados dentro de un derecho penal que le otorgue todas las garantías de un estado de derecho”.¹¹ Una cosa es que el ejercicio real del poder punitivo contra la delincuencia económica y la legislación penal económica manifiesten rasg¹²enal simbólico, proliferación de tipos de peligro abstracto, disminución de las garantías penales y procesales, etcétera— y otra que el derecho penal, y el derecho penal económico, como ciencia, doctrina o saber jurídico, obra de los juristas, deba y pueda válidamente ser, partiendo de las premisas de un Estado constitucional de derecho, un derecho penal de enemigos. Como bien afirma Zaffaroni, “el verdadero enemigo del derecho penal es el estado de policía, que por su esencia no puede dejar de procurar el absolutismo”.¹²

Que no se admita bajo ninguna circunstancia que el derecho penal económico sea un derecho de enemigos pues el derecho penal no lo puede válidamente ser en un Estado constitucional de derecho no significa

¹⁰ Baigún, David, *op. cit.*, nota 7, p. 32.

¹¹ Abanto Vásquez, Manuel A., “El llamado derecho penal del enemigo: especial referencia al derecho penal económico”, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Edisofer, 2006, p. 48.

¹² Zaffaroni, Eugenio, *op. cit.*, nota 3, p. 231.

que no se reconozcan los desafíos asociados a la “sociedad del riesgo” (Beck) en que vivimos y los problemas inherentes al derecho penal del riesgo que la acompaña. La expresión sociedad del riesgo designa “a un modelo social que ha superado en lo económico a la sociedad industrial, en la que la tecnología se ha convertido en la base del funcionamiento social (sociedad tecnológica), destacando el aspecto socio-económico de la generación de grandes y nuevos riesgos y sus implicaciones políticas”.¹³ El desarrollo tecnológico, la globalización y la informatización han hecho emerger riesgos ilimitados espacio-temporalmente, globales e insoportables por sistemas de reparación colectiva lo cual ha conllevado la necesidad de “profundizar en la tipificación de la imprudencia (y de la observancia del deber de cuidado necesarios en ámbitos técnicos) y en el reconocimiento de posiciones de garante como criterios de imputación y el resarcimiento de las víctimas”.¹⁴ El derecho penal, para cubrir las necesidades de punición que esta sociedad del riesgo exige, ha reaccionado estableciendo nuevos grupos de delitos (ecodelitos, delitos de riesgo catastrófico, delitos biogenéticos, delitos informáticos, delitos económicos transfronterizos, etcétera) que cuestionan las estructuras y la base conceptual del derecho penal, como es el caso de la prueba de la relación de causalidad y la propia exigencia del paradigma causal. Este derecho penal de la sociedad del riesgo se caracteriza por el adelantamiento de la intervención penal a través de la tipificación de delitos de peligro cada vez más alejados de la lesión, el incremento en la tipificación de la imprudencia y la creación de bienes jurídicos macrosociales o colectivos, lo cual se justifica afirmando que, ante riesgos tan graves como los nucleares o los ecológicos, esperar al momento de la lesión para intervenir penalmente sería inútil pues para ese momento ya el daño estaría irremediablemente consumado.

Reconocer los retos de esta sociedad del riesgo y del derecho penal que trata de copar con los nuevos riesgos no implica, sin embargo, renunciar al derecho penal y admitir la necesidad ni la validez de un derecho penal de “tres velocidades”,¹⁵ un “derecho de intervención”, o un “derecho

¹³ Cuesta Aguado, Mercedes de la, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima, Ara, 2005, p. 161.

¹⁴ *Ibidem*, p. 167.

¹⁵ *Op. cit.*, nota 1.

sancionador de la empresa”.¹⁶ El derecho penal de tres velocidades consistiría en un derecho penal “de la cárcel” en el que se mantendrían “rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales”, una segunda velocidad para los delitos económicos en los que se flexibilizarían los principios clásicos penales pero las penas se restringirían a las penas de privación de derechos o pecuniarias, y una tercera velocidad (derecho penal del enemigo) en la que el derecho penal de la cárcel concurriría con una disminución de las garantías. El derecho de intervención, destinado a prevenir los ilícitos en materia de drogas, económicos, ecológicos, sería un derecho, entre el público y el privado, que tendría elementos penales, sería estrictamente preventivo y renunciaría al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Por su parte, el derecho sancionador de empresas estaría situado entre el derecho penal tradicional dirigido a las personas y el derecho administrativo y en donde la autoría estaría restringida a las personas jurídicas y las sanciones estarían adecuadas a la naturaleza social del autor. A nuestro modo de ver, y pese a las diferencias que existen entre estas tres propuestas, lo que se busca con ellas puede lograrse: (i) manteniendo el derecho penal para los ilícitos económicos que se consideren más graves (como quiere todo derecho penal que se pretenda mínimo) y creando penas no corporales, graves y adecuadas contra las empresas infractoras; (ii) reformando los sistemas de responsabilidad civil para admitir la responsabilidad objetiva y los daños punitivos (*punitive damages*) del derecho anglosajón o admitiendo la reparación del daño como “tercera vía punitiva”, y (iii) despenalizando las infracciones económicas menos graves y adecuando las garantías penales y procesales a un derecho administrativo sancionador que ya reconoce la responsabilidad de las personas morales. Pero el derecho penal o es garantista o no es derecho penal.

