

Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad



Delincuencia empresarial y criminalidad organizada



Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad

Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad y Delincuencia Organizada (RELASEDOR)
y FLACSO Sede Ecuador
ISSN 1390-4299 (en línea) y 1390-3691 - Mayo 2024 - No. 39

URVIO está incluida en los siguientes índices, bases de datos y catálogos:

- Emerging Sources Citation Index (ESCI). Índice del Master Journal List de Thomson Reuters.
- SciELO Ecuador. Biblioteca electrónica.
- Redalyc. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal.
- ERIH PLUS, European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences. Índice de referencias.
- JournalTOCS. Base de datos.
- Directory of Research Journals Indexing (DRJI). Directorio.
- Actualidad Iberoamericana. Índice internacional de revistas.
- CLASE, Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades. Base de datos bibliográfica.
- Directorio LATINDEX, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.
- DIALNET, Universidad de La Rioja. Plataforma de recursos y servicios documentales.
- EBSCO. Base de datos de investigación.
- FLACSO-ANDES, Centro digital de vanguardia para la investigación en ciencias sociales - Región Andina y América Latina - FLACSO, Ecuador. Plataforma y repositorio.
- REDIB, Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico. Plataforma.
- MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas). Base de datos.
- LatAm Studies. Estudios Latinoamericanos. Base de datos.
- Google académico. Buscador especializado en documentación académica y científica.



URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad
Número 39, mayo 2024
Quito - Ecuador

ISSN 1390-4299 (en línea) y 1390-3691

URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, se edita desde 2007 y es una publicación electrónica cuatrimestral (desde 2020) de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), sede Ecuador, y de la Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad y Delincuencia Organizada (Relasedor). Es una publicación arbitrada que utiliza el sistema de revisión externo doble ciego, conforme a las normas de publicación del estilo Chicago, versión Chicago Deusto. La revista se edita en español, además de interfaz, títulos, resúmenes y palabras clave en inglés y portugués. Cada trabajo se identifica con un DOI (Digital Object Identifier System).

Disponible en:

<http://revistas.flacsoandes.edu.ec/indx.php/URVIO>

Información estadística sobre tasas de aceptación e internacionalización en Urvio #39

- Número de trabajos recibidos: 15 manuscritos.
- Número de trabajos aceptados publicados: 7.
- Índice de aceptación de manuscritos: 46.66%
- Índice de rechazo de manuscritos: 53.33%.
- Número de revisores internacionales: 18
- Número de revisores nacionales: 2
- Internacionalización de revisores: 5
(Argentina, Chile, Ecuador, España, Francia).
- Internacionalización de autores: 4 países
(Argentina, Ecuador, España, Francia).

Redes sociales



@revistaurvio



@revista_URVIO



Blog: <https://revistaurvio.wordpress.com/>



Academia.edu: <https://flacso.academia.edu/RevistaUrvio>



FLACSO
ECUADOR



RELASEDOR
Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad
y Delincuencia Organizada

El Comité Editorial de URVIO decidirá la publicación o no de los trabajos recibidos, sobre los cuales no se comprometerá a mantener correspondencia. Los artículos serán sometidos a la evaluación de expertos mediante el sistema de doble ciego. Las opiniones y comentarios expuestos en los trabajos son de responsabilidad estricta de sus autoras y autores, y no reflejan la línea de pensamiento de FLACSO, sede Ecuador. Los artículos publicados en URVIO son propiedad exclusiva de FLACSO, sede Ecuador. Se autoriza la reproducción total o parcial de los contenidos siempre que se cite como fuente a URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad.

Editor Jefe (Editor in Chief)

Dr. Fredy Rivera Vélez, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede Ecuador.

Editor Asociado (Associate Editor)

- Dra. Grace Jaramillo, University of British Columbia, Canadá.
- Mg. Liosday Landaburo Sánchez, Universidad de Salamanca, España.

Cuidado de la edición

Mg. Liosday Landaburo Sánchez, Universidad de Salamanca, España.

Asistente editorial (Editorial Assistant)

Mg. Martin Scarpacci, Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil.

Consejo Científico Internacional (International Scientific Council)

- Dra. Adele Norris, University of Waikato, Nueva Zelanda.
- Dr. Alejandra Otamendi, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Dr. Gustavo Díaz Matey, Universidad Complutense de Madrid, España.
- Dra. Sara Makowski Muchnik, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México.
- Dr. Marco Cepik, Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil.
- Dra. Julia Pulido Gragera, Universidad Europea de Madrid, España.
- Dr. Markus Gottsbacher, Universidad de Viena, Austria.
- Dr. Andrés de Castro García, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España.
- Dr. Daniel Pontón, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Ecuador.
- Dr. Haluk Karadag, Universidad de Baskent, Turquía.

Consejo Internacional de Revisores (International Review Board)

- Dr. Geoffrey Pleyers, Universidad de Lovaina, Bélgica.
- Dr. Marco Méndez, Universidad Nacional de Costa Rica, Costa Rica.
- Dra. Karina Mouzo, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Dr. Cristián Doña-Reveco, University of Nebraska at Omaha, Estados Unidos.
- Dra. Ana J. Bengoa, Universidad de Valparaíso, Chile.
- Dra. Gracia M. Imbertson, Universidad Autónoma de Chiapas, México.
- Dr. Guillem Colom, Universidad Pablo de Olavide, España.
- Dr. Carlos Brito, Universidad Complutense de Madrid, España.
- Mg. Nicolás Álvarez, Center for Higher National Studies, Ministry of Defense, Uruguay.