3. *El derecho penal económico debe ser un derecho penal mínimo*

Si el derecho penal económico quiere seguir siendo derecho penal en un Estado constitucional de derecho no le queda otro camino que ser derecho penal mínimo. Y es que:

¹⁶ *Op. cit.*, nota 11.

la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etcétera—. Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del derecho penal. Esta limitación del derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del Estado de derecho de nuestra Constitución: como el derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.¹⁷

La decisión de optar por la penalización de los ilícitos económicos en lugar de aprovechar el instrumental alternativo del ordenamiento jurídico, tales como los mecanismos de responsabilidad civil y el derecho administrativo sancionador, se justifica muchas veces en lo inadecuado de estos mecanismos. Se afirma, a partir de estudios de análisis económico del derecho, que, dado que el delincuente económico busca siempre “maximizar sus propios beneficios económicos” hay que optar por el derecho penal para que quede claro para la sociedad y el infractor que “el crimen no paga”. Pero lo cierto es que el derecho penal en muchos de los ámbitos económicos objeto de legislación penal “cumple más funciones simbólicas que instrumentales, en la medida en que nos vamos a encontrar ante tipos poco aplicables, y cuando no lo son, inaplicados”.¹⁸ El resultado no deja de ser desalentador.

¹⁷ Roxin Claus, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 2001, p. 65.

¹⁸ Cuesta Aguado, Mercedes de la, *op. cit.*, nota 13, p. 170.

Por un lado, porque la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al derecho penal a cargas que éste no puede soportar. Desde luego, en tanto en cuanto se mantenga un modelo más o menos análogo al clásico de garantías y reglas de imputación. Pero seguramente tampoco aunque dicho modelo se someta a fracturas que lo desnaturalicen por completo. Pues se dan fenómenos (los llamados ‘macroproblemas’: grandes cuestiones sociopolíticas) cuyo carácter macroscópico, estructural o sistémico determina que, aun cuando pudiera predicarse de ellos una naturaleza globalmente “criminal”, el derecho penal no constituya —ya conceptualmente— el mecanismo adecuado para una gestión razonable de los mismos.¹⁹

El derecho penal económico no puede ser la continuación de la política económica por otros medios, máxime cuando se sabe que “los problemas de las grandes cifras raramente pueden ser estimados problemas para los que la protección penal sea adecuada”.²⁰ De ello ha sido consciente el legislador al establecer el marco legal del sistema monetario y financiero como se verá a continuación.

II. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO DEL SISTEMA MONETARIO Y FINANCIERO

1. *El modelo sancionador de la Ley Monetaria y Financiera (LMF)*

En República Dominicana puede afirmarse, como se afirma en España, que:

la elección de los modelos sancionatorios de respuesta a la infracción de normas que rigen la actividad económica —es decir, del modelo de respuesta a las diferentes formas de criminalidad económica— forma también parte del ámbito no limitado por la Constitución respecto a la elección del sistema económico. En otras palabras: la Constitución no exige un modelo

¹⁹ Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Montevideo, B. de F., 2006, p. 63.

²⁰ *Ibidem*, p. 143.

de sanción administrativa o penal, porque ese modelo forma parte del sistema de política económica en cuyo establecimiento es neutral la norma constitucional, y es posible escoger cualquier modelo siempre que garantice la confianza en la vigencia de las normas jurídicas que regulan la actividad económica.²¹

En el caso específico del sistema monetario y financiero, no existe ninguna obligación constitucional de regulación de dicho sistema mediante leyes penales, aunque una regulación de sanciones de derecho sancionador administrativo no puede descartar la exigencia de cohesión con las leyes penales, sea el Código Penal o leyes especiales.

La LMF ha optado por un modelo sancionador que tiene como eje la potestad sancionadora de la administración monetaria y financiera (AMF). La exposición de motivos es elocuente en cuanto al contenido y el propósito del régimen sancionador que establece la LMF:

...se consagra un régimen sancionador construido sobre la base de los modernos requerimientos del derecho sancionador administrativo. Se establecen claramente las reglas de ponderación, los tipos de infracción y las correspondientes sanciones, así como las especialidades del procedimiento sancionador. Con ello se diseña el sistema sancionador como algo predecible y claro, auténticamente coherente con los incentivos que presiden la redacción del articulado del proyecto. Consciente de que una multa puede suponer desde la perspectiva financiera un mero coste asociado, se impone por los mismos actos sanciones rigurosas a los administradores de las entidades o a quienes ejerzan su verdadero control, al objeto de disuadir la comisión personal de infracciones para aquéllos que pretenden meramente ampararse en el velo de la personalidad jurídica de la compañía. La propuesta rompe ese velo, uniéndose a aquellas legislaciones modernas que en determinados casos estiman apropiado este efecto jurídico para evitar los efectos del abuso del derecho.

El modelo escogido tiene sus ventajas en un sector regulado por una administración independiente —la AMF— como lo es el sistema monetario y financiero. El derecho administrativo sancionador:

persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no

²¹ Pérez del Valle, Carlos, *op. cit.*, nota 6, p. 31.

tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad) (...) Así, cabría afirmar que es el derecho sancionador de conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las grandes cifras, el problema estructural o sistémico). Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por puros criterios de oportunidad. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado.²²

Hay que enfatizar que el reconocimiento de potestad sancionadora a la AMF constituye el cierre del sistema monetario y financiero regulado por esta autoridad y la última técnica de protección del interés público que ésta resguarda.

Precisamente por su consideración de cierre, la Administración está obligada a agotar el resto de técnicas presentes, y no depositar la eficacia del sistema exclusivamente en la sanción. En un sistema eficaz, los intereses públicos se logran con persuasión, formación, información, normas jurídicas y en última instancia, con represión. La sanción administrativa no es más que una técnica cuya importancia debe de sopesarse cuidadosamente dado que los intereses públicos no se hallan más protegidos mediante la imposición de sanciones administrativas, por significativas que éstas puedan llegar a ser. La visión de la sanción como técnica y no como respuesta automática ante el incumplimiento de un deber legal, choca quizás con la

²² Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 19, p. 137.

visión tradicional de éstas, que pone el acento en su configuración como medida de policía, pero encaja perfectamente con la nueva forma que el legislador la entiende. Ante la dificultad de vigilar e imponer coactivamente los mandatos legales, el legislador prevé cada vez más figuras preventivas a la vez que compensa las mismas con importantísimas medidas sancionadoras. De esta forma, las sanciones son la respuesta al incumplimiento de un deber legal e igualmente son un mensaje al mercado (ejemplaridad de la sanción); en definitiva, son medidas represivas, pero en cierta medida también preventivas, al ejercer un efecto intimidatorio entre los sujetos. Ambas funciones, prevención y represión, son importantes y quizás es la combinación de ambas lo que produce el efecto buscado, que no es otro que la adecuación de la conducta de los sujetos a lo prescrito por la norma jurídica.²³

Como bien ha expresado el Tribunal Supremo de Justicia Español,

el interés general se traduce en un estado de derecho en normas que imponen límites a la actuación de los sujetos públicos y privados. La contravención de tales límites lleva aparejada la correspondiente sanción, que no es sino una técnica de protección o tutela de los correspondientes bienes jurídicos en que se concreta el interés general determinados por la comunidad jurídica; a través de tal técnica se persigue un control preventivo y represivo de la vida social real en orden a la eficacia del orden jurídico y la efectividad por tanto de aquellos bienes (R. 1445/93-03).

Esta doble función de la sanción administrativa permite a la AMF, consciente de la dificultad en imponerla, maniobrar de tal modo que, cuando finalmente la impone en determinado caso, lo hace buscando castigar no sólo al infractor sino también advertir al resto de las entidades reguladas sobre la posición de las autoridades frente a las infracciones.

2. *Las infracciones penales*

El artículo 80 de la LMF establece:

Artículo 80. Serán condenadas por los tribunales penales competentes de la República con multas de quinientos mil pesos (RD\$500,000.00) a dos millo-

²³ Belando Garín, Beatriz, *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Madrid, Civitas, 2004, p. 231.

nes quinientos mil pesos (RD\$2,500,000.00) y penas de tres (3) a diez (10) años de prisión, las personas que cometan las infracciones que se detallan a continuación:

a) Las autoridades, funcionarios y personal de la Administración Monetaria y Financiera, y los funcionarios, empleados, accionistas, directores, administradores y funcionarios de las entidades de intermediación financiera y demás entidades sujetas a regulación en virtud de la presente Ley, así como cualquier persona física o jurídica, que conscientemente difundan por cualquier medio falsos rumores u organicen campañas difamatorias relativas a la liquidez o solvencia de una o varias entidades de intermediación financiera y la estabilidad del mercado cambiario.

b) Las autoridades, los funcionarios y el personal de la Administración Monetaria y Financiera que divulguen o revelaren cualquier información de carácter reservado o confidencial sobre las operaciones de la Administración Monetaria y Financiera o sobre los asuntos comunicados a ésta, o se aprovecharen de tales informaciones para su lucro personal, no estando comprendidos dentro de estas infracciones los intercambios de informaciones a los cuales está obligada la Administración Monetaria y Financiera en virtud de esta Ley y otras disposiciones legales vigentes al momento de la entrada en vigor de la presente Ley.

c) Los que infrinjan las disposiciones del artículo 25, literal d), de la presente Ley, los que se asocien con ellos directa o indirectamente, y los que rehusaren recibir los billetes y las monedas nacionales por su valor facial.

d) Los miembros del Consejo de Directores, funcionarios, auditores y empleados de las entidades de intermediación financiera que alteren, desfiguren u oculten datos o antecedentes, libros, estados de cuentas, correspondencias u otros documentos o que consientan la realización de estos actos y omisiones con el fin de obstaculizar, dificultar, desviar o evadir la fiscalización que corresponda efectuar a la Superintendencia de Bancos.

e) Los miembros del Consejo de Directores, funcionarios, auditores y empleados de las entidades de intermediación financiera que a sabiendas hubieren elaborado, aprobado o presentado un balance o estado financiero adulterado o falso, o que hubieren ejecutado o aprobado operaciones para encubrir la situación de la institución.

f) Los accionistas, directores, gerentes, funcionarios y empleados de una entidad de intermediación financiera que sea sometida al procedimiento de disolución, en los casos siguientes:

1) Si hubieren reconocido deudas inexistentes con el fin de vaciar patrimonialmente la entidad.

2) Si hubieren simulado enajenaciones, en perjuicio de los depositantes y otros acreedores.

3) Si hubieren comprometido en sus negocios los bienes recibidos en calidad de depósito en virtud de un mandato legal, conforme a las normas establecidas.

4) Si conociendo la resolución de disolución de la entidad, hubieren realizado algún acto de administración o disposición de bienes.

5) Si dentro de los treinta (30) días anteriores a la resolución de disolución, hubieren pagado a un acreedor o depositante en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una obligación.

6) Si hubieren ocultado, alterado, falsificado o inutilizado los libros o documentos de la entidad y los demás antecedentes justificativos de los mismos.

7) Si dentro de los sesenta (60) días anteriores a la fecha de la resolución de disolución, hubieren pagado intereses en depósitos a plazos o cuentas de ahorro a tasas considerablemente superiores al promedio vigente en el mercado en instituciones similares, o hubieren vendido bienes de sus activos a precios notoriamente inferiores a los del mercado, sin la aprobación previa de la Superintendencia de Bancos, o empleando otros medios ruinosos para proveerse de fondos.

8) Si hubieren formalizado contratos en perjuicio de la entidad de intermediación financiera con personas vinculadas.

9) En general, siempre que hubieren ejecutado dolosamente una operación que disminuya los activos o aumente los pasivos de la entidad. Las enajenaciones, traspaso, establecimiento de gravámenes y otras cesiones de derechos, realizados treinta (30) días antes del sometimiento a los tribunales, podrán ser impugnados y declarados fraudulentos y en consecuencia serán nulos frente a terceros.