- Dr. Lester Cabrera, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Ecuador.
- Dr. Iván Poczynok, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Dra. Carolina Sancho, Universidad Autónoma de Chile, Chile.
- Dra. Ainhoa Vázquez, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- Dra.(c) Nelly E. Reséndiz, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- Dr. Daniel Sansó-Rubert, Universidad de Santiago de Compostela, España.
- Dra. Laura Loeza, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- Dra. María Eva Muzzopappa, Universidad Nacional de Río Negro, Argentina.
- Dra. Rut Diamint, Universidad Torcuato Di Tella, Argentina.
- Dra.(c) Liudmila Morales Alfonso, Universidad de Salamanca, España.
- Dr. Juan Antonio Rodríguez, Universidad de los Andes, Venezuela.
- Dra(c). Viviana García Pinzón, Universidad de Marburg, Alemania.
- Dra. Jenny Torres Olmedo, Escuela Politécnica Nacional, Ecuador.
- Dra. Tania Rodríguez Morales, Universidad de Santo Tomás, Colombia.
- Dra. Alma Trejo Peña, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- Dr. Juan Carlos Sandoval, Universidad de Alicante, España.
- Dra. Alice Martini, Scuola Superiore Sant'Anna, Italia.
- Dra. Evelyn Louyse Godoy Postigo, Universidade Federal de São Carlos, Brasil.
- Dr. Pedro Díaz Polanco, Universidad Austral, Chile.
- Dr. Freddy Crespo, Universidad de los Andes, Venezuela.
- Dra. Rita Gradañlle Pernas, Universidad de Santiago de Compostela, España.
- Mg. Alejandro Romero Miranda, Universidad La República, Chile.
- Dr. Sergio Gabriel Eissa, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Dr. Luis Ignacio García Sigman, Universidad de Belgrano, Argentina.
- Dr(c). Luiz Coimbra, Organización de Estados Americanos (OEA), Estados Unidos.
- Dra. Beverly Estela Castillo Herrera, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.
- Dr. Sergio Salazar Araya, Universidad de Costa Rica.
- Dra. Mariana Albuquerque Dantas, Universidade Federal Rural de Pernambuco, Brasil.
- Dr. Johan Avendaño Arias, Universidad Nacional de Colombia.
- Dra. Roberta Camineiro Baggio, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.
- Dra. María Eugenia Suárez de Garay, Universidad de Guadalajara, México.
- Dra. Valeria Guarneros Meza, De Montfort University, Reino Unido.
- Dr. Moisés Garduño García, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.

- Dr. Adrián Raúl Restrepo Parra, Universidad de Antioquia, Colombia.
- Dr. Christopher Birkbeck, University of Wales, Reino Unido.
- Dr. Víctor Brangier Peñailillo, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.
- Dra. Emilse Eliana Calderón, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.
- Dr(c). Santiago Lujan Cunial, University of Pennsylvania, Estados Unidos.
- Dra. Ángela Toso Milos, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.
- Dr. Silvano De la Torre Barba, Universidad de Guadalajara, México.
- Dra. Claudia Torres Rodríguez, Universidad de Guadalajara, México.
- Dr. Oscar Rodríguez Chávez, El Colegio de la Frontera Norte, México.
- Dra. Paloma González del Miño, Universidad Complutense de Madrid, España.
- Dra. Sandra Colombo, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), Argentina.
- Dr. Fernando Gil Villa, Universidad de Salamanca, España.
- Dr. Mauricio Manchado, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.
- Dr. Miguel Medina Abellán, Universidad Abat Oliba - Centro de Estudios Universitarios, España.
- Dr. William H. Godnick, Centro de Estudios de Defensa William J. Perry/Universidad Nacional de Defensa, Estados Unidos.
- Dr(c). Dhyana Stephania Serrano Suárez, Universidad de León, España.
- Dr. Víctor M. Martín Solbes, Universidad de Málaga, España.
- Dr. Edgar Ortiz Arellano, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Dra. Ángela Iranzo Dosdad, Universidad Autónoma de Madrid (UAM), España.
- Dra. Rosa María Marcuzzi, Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
- Dra. Kenia María Ramírez Meda, Universidad Autónoma de Baja California, México.
- Dra. Lenny Liz-Rivas, Universidad Nebrija, España.
- Dra. Karen Isabel Manzano Iturra, Universidad San Sebastián, Chile.
- Dra. Teresa de Jesús Portador García, Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), México.
- Dr. Gonzalo Basile, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede República Dominicana.
- Dra. Laura Glanc, Instituto Universitario de Gendarmería Nacional (IUGNA), Argentina.
- Dr. Éric Lair, Uniminuto, Colombia.
- Dr. Alejandro Frenkel, Universidad Nacional de San Martín - CONICET, Argentina.
- Dra. Sandra Kanety Zavaleta Hernández, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- Dr. Sergio Peña Medina, El Colegio de la Frontera Norte, México.
- Dr. Giuliano Bifulchi, Special Eurasia.
- Dr. Rubén Laufer, Centro de Investigaciones Históricas, Económicas, Sociales y de Relaciones Internacionales (CIHESRI), Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Dr. Santiago Galar, Instituto de Investigación en Humanidades y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de La Plata, CONICET, Argentina.
- Dra. Angélica Rosas Huerta, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México.