3. Sentido del régimen penal en la LMF:

la protección de la capacidad de supervisión de la AMF

La decantación por un modelo sancionador eminentemente administrativo no significa que la LMF es indiferente al derecho penal. No. Pero cuando se analizan las diferentes infracciones penales consagradas por el legislador, veremos que lo que la LMF pretende, en gran medida, es reforzar el modelo regulatorio de las entidades de intermediación financiera y las funciones de regulación a cargo de la AMF, en especial sus potestades de supervisión e inspección. Así, se busca impedir que la propalación de informaciones falsas o difamatorias propicie el pánico financiero (artículo 80.a), que las autoridades, funcionarios y personal de

la AMF revelen información a la cual haya tenido acceso en virtud de sus funciones o se aprovechen para su lucro personal de ésta (artículo 80.b); que se altere la información contable de las entidades de intermediación financiera “con el fin de obstaculizar, dificultar, desviar o evadir la fiscalización que corresponda efectuar a la Superintendencia de Bancos (artículo 80.d); que se elaboren, aprueben, o presenten balances financieros adulterados o falsos “para encubrir la situación de la institución” (artículo 80.e). Las otras infracciones penales que establece la LMF, aunque no tienen directamente como finalidad tutelar el modelo regulatorio monetario y financiero, indirectamente lo tutelan en la medida en que protegen la moneda como medio de pago (artículo 80.c) y sancionan aquellas personas que escaparon a la supervisión y a la potestad sancionadora de la AMF al realizar operaciones prohibidas que disminuyan los activos o aumenten los pasivos de una entidad sometida al procedimiento de disolución (artículo 80.f).

Queda claro aquí que la normativa penal y el derecho penal económico que surge de ésta es la válvula de cierre de un modelo regulatorio del sistema monetario y financiero centrado en las diversas vías de control administrativo preventivo (procedimiento de autorización, etcétera) y en la actuación preventivo-policial, de vigilancia, de supervisión o inspección. Este modelo requiere, por parte de la administración, permanente y fluido acceso a la información de las entidades reguladas las cuales, si bien según los principios del Acuerdo de Basilea recogidos en la LMF, tienen una mayor autonomía en el control de sus riesgos y de sus niveles de gestión, están sujetos a intensa supervisión por parte de las autoridades. Y es que:

el poder coercitivo del Estado en el control y supervisión de las empresas alcanza uno de sus máximos exponentes en el caso de los bancos, sujetos a una regulación prudencial específica, de dimensión desconocida en otros sectores (...) El mayor rigor normativo al que están sujetos los bancos respecto a otras empresas industriales, sobre todo en el contexto de la supervisión prudencial y preventiva, el amplio abanico de disposiciones normativas al que están sujetos, sin equivalencia en otros sectores, unido a su alta complejidad, hacen de la regulación bancaria una regulación especial. Este marcado rigor normativo, centrado especialmente en la solvencia y el control de riesgos de estas entidades se asienta, entre otros, sobre dos pilares básicos: la potencial fragilidad de estas entidades unido a sus potentes

externalidades y el importante efecto impulsor de la actividad económica que pueden ejercer estas empresas.²⁴

El régimen penal que construye la LMF es uno propio adecuado a la naturaleza de la actividad de intermediación financiera y al Estado que regula esta actividad. Como bien expresa la exposición de motivos, la LMF:

entiende el negocio bancario como una actividad privada sujeta a un régimen de previa autorización por la administración y por ello, se abandona el modelo de supervisión financiera inspirado tácitamente en la co-administración o franquicia estatal sobre el negocio bancario y en su lugar se establece un modelo de supervisión basado en un esquema de seguimiento permanente de las condiciones de liquidez y solvencia que se conciben como mínimas, para así evitar la insolvencia regulatoria.

Y es que, al abandonarse el esquema cuasiconcesional de las franquicias bancarias y la creencia de que la banca era un servicio público, ello trae aparejado la necesidad de intensificar los poderes regulatorios de las autoridades. Y es que a mayor intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos, menor supervisión del Estado de dicha prestación, pues nadie puede supervisarse a sí mismo. Sin embargo, cuando es la sociedad o la economía privada la que presta el servicio, entonces hay una mayor supervisión estatal para garantizar que los particulares prestan adecuadamente el servicio. La normativa penal lo que busca entonces es garantizar la capacidad efectiva de supervisión e inspección por parte de las autoridades monetarias y financieras: por eso se sanciona al que manipula la información monetaria y financiera o al que de algún modo obstaculiza la supervisión de la AMF.

El derecho penal económico de la LMF es el del Estado vigilante, del Estado regulador, del Estado de la prevención, propio de una sociedad del riesgo que, en el ámbito monetario y financiero, tiene unas dimensiones y repercusiones insoslayables, como lo demuestra toda la literatura del riesgo sistémico. Este derecho no deja de manifestar problemas.

²⁴ Barrios, Víctor E., “La regulación bancaria a debate: supervisión pública vs. disciplina de mercado”, *Documento de trabajo*, núm. 03-02, Universidad de Valencia, noviembre de 2003.