- Dr. Valery N. Konyshov, Saint-Petersburg State University, Russia.
- Dra. María José Castaño, Universidad Pontificia Comillas, España.
- Dra. Patricia Britos, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.
- Dr. Vasily K. Belozarov, Universidad Estatal Lingüística de Moscú, Rusia.
- Dr. Miguel Ángel Esteban Navarro, Universidad de Zaragoza, España.
- Dr. Antonio Muñoz Cañavate, Universidad de Extremadura, España.
- Dr. Daniel Ortega Ortigoza, Universitat Autònoma de Barcelona, España.
- Dra. Loreta Telleria Escobar, Observatorio de Democracia y Seguridad, Bolivia.
- Dr. Juan Antonio Del Monte Madrigal, El Colegio de la Frontera Norte, México.
- Dr. María José Galvis Doménech, Universidad de Valencia, España.
- Dr. Alberto Pintado Alcázar, Universidad de Murcia, España.
- Dr. Jonatan Badillo Reguera, Universidad La Salle-Condesa, México.
- Dr. Daniel Morales Ruvalcaba, Sun Yat-sen University, China.
- Dra. Bárbara Sordi Stock, Universidad de Sevilla, España.
- Dra. Virginia Arango Durling, Universidad de Panamá
- Dr. Pierre Gaussens, El Colegio de México
- Dra. Mariana Andrea Giarretto, Universidad Nacional del Comahue, Argentina
- Dr. Bernardino Benito, Universidad de Murcia, España
- Dr. José Luis Cisneros, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México
- Dr. Antonio Fuentes Díaz, Universidad Autónoma de Puebla, México
- Dr. Mariano Melotto, Universidad Nacional de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur, Argentina
- Dr. Salvador Maldonado Aranda, El Colegio de Michoacán, México

Redes y Consejo Técnico

(Social Media and Technical Board)

- Mg. Gabriela Ríos, Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL), Ecuador.

Imagen de portada y carátulas

- Pixabay

Diagramación

- Unidad de diseño - FLACSO, sede Ecuador

Próximas convocatorias

- CALL FOR PAPERS #42: Estudios de paz y conflictos
- Editores/as invitados/as: Dr. Pedro Valenzuela (Pontificia Universidad Javeriana) y Dra. Cécile Mouly (Flasco Ecuador)
- Entrega de artículos hasta: lunes, 6 de enero de 2025
- Publicación: mayo de 2025

Dirección

FLACSO, sede Ecuador
Calle Pradera E7-174 y Av. Diego de Almagro.
Quito, Ecuador
www.flasco.edu.ec
Telf.: (593 2) 2946800, extensión 3673



Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad

Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad y Delincuencia Organizada (RELASEDOR)
y FLACSO Sede Ecuador

ISSN 1390-4299 (en línea) y 1390-3691 - Mayo 2024 - No. 39

Tema Central

Estructuras internacionales del narcotráfico y factores socioeconómicos de la violencia en Ecuador	8-28
<i>Christian Escobar-Jiménez</i>	
La concepción funcionalista de la represión penal y administrativa en materia empresarial	29-47
<i>Carlos-Andrés Trochez-Fernández</i>	
El uso de mujeres en delitos de la delincuencia económica	48-62
<i>Agustina O'Donnell</i>	

Misceláneos

Ofensiva Táctica de Masas y Defensa Integral de la Nación en Venezuela (1999-2005)	64-80
<i>Luis Wainer</i>	
¿Reinserción social en las cárceles concesionadas? Estudio de caso del Centro de Cumplimiento Penitenciario (CCP) Biobío	81-98
<i>Felipe Norambuena-Conejeros</i>	
Políticas de seguridad en Córdoba: comunidad y policiamiento territorial en el Plan Integral de Seguridad Ciudadana	99-115
<i>Ana-Clara Caccia y Gerardo Avalle</i>	

Estudios Globales

El Ártico en la configuración del espacio ruso y el final del Heartland	117-134
<i>Miguel Madueño-Álvarez</i>	
Normas de publicación de Urvio. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad.	136-145



Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad

Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad y Delincuencia Organizada (RELASEDOR)
y FLACSO Sede Ecuador

ISSN 1390-4299 (en línea) y 1390-3691 - Mayo 2024 - No. 39

Central topic

International drug trafficking structures and socioeconomic drivers of violence in Ecuador	8-28
<i>Christian Escobar-Jiménez</i>	
The functionalist approach of criminal and administrative repression on corporate matters	29-47
<i>Carlos-Andrés Trochez-Fernández</i>	
The Use of Women in Economic Crime	48-62
<i>Agustina O'Donnell</i>	

Miscellaneous

Mass Tactical Offensive and Integral Defense of the Nation in Venezuela (1999-2005)	64-80
<i>Luis Wainer</i>	
Social reintegration in private prisons? The case study of the Biobío Penitentiary Compliance Center (CCP)	81-98
<i>Felipe Norambuena-Conejeros</i>	
Security policies in Córdoba: community and territorial policing in the Plan Integral de Seguridad Ciudadana	99-115
<i>Ana-Clara Caccia y Gerardo Avalle</i>	

Global Studies

The Arctic in the shaping of Russian Space and the End of Heartland	117-134
<i>Miguel Madueño-Álvarez</i>	
Normas de publicación de Urvio. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad	136-145



Tema Central

La concepción funcionalista de la represión penal y administrativa en materia empresarial

The functionalist approach of criminal and administrative repression on corporate matters

Carlos-Andrés Trochez-Fernández¹

Recibido: 2 de octubre de 2023
Aceptado: 5 de diciembre de 2023
Publicado: 30 de enero de 2024

Resumen

La delincuencia empresarial moviliza simultáneamente la represión penal como la represión administrativa, ambos instrumentos confluyen en la estabilización de las expectativas normativas de manera autónoma y diferenciada, sin embargo, la perspectiva tradicional de la relación entre estas dos materias ha fallado relativamente en ofrecer una clara diferenciación. El objetivo de este artículo se circunscribirá entonces a brindar una distinción funcionalista de ambos subsistemas jurídicos, en lo que concierne al ámbito económico. La metodología aplicada consistirá en una relectura de la sanción penal y la sanción administrativa a través del funcionalismo-sistémico que posee la capacidad de plantear una vía alternativa original para este impase doctrinal. Este estudio tomará como ilustración el comportamiento de *insider trading* en materia bursátil. Se concluye que dos distinciones funcionales son identificables entre sanción administrativa y sanción penal, la primera concierne en la naturaleza de las expectativas normativas que tienen como objetivo estabilizar cada una y, en segundo lugar, el contenido comunicativo de cada sanción en el marco de la teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados.

Palabras clave: derecho administrativo sancionador; derecho penal; derecho penal de la empresa; insider trading; funcionalismo; non bis in idem.

Abstract

Corporate crime simultaneously triggers both criminal repression and administrative repression. Both mechanisms converge in stabilizing normative expectations autonomously and differentially. However, the traditional perspective on the relationship between these two subjects has relatively failed to provide a clear differentiation. Therefore, the functionalist-systemic perspective could propose an original alternative approach to this doctrinal impasse. The purpose of this article will then be limited to providing a functionalist distinction between the two legal subsystems as regards the economic sphere. The methodology applied will consist of a rereading of the criminal sanction and the administrative sanction through the functionalism-system that possesses an ability to propose an original alternative way for this doctrinal impasse. This study using insider trading behavior in the stock market as an illustration. It is concluded that two functional distinctions are identifiable between administrative sanction and criminal sanction, the first concerning the nature of the normative expectations that aim to stabilize each and second, the communicative content of each sanction within the framework of symbolically generalized media theory.

Keywords: administrative sanctioning law; corporate criminal law; criminal law; insider trading; functionalism; non bis in idem.

¹ Institut du Droit Public (UR14145), Escuela Doctoral de Derecho "Pierre Couvrat", Universidad de Poitiers, Francia, carlos.andres.trochez.fernandez@univ-poitiers.fr, orcid.org/0009-0006-9353-2672

Introducción

Si bien la delincuencia empresarial es un dominio vasto de infracciones y de una multiplicidad de expectativas normativas protegidas dentro del ordenamiento jurídico, este estudio se concentrará en un sector específico, las sanciones impuestas en materia de uso indebido de información privilegiada o *insider trading* en materia de derecho bursátil. Este sector nos brindará un análisis ilustrativo sobre las dificultades que se desprenden en cuanto eficiencia del aparato represivo estatal, a causa de la asimilación material entre sanción administrativa y sanción penal, así como la aplicación del principio *non bis in idem* que obliga a preferir una sola vía represiva, impidiendo así aprovechar los beneficios de la especificidad funcional de cada subsistema.

La represión como mecanismo de restablecimiento normativo frente a la defraudación de las expectativas normativas está presente en numerosos subsistemas jurídicos tales como el penal, el administrativo o el civil. Esto permite que las expectativas normativas sean aseguradas a través de diferentes tipos de sanciones que se presentan como los medios simbólicamente generalizados de cada subsistema, tales como la sanción penal en lo que respecta al subsistema penal o la sanción administrativa en lo que respecta al subsistema administrativo.

La doctrina mayoritaria (Cerezo Mir 1975; Alarcón Sotomayor 2014; Mayo Calderón 2021; Nieto 2005), así como gran parte de los ordenamientos jurídicos en el mundo, ha categorizado estas dos formas de represión a través de análisis materiales, finalistas, formales u orgánicos. Empero, este esfuerzo no ha resultado en una concepción clara sobre los límites y fronteras de estas dos formas de represión. Ello ha implicado en cierta medida, la neutralización relativa de la eficacia de la represión en materia delictiva.

Este fenómeno se cristaliza, por ejemplo, en la aplicación del principio de *non bis in idem* en algunos ordenamientos jurídicos, que impide la aplicación paralela de estas sanciones, reduciendo la función de la sanción en los dos ámbitos y en consecuencia la capacidad disuasiva del arsenal represivo estatal frente a la delincuencia empresarial, especialmente, en materia bursátil. Este dominio jurídico nos brinda una ilustración pertinente de este fenómeno.

Nuestro trabajo entonces tendrá como objetivo plantear el esbozo de una teoría jurídica especial con elementos sociológicos para distinguir funcionalmente las sanciones administrativas y las sanciones penales en el ámbito del derecho de la regulación económica y en dicho sentido justificar la atenuación del principio *non bis in idem* en esta materia.

Nuestra hipótesis de partida, que se enmarca en la teoría funcionalista del derecho penal, consiste en fundamentar que en el marco de los sectores regulados, tales como el sector bursátil o de competencia, el derecho penal estabiliza las expectativas normativas a través de la sanción penal, el cual constituye un medio de comunicación simbólicamente generalizado que tiene como función primordial, la confirmación de la norma a través de un reproche social de los comportamientos orientados de manera contraria a la identidad constitutiva de la sociedad. Además, el derecho administrativo represivo cumple esta misma función primordial, sin embargo, lo hace a través de la sanción administrativa que lejos de infligir un

reproche social, es un medio de comunicación simbólicamente generalizado que tiene como función la regulación sistémica, entendida esta como la estabilidad, el buen funcionamiento y la preservación de los sistemas sociales en los que participa.

Esta distinción funcionalista, que pone de relieve la carga funcional simbólica y expresiva para el derecho penal y una carga regulativa para el derecho administrativo, permitirá disociar estos dos dispositivos represivos que son concebidos como idénticos materialmente por gran parte de la doctrina y que ha implicado en consecuencia, la preferencia de una vía sancionatoria sobre la otra, generando así una redundancia represiva “artificial” y la desavenencia a una aplicación paralela de ambas sanciones, cuando en realidad, cada una opera en una realidad sistémica y funcional totalmente diferenciada. El enfoque funcionalista ha demostrado ser una herramienta original, coherente y seria desde el punto de vista dogmático para desarrollar una teoría paradigmática del derecho penal de las personas jurídicas (Gómez-Jara Diez 2005), las contribuciones del funcionalismo a categorías como la autorresponsabilidad penal en contraste con la responsabilidad penal vicarial de las personas jurídicas, así como un nuevo enfoque de la culpabilidad de las personas jurídicas son de un gran interés.