En efecto, según parece, la desconfianza frente a la suficiencia preventiva de los mecanismos comunicativos/contrafácticos penales o administrativos es la que conduce a implantar mecanismos complementarios de índole cognitiva (exigencia de autorización o licencia, inspección, supervisión de actividades. Pero, acto seguido, el mecanismo cognitivo de protección pasa a ser protegido de las posibles interferencias mediante otro mecanismo comunicativo/contrafáctico. Así, la actuación sin licencia o la obstaculización de los procedimientos de inspección se definen como infracciones, a cuya comisión se asocian sanciones penales o administrativas; de este modo, el eje del sistema vuelve a ser la prevención comunicativa, eso sí, sustancialmente más alejada del momento de lesión. En teoría, sería posible introducir todavía en este momento nuevos mecanismos cognitivos de apoyo y, a su vez, otros refuerzos comunicativos de protección de los mismos. Sólo que llega un momento en el que parece difícil distanciarse un punto más de la lesión de bienes personales o patrimoniales.²⁵

Esto es evidente en la LMF, la cual sujeta la actividad de intermediación financiera al régimen de autorización previa (artículo 3.a), define los requisitos de esta autorización (artículo 37), establece las normas prudenciales y de evaluación de activos (título III, sección IV), dedica todo un apartado al régimen de supervisión a las que estarán sometidas las entidades de intermediación financiera (título III, sección VI), para finalmente cerrar el sistema regulatorio al establecer como infracciones muy graves la realización de actividades de intermediación financiera sin autorización (artículo 68.a.1) y “resistir o negarse a la inspección de la administración monetaria y financiera y demostrar falta de colaboración en la realización de las tareas de inspección que se ejecuten de conformidad con las disposiciones reglamentarias” (artículo 68.a.3).

Llegados aquí, sólo cabe decir que la LMF ha arribado al estado más avanzado del derecho sancionador de la sociedad del riesgo. Ha construido una autoridad independiente a cuyo cargo queda la regulación del sistema monetario y financiero. Ha incluido dentro de las potestades regulatorias la de supervisión y la sancionatoria. Ha tipificado como ilícitos administrativos las inconductas que ponen en jaque la solvencia, la gestión y la liquidez de las entidades de intermediación financiera. Final-

²⁵ Silva Sánchez, Jesús María, “Hacia al derecho penal del Estado de la prevención”, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 313.

mente, ha tutelado penal y administrativamente la capacidad de supervisión de las autoridades, pero sin caer en la tentación de considerar ilícito penal la perturbación aislada de la actuación inspectora, pues ello constituye un ilícito de desobediencia que no debe dar lugar a penas privativas de libertad sino tan solo sanciones severas de multa o de inhabilitación que no conllevan la reprobación ético-jurídica que expresa un “fracaso personal”,²⁶ como es el modelo escogido por la LMF cuyo artículo 68.a.3, supracitado, considera tal conducta infracción administrativa muy grave pero no ilícito penal.

4. *Algunas cuestiones de autoría*

A. La responsabilidad de las personas morales

La LMF admite la responsabilidad administrativa de las personas morales. En cuanto a la responsabilidad penal, la misma sólo está contemplada expresamente para las personas jurídicas que cometan pánico financiero. Sobre la responsabilidad penal es preciso enfatizar que:

lo que no pueden sufrir las personas morales son lógicamente las penas privativas de libertad por la imposibilidad de ejecución de las mismas sobre una ficción jurídica y por la inconstitucionalidad de toda disposición legal que pretenda hacer responsable a los representantes y funcionarios de la persona moral por las infracciones cometidas por la persona moral que no impliquen su responsabilidad personal.²⁷

En este sentido, la propuesta de modificación de la LMF establece que “cuando cualquiera de los delitos previstos en las secciones I y II del Título IV de la presente Ley, se hubiere cometido por decisión de los órganos directivos de una persona jurídica, ésta última será responsable penalmente. En estos casos se impondrá pena de multa de hasta el doble del valor previsto para el delito correspondiente” (artículo 123).

²⁶ Kindhauser, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 452.

²⁷ Jorge Prats, Eduardo, “El poder sancionador de la administración tributaria”, *Estudios jurídicos*, 1994, p. 71.

B. La responsabilidad de los directores

El artículo 80, en sus literales d), e) y f), considera responsables de las infracciones reguladas por los mismos a “los miembros del Consejo de Directores” y a los “directores” de las entidades de intermediación financiera. Aquí es importante señalar que las normas de buen gobierno corporativo bancario sugieren que los miembros de los directorios hagan constar en las actas de las reuniones de estos órganos sus oposiciones y disensos. Esto es clave si se quiere lograr una exoneración penal, aunque no lo es todo pues la oposición expresa del administrador al acuerdo ilícito debe ser la consecuencia del comportamiento efectivo y ausente de dolo y negligencia de éste. El campo de la responsabilidad penal generada por la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad apenas ha sido inaugurado por la LMF y habrá que ver cómo evoluciona en este sentido la jurisprudencia.

5. Compatibilidad de sanciones

Mucha polémica ha generado el artículo 66.b de la LMF en su parte concerniente a la compatibilidad de las sanciones penales y civiles. Es claro que “la administración no puede concluir un procedimiento sancionador respecto a hechos tipificados como delitos o faltas sin que antes la jurisdicción penal haya conocido de ellos”,²⁸ a menos que la ley, como lo hace la LMF, establezca que “cuando los hechos constituyan a la vez infracciones administrativas e infracciones penales, sin perjuicio de sancionar las infracciones administrativas, la administración monetaria y financiera iniciará la acción penal con respecto a las infracciones penales una vez finalizado el procedimiento sancionador administrativo”. Es decir, que, conforme a la LMF, lo administrativo es previo a lo penal, lógicamente siempre y cuando la AMF opte por lo administrativo pues ya sabemos que, en virtud del principio de oportunidad, puede perseguir o no administrativamente o, simplemente, iniciar la acción penal por considerar que se encuentra ante un ilícito penal. En todo caso, conforme la LMF, “el ejercicio de la acción por infracciones penales no suspende los procedimientos de aplicación y cumplimiento de las sanciones por in-

²⁸ *Ibidem*, p. 60.

fracción administrativa”. La LMF reitera el principio constitucional del *non bis in idem*²⁹ al disponer que “en ningún caso podrá sancionarse a una misma personas dos (2) veces por un mismo hecho”.

6. Aspectos penales de la propuesta de modificación de la LMF

A. ¿Forma parte la “regulación penal” de la regulación económica?

La propuesta de modificación de la LMF sometida por las autoridades y pendiente de aprobación en el Congreso Nacional (al mes de septiembre de 2007) dedica todo un título de la LMF a lo que denomina “regulación penal del sistema monetario y financiero”. El uso de esta expresión obliga a una serie de precisiones. Junto con Victoria Contreras, consideramos que:

Los abogados usualmente entendemos por regulación la actividad estatal de producir normas, de reglamentar. Así, cuando se habla de regulación económica, se entiende que nos estamos refiriendo, a la acción del Estado de dictar normas de carácter general, que ordenan la economía y fijan los parámetros de intervención del Estado y los derechos y obligaciones de los agentes económicos en los mercados, es decir, la acción de reglamentar. Y es lógico que sea así: la palabra “regulación” proviene del latín *regulare*, que significa someter a una regla, por lo que parecería obvio que por regulación nos referimos a la potestad de los poderes públicos, especialmente del legislativo y del ejecutivo, de imponer determinadas reglas a los administrados.

Pero la regulación hoy en día, y especialmente la económica, no comprende exclusivamente la aprobación de normas por parte del legislador o del ejecutivo, sino que abarca un conjunto de poderes de actuación estatal de muy diverso signo y que se le atribuyen a unos órganos especiales de la administración, denominados “agencias”, “administraciones”, “autoridades” o “comisiones reguladoras independientes”. Por regulación habría que entender un control prolongado, intenso y localizado, que se ejerce por una agencia del Estado, sobre una actividad a la cual la sociedad atribuye especial relevancia. De manera que regular no sólo es producir normas sino también supervisar el ejercicio de una actividad, ordenar el fun-

²⁹ Jorge Prats, Eduardo, *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2005, t. II, p. 368.

cionamiento del mercado, resolver disputas entre particulares y sancionar a aquellos que violen las normas de un sector.³⁰ La regulación sería, entonces, “toda la serie de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos sobre la libre actividad de las empresas y los ciudadanos por razones de interés público. Las regulaciones así entendidas se expresan tanto en leyes como en reglamentos y órdenes o actos administrativos producidos en los diferentes niveles de gobierno o en las organizaciones no gubernamentales o autorreguladas que tengan poderes reguladores delegados.”³¹

Este sentido contemporáneo de regulación nos retorna al significado originario del término. En efecto, la palabra “regulación” es utilizada por vez primera en el siglo XVIII, en los campos de la biología y de la cibernética, para referirse a la capacidad de las máquinas o de los cuerpos para recuperar su propio equilibrio. Trasladado al ámbito de las ciencias sociales, la regulación sería la actividad que tendría por finalidad garantizar los equilibrios en el mercado o los equilibrios sociales. La noción de regulación remitía, en consecuencia, al fin perseguido, esto es, la función de garantía de los equilibrios en el mercado o en la sociedad, con abstracción del instrumento o instrumentos que sirvan a ese fin. Precisamente, ese es el sentido que ha tenido siempre el vocablo *regulation* en la tradición del derecho angloamericano: cualquier intervención del Estado en la economía o en la sociedad, sea de carácter normativo, ejecutivo o judicial, es calificada como regulatoria.³² Es preciso enfatizar que la propia LMF dispone que “la regulación del sistema [monetario y financiero] comprende la fijación de políticas, reglamentación, ejecución, supervisión y aplicación de sanciones, en los términos establecidos en esta Ley en los Reglamentos dictados para su desarrollo” (artículo 1.b). En otras palabras, la LMF incorpora el concepto de regulación económica en el plano monetario y financiero en el sentido amplio del término.³³

Es claro que, cuando la propuesta de modificación de la LMF, habla de “regulación penal”, se refiere a ella en sentido estricto porque: (i) la LMF confiere todas las potestades regulatorias a la AMF y es obvio que

³⁰ Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Madrid, Civitas, 2004, p. 1173.

³¹ Jorge Prats, Eduardo, *op. cit.*, nota 29, p. 64.

³² Ogus, Anthony, *Regulation: Legal form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

³³ Jorge Prats, Eduardo y Victoria Contreras, Omar E., *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, Santo Domingo, CEDEPREF, 2007, en prensa.

la regulación penal sólo puede estar en manos del legislador, y (ii) la legislación penal no forma parte de la regulación económica, por lo menos tal como la concibe la LMF, y a lo más puede verse como un mecanismo de reforzamiento de las potestades regulatorias de las autoridades como ya hemos explicado anteriormente.

B. Los nuevos tipos penales

A continuación, copiamos in extenso todo el título IV de la propuesta de modificación. Ésta consiste básicamente en la penalización de ilícitos administrativos contenidos en la LMF:

TÍTULO IV
REGULACIÓN PENAL DEL SISTEMA MONETARIO Y FINANCIERO
SECCIÓN I
RÉGIMEN PENAL BANCARIO

Artículo 109. Intermediación Financiera no Autorizada. El que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realice operaciones de intermediación financiera de acuerdo a lo prescrito en la presente ley, sin contar con la autorización de la Junta Monetaria será condenado con pena de cuatro (4) a diez (10) años de prisión, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00) e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. Los bienes decomisados por el Ministerio Público o por la Superintendencia de Bancos, quedarán bajo la custodia del Ministerio Público y a disposición de los tribunales competentes.