Marco teórico

Nuestro estudio versa sobre la represión de la delincuencia empresarial y se circunscribirá a un comportamiento delictivo estudiado de vieja data, a saber, el uso indebido de información privilegiada en el mercado de valores (*insider trading*) en el derecho bursátil. La particularidad de este sector resalta a partir de la concurrencia de subsistemas represivos frente a estas infracciones, el subsistema penal y el subsistema administrativo. Un enfoque funcionalista de la sanción penal y la sanción administrativa se inscribe dentro de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann (1984), cuya adaptación al derecho penal ha ido de la mano de la obra científica de Günther Jakobs (1997). Si bien, es cierto que una lectura funcionalista del subsistema administrativo no ha sido objeto de amplio desarrollo, en este estudio nos hemos propuesto sentar las bases de esta con el objetivo de proponer una distinción funcionalista clara entre estas dos formas represivas y en consecuencia neutralizar la aplicación del principio *non bis in idem*, maximizando así el resultado disuasivo de cada sanción en materia empresarial.

Localizar la “función” como elemento matriz para definir ciertas categorías jurídicas, dejando la “materialidad” a un lado, no es un enfoque nuevo. Un gran desarrollo doctrinal se ha realizado en el marco del funcionalismo sistémico penal que retoma los fundamentos de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Entender tanto la sociedad como un “sistema social general” y el derecho como un “sistema social” al interior de este último es vital para la comprensión de este enfoque.

Si bien la noción de “sistema” no tiene una conceptualización demarcada en esta vasta teoría de sistemas sociales (Luhmann 1984, 28), es imprescindible tener como punto de partida el binomio sistema/entorno, pues es a partir de este que el análisis funcionalista toma

sentido. De tal manera, la diferencia entre sistema y entorno es el presupuesto de autopoiesis de cualquier sistema social operativamente clausurado. Entiéndase autopoiesis como la capacidad de auto reproducirse de manera autorreferencial. Es decir, con sus elementos internos, sin que el entorno defina directamente estas operaciones, las operaciones que permiten esto tales como la observación se dan siempre al margen de esta diferencia (Corsi y Esposito 1996, 148). Tráigase como ilustración el mismo concepto de sistema social general -la sociedad- que necesita de su entorno constituido por otros sistemas sociales como la religión, el derecho o la economía; y a su vez, los sistemas psíquicos -los seres humanos- para poder auto reproducirse a través de sus operaciones internas.

Estas operaciones, en lo que respeta a los sistemas sociales, se basan estrictamente en “comunicaciones”, que no es sino la síntesis de una información, de un enunciado y de una comprensión (Urteaga 2010, 307) “La comunicación es la operación específica que identifica los sistemas sociales: no existe sistema social que no tenga como operación propia la comunicación y no existe comunicación fuera de los sistemas sociales” (Corsi y Esposito 1996, 47). De esta manera, se puede comprender que la comunicación fundamenta la reproducción del sistema social y que el entorno, es decir, todos los sistemas como los seres humanos o las organizaciones, no son que información para el sistema social que será observada, transformada en información y comprendida finalmente.

Estos procesos descritos con anterioridad son la condición para que el mismo sistema social general -la sociedad- se diferencie funcionalmente. En efecto, la configuración de subsistemas tales como la economía, el derecho o la política, resulta del proceso de “reducción de complejidad”, creando espacios de comunicación altamente especializados (Izuzquiza 1990, 387). Es así como podemos concebir el derecho o sistema jurídico como un sistema social autopoético, cuya función primordial se circunscribe a la estabilización de las expectativas normativas (Luhmann 2005, 91).

El derecho, entonces, estabiliza las expectativas normativas de manera contrafactual. Una expectativa es normativa cuando resulta de un proceso por medio del cual el derecho la constituye en una orientación social esperada por todos los sistemas psíquicos -para los seres humanos- y las organizaciones -para las personas jurídicas- y cuya defraudación no tiene validez comunicativa para el sistema, la expectativa se mantiene y es estabilizada. Evidentemente, tal como sucede en un sistema social general, en el sistema jurídico también encontraremos el fenómeno de diferenciación funcional, lo que nos deja entrever que, dentro del sistema jurídico, numerosos subsistemas confluyen en este proceso de estabilización de expectativas normativas.

Ello constituye sucintamente las premisas teóricas que dieron lugar al desarrollo de teorías jurídicas funcionalistas más elaboradas, en especial, en lo que respeta al subsistema penal y cuya sistematización más clara de esta teoría en derecho penal, la debemos a Günther Jakobs. A partir de una visión reaccionaria hacia las posturas inmanentes, iusnaturalistas y ontológicas, el autor alemán relocalizará en el centro, el concepto de norma, como objeto del derecho y como consecuencia inmediata, la adopción de la función que otrora formulara Niklas Luhmann en su teoría de sistemas sociales es manifiesta en el funcionalismo sistémico.

Así, se posiciona en una teoría de prevención general positiva, donde la protección o estabilización de la norma penal ceden frente a la protección de bienes jurídicos. Como el derecho penal protege expectativas sociales institucionalizadas, a través de la norma penal, el delito es concebido entonces en términos comunicativos como una negación factual de la norma penal y la expectativa inscrita en ella y en contraparte, la sanción penal, cumple la función de estabilizar la vigencia de la norma. El delito que constituye una comunicación que niega la vigencia de la norma, y la expresión simbólica y comunicativa que el infractor se distancia de la orientación comportamental esperada, encuentra como respuesta una estabilización contrafactual en la sanción penal, pues esta, niega dicha comunicación negatoria de la vigencia de la norma y confirma que la expectativa social institucionalizada sigue siendo válida, se estabiliza así la norma y por tanto la constitución y la identidad social (Jakobs 2002; 1997).