Artículo 110. Pánico Financiero. Los funcionarios, empleados, accionistas, directores o administradores de las entidades de intermediación financiera y demás entidades sujetas a regulación en virtud de la presente ley, así como cualquier persona física o jurídica que voluntariamente difundan, por cualquier medio, falsos rumores u organicen campañas difamatorias, relativas a la estabilidad del mercado financiero o cambiario o a la liquidez o solvencia de una o varias entidades de intermediación financiera o cambiaria, serán condenados con pena de dos (2) meses a tres (3) años de prisión, multa de quinién-

tos mil pesos (RD\$500,000.00) a tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. Si el delito fuere cometido por autoridades, funcionarios y personal de la Administración Monetaria y Financiera, la pena será de dos (2) años a cuatro (4) años de prisión, multa de quinientos mil pesos (RD\$500,000.00) a tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. Si como consecuencia de los falsos rumores o campañas difamatorias se ocasionaren retiros masivos de depósitos, la pena aplicable será de cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. Las personas antes citadas que reincidan en la comisión de los hechos sancionados en el presente artículo, serán condenadas con la pena más alta descrita en este artículo.

Artículo 111. Fraudes Mediante Préstamos de Última Instancia. Los miembros del Consejo de Directores, gerentes, representantes legales o funcionarios responsables de una entidad bancaria, de crédito o cualquier otra que realice intermediación financiera que soliciten u obtengan de la Administración Monetaria y Financiera préstamos de última instancia, simulando deficiencias temporales de liquidez u ocultando una situación de insolvencia, serán condenados a la pena de prisión cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. En

igual pena incurrirán las autoridades, funcionarios y empleados de la Administración Monetaria y Financiera que autoricen o concedan préstamos de última instancia en inobservancia de las prohibiciones fijadas legalmente sobre monto global, plazo de concesión y cantidad de créditos autorizados reglamentariamente a una misma entidad.

Artículo 112. Uso Indevido de Préstamos de Última Instancia. Los miembros del Consejo de Directores, gerencia y representantes legales de una entidad de intermediación financiera que distrajeren hacia otros fines fondos obtenidos por concepto de préstamos de última instancia, serán condenados a la pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta.

Artículo 113. Préstamos a Vinculados Otorgados en Exceso al Límite Establecido Legalmente. Los miembros del Consejo de Directores, gerencia, representantes legales u otros funcionarios de una entidad bancaria, de crédito o cualquier otra que realice intermediación financiera, que mediante el uso de maniobras fraudulentas, directa o indirectamente, autoricen o concedan préstamos u otra clase de financiamiento por encima de los límites establecidos en la presente Ley y los Reglamentos correspondientes, a favor de personas físicas, morales, o personas vinculadas a accionistas o miembros del Consejo de Directores de la institución o controladas por estos, serán condenados a la pena de prisión de cuatro (4) años a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta.

Artículo 114. Operaciones Financieras Simuladas. Los que, valiéndose de nombres o calidades simuladas o empleando cualquier otro manejo fraudulento, transfieran, retiren fondos, tomen u otorguen créditos, cancelen obligaciones, abran cuentas bancarias, o realicen cualquier otra operación financiera fraudulenta, por cualquier medio, con el propósito de perjudicar intereses ajenos o el patrimonio de la entidad de intermediación financiera u obtener un lucro indebido, serán condenados con la pena de

prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta.

Artículo 115. Emisión Dolosa de Instrumentos Financieros. Los miembros del Consejo de Directores, gerentes, representantes legales, funcionarios o empleados de una entidad de intermediación financiera, de apoyo y/o de servicios conexos, de crédito o cualquier otra que realice intermediación financiera, que emitan instrumentos financieros sean o no irregulares, apropiándose fraudulentamente de fondos captados del público, serán condenados con la pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación por cinco (5) años para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta.

Artículo 116. Uso Indevido de Información Privilegiada. Las autoridades, los funcionarios y el personal de la Administración Monetaria y Financiera, que utilizaren, divulgaren, cedieren o revelaren cualquier información de carácter reservado o confidencial sobre las operaciones de la Administración Monetaria y Financiera o sobre los asuntos comunicados a ésta, o se aprovecharen de tales informaciones para su lucro personal, no estando comprendidos dentro de estas infracciones los intercambios de informaciones a los cuales está obligada a Administración Monetaria y Financiera en virtud de la esta Ley y otras disposiciones legales vigentes, será condenado con la pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de quinientos mil pesos (RD\$500,000.00) a tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. En la misma pena incurrirán los miembros del Consejo de Directores, gerentes, representantes legales, funcionarios o empleados de una entidad de intermediación

financiera, que directamente o mediante terceros, en perjuicio de la entidad, utilizaren, divulgaran, cedieren o revelaren cualquier información de carácter reservado o confidencial.

Artículo 117. Adulteración y Falsificación de Libros, Registros y Balances. Los miembros del consejo de directores, funcionarios, auditores internos y externos, y empleados de las entidades de intermediación financiera, que hubieren elaborado, aprobado, o presentado un balance o estado financiero adulterado o falso, o que hubieren ejecutado o aprobado operaciones para encubrir la situación de la institución serán condenados con la pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del consejo de directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. En la misma pena incurrirán los que alteren, desfiguren u oculten datos o antecedentes, libros, estados de cuentas, actas de los órganos societarios, correspondencias u otros documentos o que consientan la realización de estos actos y omisiones con el fin de obstaculizar, dificultar, desviar, o evadir la fiscalización que corresponda efectuar a la Superintendencia de Bancos.