Esta visión paradigmática del derecho penal rompe también con las concepciones tradicionales en materia de culpabilidad. Acompañando esta premisa, el autor ha de sentar las bases también de su teoría de la imputación objetiva. Si el delito y la pena son comunicaciones dentro de un entramado sistémico funcional, y no se trata de un suceso “naturalístico” entre personas, entonces ello implica que el rol de la “persona” en derecho penal también debe ser objeto de normativización. Es así como Jakobs concibe en una etapa inicial de su teoría, al ser humano como persona, cuyo rol es asignado normativamente en un ámbito de responsabilidad y dicho rol condiciona un margen de actuación en la vida en sociedad, dicho margen se limita a no lesionar la vigencia de la norma y ser fiel al ordenamiento jurídico (Jakobs 2002, 26). Esta formulación será objeto de un refinamiento dogmático.

El concepto de acción, por ejemplo, también es objeto de normativización. Jakobs (1976, 111) concibe la acción como “causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias”; ello implica que el dolo y la imprudencia individual no deben ser tratados como fenómenos psíquicos, sino como indicadores objetivos de la falta de motivación del sujeto en la norma. Este último indicio ha sido útil en la estructuración de las teorías funcionalistas de la responsabilidad penal de personas jurídicas (Gómez-Jara Díez 2005, 248-296).

De manera resumida, la teoría de la imputación objetiva en este sistema teórico consistiría en la constatación de la competencia por la infracción de la norma. La ausencia de fidelidad a la norma en la ejecución de la conducta, la cual es determinable a partir de una serie de criterios de imputación objetiva, tales como la superación del riesgo permitido, principio de confianza, actuar a riesgo propio o competencia de la víctima y prohibición de regreso. A estos últimos datos, es pertinente mencionar los desarrollos más contemporáneos que incluyen la noción funcionalista de los “medios de comunicación simbólicamente generalizados” para describir a la pena.

Las aplicaciones prácticas en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas de la teoría funcionalista han permitido la construcción de las llamadas teorías de la autorres-

ponsabilidad penal, en contraste con las teorías de la responsabilidad vicarial – o *par ricochet*-. Las primeras admiten una responsabilidad penal directa de la empresa por efecto de un defecto de organización (Bacigalupo 2013, 88) o por cultura empresarial, que permite determinar su culpabilidad, véase por ejemplo (Gómez-Jara Diez 2005, 75). Estas teorías encuentran aplicación mixta en diferentes ordenamientos jurídicos pues “el injusto empresarial estaría vinculado con una configuración defectuosa, inexistente o inadecuada, mientras que la culpabilidad empresarial estaría vinculada a una determinada cultura corporativa, de no cumplimiento con o de infidelidad al Derecho” (Del Rosal 2016), mientras que las segundas, parten de una analogía de la responsabilidad penal de personas naturales trasladando en una ficción, la responsabilidad de los dirigentes de las personas jurídicas a la ficción de la persona jurídica.

La determinación pasa necesariamente a través de la persona física para recaer finalmente sobre la persona moral. Si la doctrina funcionalista ha sido fructífera en materia de responsabilidad penal, tanto de personas jurídicas, como de personas naturales, el panorama no es el mismo cuando se trata de responsabilidad administrativa – aquella que resulta en la aplicación de una sanción administrativa-.

Influenciado en parte por la doctrina alemana sobre el derecho de policía y el derecho administrativo penal, Jakobs (1997, 62) concibe el derecho administrativo sancionador como un derecho que permite “co-definir” la identidad de una sociedad. A partir de esta interpretación sería correcto afirmar que el derecho administrativo sancionador también concurre en la estabilización de expectativas a través de la sanción administrativa, sin embargo, para el autor, pareciera que las expectativas protegidas en este dominio de “normas auxiliares” no parecieran prestarse al “mantenimiento de la configuración social y estatal” ni que constituyan per se “expectativas normativas esenciales” (Jakobs 1997, 45).

Por el contrario, estas expectativas conciernen someramente peligros abstractos u objetivos inherentes a la administración, pues

la reacción tal como se despliega a consecuencia de la infracción de una norma central debe ceder ante la reacción que no esté cargada con *odium* (también) para contribuir a solucionar la criminalidad central. Junto a la posibilidad de esta distinción de Derecho material está la de una solución procesal simplificada (Jakobs 1997, 62).

Este *odium* no puede sino traducirse en el *dolor penal* (Gómez-Jara Diez 2008), concepto que el mismo Jakobs integra en su teoría de significado de la pena (Jakobs 2004 26) y que se relaciona inherentemente con la carga expresiva comunicativa negativa de la pena porque

la comunicación de la validez de la norma a través de la pena necesita una «salvaguardia cognitiva de la validez de la norma». De manera similar, Duff ha sugerido que la comunicación de la censura debe ir seguida de una «comunicación intencional» con el infractor, quien asume una carga sobre sí mismo, mediante la cual él puede hacer explícito que entiende el mensaje comunicativo, como un procedimiento de mediación entre la víctima y el infractor (Gunther 2021).

Metodología

El razonamiento metodológico para fundamentar una distinción funcional de la represión administrativa y la represión penal es rehabilitar una teoría funcionalista de la primera en el marco de la teoría de los sistemas sociales. Ciertos autores, que conciben las sanciones administrativas como “herramientas de regulación del sistema social” (Aracena Salgado 2017) como “instrumento que persigue la consecución de políticas y programas normativos” (Montero Cartes 2021) o “medidas preventivas instrumentales no retributivas” (Feijoo Sánchez 2007) van en esta línea, lo que nos deja pensar en la posibilidad de un planteamiento jurídico tendiente a la distinción funcionalista de estas con las sanciones penales, la completa descripción de este planteamiento se realizara en el correspondiente apartado.

Las aplicaciones prácticas en materia de responsabilidad administrativa de personas jurídicas de este enfoque permitirán dotar de coherencia jurídica la sanción administrativa, como instrumento más idóneo frente a la delincuencia empresarial en los sectores regulados, pues este permite una cierta flexibilidad en materia de tipificación de peligros abstractos, estadísticos y presuntos (Silva Sánchez 2001, 126), así como a nivel de la noción de culpabilidad en la que conceptos como debida diligencia y capacidad preventiva se imponen sobre conceptos sustanciales como dolo y culpa. Es importante admitir que la complementación entre sanción administrativa y penal es también positiva en la medida en que tenderá a fortalecer los objetivos en materia de disuasión.

Hechas estas precisiones metodológicas, es posible concentrarnos sobre los dos enfoques a estudiar sobre la relación entre la represión penal y administrativa. El primero versa sobre el enfoque doctrinal más aceptado que acude a la sustancialidad, el finalismo y el formalismo para descubrir la posibilidad o no de una distinción de estas dos materias; y el segundo, consistirá en un enfoque funcionalista de la mano de los elementos metodológicos y teóricos ya mencionados.

Resultados y discusión

El enfoque tradicional de la relación entre represión penal y represión administrativa

El enfoque tradicional con el cual se aborda la relación entre derecho penal y sanción administrativa en la cuasi totalidad de regímenes represivos consiste ya sea en adoptar un criterio cualitativo como los materiales o finalistas o un criterio cuantitativo, tal como la gravedad de ambas sanciones. Desde ambas perspectivas, las teorías pueden ser consideradas dualistas, es decir, que aceptan una diferencia entre sanción penal y administrativa, o monistas, las cuales defienden una unidad sustantiva del ius puniendi. Ninguno de estos enfoques ha gozado de una aceptación unánime (Cordero Quinzacara 2012).

Abordando una teoría dualista sustantiva nos encontramos en una de las primeras etapas de esta espinosa relación teórica que surge en el marco de la teoría sustancialista propuesta por James Goldschmidt (1903), a quien debemos la sistematización de una teoría de “derecho penal administrativo”. Esta se basa en una distinción material entre el objeto de protección del derecho penal y el derecho penal administrativo. En efecto, mientras que el primero le corresponde proteger preceptos que contengan una expresión de juicio o de valoración, o lo que correspondía en aquella época y ahora, la protección de bienes jurídicos; el segundo, carece de este sentido valorativo o ético.

Los preceptos administrativos parecieran ser para este autor, expectativas circunscritas a los objetivos materiales de la administración, tales como el interés general o el bien público, así la transgresión de una norma administrativa “se diferencian de las normas del derecho penal (...) porque su transgresión no es, en todo caso individual, una lesión de un deber ético jurídico, sino una pura desobediencia a ordenes administrativas legalmente sancionadas” (Goldschmidt 1903, 302-304). Esta primera teoría sustancialista implica que el derecho penal está destinado a proteger “esferas humanas de voluntad” y el derecho penal administrativo “la promoción del bien público y estatal” (Cordero Quinzacara 2012, 4). Esta teoría será el fundamento teórico de otros autores alemanes, que relativamente se inscriben en un continuismo de distinción material entre estos dos ordenamientos tales como Erik Wolf y Eberhard Schmidt.

En cuanto a teorías monistas, podemos identificar la teoría formalista de Adolf Merkl (2004), según la cual, es un intento superfluo la intención de plantear una distinción sustantiva entre ambas formas represivas. Desde un punto de vista histórico, nunca se ha establecido una sustantividad de la infracción que permita fijar las fronteras con absoluta precisión entre infracción penal y administrativa, muy por el contrario, el carácter de una infracción es el resultado concreto de una decisión de orden legislativo, por lo tanto de una calificación formal por parte del legislador, lo que da cuenta de una libertad de configuración legislativa amplia en materia de infracciones, es penal o administrativo lo que el legislador ha decidido en ese sentido (Merkl 2004, 347-348). La tesis de la identidad sustancial de ambos derechos represivos será seguida por numerosos autores en diferentes ordenamientos jurídicos (Mattes 1982). Esto dio lugar también a las teorías de término medio o mixtas tales como la idea de que

la sanción administrativa y la penal comparten el mismo contenido de injusto (injusto personal). Por lo tanto, desde este punto de vista, entre ellas no existe una diferencia cualitativa. Únicamente, existe una diferencia cuantitativa, que deriva de que lo injusto es una magnitud graduable (Mayo Calderón 2021).

Otros autores, como Suay Rincón (1986, 204-208) y Gómez Tomillo (2003 29-41), resumen las teorías esbozadas a lo largo del desarrollo doctrinal de la diferenciación cualitativa y de identidad cualitativa del derecho penal y derecho administrativo sancionador. Por una parte, las teorías de la distinción cualitativa, que son minoritarias, siguiendo los fundamentos de la doctrina alemana, ponen el énfasis sobre conceptos presentes normalmente en el

marco de la ciencia administrativa, tales como la “realización del interés público” o “autotutela administrativa” para fundar un objeto diferenciador tanto a nivel de la configuración de la infracción administrativa como en el sentido o función de la sanción administrativa. En contraste, las teorías de la identidad cualitativa, la teoría más aceptada actualmente, propugna que derecho penal y derecho administrativo sancionador confluyen en un origen material único e indivisible que se cristaliza en el *ius puniendi*.