Artículo 118. Delitos Específicos a los Mecanismos de Resolución. Los miembros del Consejo de Directores, accionistas, gerentes, representantes legales, funcionarios responsables o empleados de una entidad de intermediación financiera que se encuentre sometida a uno de los mecanismos de resolución regulados en la presente Ley, serán condenados con la pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación definitiva para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta, en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si conociendo la decisión de aplicación de uno de los mecanismos de resolución de la entidad, hubieren realizado algún acto de administración o disposición de bienes;

b) Si dentro de los treinta (30) días anteriores a fecha de la decisión de aplicación de uno de los mecanismos de resolución de la entidad, hubieren pagado a un acreedor o depositante en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una obligación;

c) Si dentro de los sesenta (60) días anteriores a la fecha de la decisión de aplicación de uno de los mecanismos de resolución de la entidad, hubieren pagado intereses en depósitos a plazos o cuentas de ahorro a tasas considerablemente superiores al promedio vigente en el mercado en instituciones similares, o hubieren vendido bienes de sus activos a precios inferiores a los del mercado, sin la aprobación previa de la Superintendencia de Bancos, o empleando otros medios ruinosos para proveerse de fondos, y

d) Si hubieren ejecutado dolosamente operaciones financieras que disminuyan los activos, aumenten los pasivos, o perjudiquen patrimonialmente a la entidad.

Artículo 119. Asociación Ilícita Financiera. El que tomare parte de una asociación o grupo, cualquiera sea su duración o el número de sus miembros, con el objeto de planificar o cometer uno o más delitos contra el sistema financiero será condenado con pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años, multa de tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00) a diez millones de pesos (RD\$10,000,000.00), e inhabilitación por diez (10) años para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta.

SECCIÓN II

RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO

Artículo 120. Intermediación Cambiaria no Autorizada. El que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realice operaciones de intermediación cambiaria sin contar con la autorización de la Junta Monetaria, será condenado a la pena de prisión de dos (2) a cuatro (4) años, multa de quinientos mil pesos (RD\$500,000.00) a tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00), e inhabilitación por cinco (5) años para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. Los bienes decomisados por el Ministerio Público o por la Superintendencia de Bancos, quedarán bajo la custodia del Ministerio Público y a disposición de los tribunales competentes.

Artículo 121. Manipulación en el Mercado Cambiario. El que permita o realice maniobras, prácticas o cualquier otra actuación que tengan el propósito de manipular el precio o volumen establecido por el mercado cam-

biario sobre las divisas, será condenado con pena de prisión dos (2) a cuatro (4) años, multa de quinientos mil pesos (RD\$500,000.00) a tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00), e inhabilitación por diez (10) años para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta.

Artículo 122. Informaciones Falsas Sobre Operaciones de Cambio. El que estando autorizado para realizar operaciones de intermediación cambiaria y, a sabiendas, hubiere elaborado, aprobado, presentado o suministrado a la Administración Monetaria y Financiera un balance o estado financiero adulterado o falso, así como cualquier otra información falsa, o que hubieren ejecutado o aprobado operaciones para encubrir la situación de la institución, será penado con prisión dos (2) a cuatro (4) años, multa de quinientos mil (RD\$500,000.00) a tres millones de pesos (RD\$3,000,000.00), e inhabilitación por cinco (5) años para realizar las actividades de intermediación definidas en la presente Ley, ser parte de una entidad de intermediación, sea en calidad de accionista, miembro del Consejo de Directores, funcionario, gerente, administrador, auditor, empleado o bajo contrato de servicios, así como para ocupar cargos dentro de la Administración Monetaria y Financiera o prestar servicios a ésta. En la misma pena incurrirán los que alteren, desfiguren u oculten datos, antecedentes, libros, correspondencia u otros documentos o, que toleren la realización de estos actos y omisiones, con el fin de obstaculizar, dificultar, desviar o evadir la fiscalización que corresponda efectuar a la Administración Monetaria y Financiera.

Artículo 123. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Cuando cualquiera de los delitos previstos en las Secciones I y II del Título IV de la presente Ley, se hubiere cometido por decisión de los órganos directivos de una persona jurídica, ésta última será responsable penalmente. En estos casos se impondrá pena de multa de hasta el doble del valor previsto para el delito correspondiente.

SECCIÓN III

FACULTAD DE QUERELLAR

Artículo 124. Facultad de Querellar. En los hechos punibles previstos en el presente título y en todos los que afecten al ámbito monetario y financiero como una excepción a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, tanto la Superintendencia de Bancos como el Banco Central de la República Dominicana podrán actuar como querellantes en los procesos penales.

C. *¿Hacia un derecho penal económico del enemigo monetario y financiero?*

Como se puede observar de la lectura de los artículos de la LMF antes transcritos, los cambios que se proponen básicamente consisten en la transformación de infracciones administrativas en penales como las relativas a la realización de actividades de intermediación financiera sin autorización y los préstamos a vinculados en exceso al límite; el aumento de las penas, la creación de la figura de la asociación financiera, el establecimiento de un principio general de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el otorgamiento a la AMF de la facultad de querrellarse penalmente.

No hay tiempo ni espacio ahora para comentar todas estas modificaciones. Por el momento, es preciso apuntar que parece sumamente peligroso y un grave retroceso el hecho de que, en la propuesta de modificación de la LMF, el delito de asociación aparezca configurado bajo el modelo de la transferencia, es decir, en donde se sanciona la mera pertenencia a una asociación ilícita. Como bien afirma Silva Sánchez:

para ello, ni siquiera se requiere que se realicen conductas, esto es, que se trate de miembros activos, sino que a la asunción de la condición de miembro se le asocia un declararse dispuesto a intervenir en los delitos-fin de la organización, lo que se estimaría suficiente para la atribución de responsabilidad. Ahora bien, en este planteamiento lo decisivo es el aspecto simbólico de la pertenencia a la institución criminal, la autoexclusión del sistema jurídico, la condición de enemigo.³⁴

La legislación dominicana otorgaría así carta de ciudadanía al modelo de derecho penal del enemigo en el ámbito monetario y financiero con todo lo que ello significa en el plano de las garantías que deben caracterizar el derecho penal en un Estado constitucional de derecho.

³⁴ Silva Sánchez, Jesús María, “¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de participación a través de la organización en el delito”, *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro en homenaje al profesor Gunther Jakobs*, Lima, Ara, 2005, p. 224.