Acá surge la imposibilidad de plantear distinciones entre estas dos materias, limitadamente, la distinción será formal, en el sentido en que el legislador tiene potestad plena de calificación de una infracción u orgánica, cuando la naturaleza de una infracción y su consecuente sanción sean el resultado de un procedimiento en el seno de una autoridad administrativa o una autoridad penal. Ello conlleva a su vez, a la asimilación del régimen procedimental y sustantivo de ambas sanciones y particularmente a la atenuación, o inclusive la pérdida, de una coherencia y articulación entre ambas formas represivas, situación que es aprovechada por los sujetos destinatarios en materia empresarial, en efecto, los actores empresariales se benefician de esta inestabilidad jurídica.

La infracción de iniciado o *insider trading* en materia de derecho bursátil nos ilustra sobre las consecuencias perjudiciales de un enfoque sustancial de la represión que impide el ejercicio paralelo o simultáneo de la acción pública penal y la acción administrativa. Ambas infracciones suelen tener comúnmente un tratamiento tanto penal como administrativo en la mayor parte de ordenamientos jurídicos.

En lo que concierne al delito e infracción de *insider trading*, véase por ejemplo el caso de Colombia, país en el cual la Superintendencia Financiera, un órgano administrativo de regulación, tiene la potestad de sancionar administrativamente todo comportamiento que implique incumplir las normas sobre información privilegiada, o utilizar o divulgar indebidamente información sujeta a reserva en virtud del literal 5, artículo 50 de la Ley 964 de 2005. A su vez, este comportamiento es objeto de sanción penal en virtud del artículo 258 del Código Penal que prevé el delito de utilización indebida de información privilegiada, cuya investigación corresponde a la Fiscalía General de la Nación y su juzgamiento a la autoridad penal competente.

Un sistema similar existe en Francia, el cual en virtud del artículo L621-15 del Código Monetario y Financiero, la Comisión de Sanciones de la Autoridad de Mercados Financieros -Autorité des Marchés Financiers- puede sancionar la infracción administrativa de *insider trading* y a su vez el artículo L. 465-1 del Código Monetario y Financiero prevé el delito de uso indebido de información privilegiada (*delit d’initié*, cuya traducción en español corresponde al delito de iniciado o de uso indebido de información privilegiada), cuya investigación corresponde al Parquet Financier y el juzgamiento al Tribunal Judicial de París. Este sistema que se transpone en la mayor parte de sistemas jurídicos continentales se ve amenazado por la concepción unitaria de la represión administrativa y penal.

El marco jurídico europeo, concerniente al delito de iniciado y la infracción administrativa de uso indebido de información privilegiada o *insider trading*, ilustra en todos los aspectos

las dificultades de una concepción sustantiva y material idéntica entre ambas formas de represión. En efecto, a título de ejemplo, todavía en el marco europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o TEDH, a través de diferentes decisiones tales como la sentencia *Sergey Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, n° 14939/03 y más concretamente la sentencia de 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens y otros c. Italia* han hecho aplicación del artículo 4 del Protocolo Adicional No 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos o CEDH que contempla la regla de *non bis in idem* a la concurrencia de procedimientos penales y administrativos sobre hechos idénticos. En efecto, a interpretación del TEDH, las sanciones administrativas pecuniarias pronunciadas en el marco de una política de regulación administrativa tienen carácter penal, dada su calificación jurídica en el Derecho nacional, su naturaleza y su gravedad, en consecuencia, al formar parte de la noción autónoma de “materia penal”, su acumulación con sanciones materialmente penales violaría el principio de *non bis in idem*.

En Francia, el Consejo Constitucional ha tomado nota de esta jurisprudencia europea, y para reconfortar estas exigencias comunitarias, declaró inconstitucional la acumulación de sanciones en materia bursátil, a través de dos decisiones del 18 marzo de 2015 n° 2014-453/454 QPC y n° 2015-462 QPC. El sistema permitía la doble inculpación y sanción de los abusos de mercado, entre ellos el *insider trading*. Sin embargo, la particularidad es que esta instancia nacional ha declarado dicha inconstitucionalidad sobre la base del principio de necesidad de penas consagrado en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo alcance, si bien no imposibilita la acumulación de sanciones administrativas y penales, el Consejo concluye que esta acumulación si viola el principio cuando la tipificación legal de las infracciones penales y administrativas es idéntica. Cuando la finalidad perseguida es la misma en ambas formas represivas, que las sanciones pronunciadas en cada sede sean de idéntica naturaleza y finalmente que las sanciones sean pronunciadas por autoridades pertenecientes a la misma jurisdicción. En el caso de la legislación de los abusos de mercado, la conclusión fue que estos cuatro criterios se cumplían, este es un claro ejemplo de la lectura sustancial de las sanciones penales y administrativas.

Como resultado de este problema de constitucionalidad, una Ley N° 2016-819, del 21 de junio de 2016, estableció un sistema de coordinación entre el Parquet Financier (la autoridad penal) y la Autoridad de Mercados Financieros (la autoridad administrativa) con el fin de asignar cada caso a cada orden represivo en función de criterios de gravedad o de intencionalidad. Sin que esto solucione de fondo el problema subyacente de la distinción entre las dos sanciones, solo se desplaza en sede de investigación sobre la base de un criterio de oportunidad la alternativa de juzgar administrativa o penalmente una infracción. En resumen, es la rehabilitación del criterio formalista.

Este razonamiento ha venido expandiéndose a otras situaciones de delincuencia empresarial tales como las sanciones impuestas en materia de prácticas comerciales desleales que son calificadas de sanciones administrativas de carácter penal a través de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *C-27/22*. Es posible que este razonamiento se transponga lentamente

a otros dominios más allá del derecho de la regulación jurídica en los que la empresa es susceptible de cometer crímenes tales como el medio ambiente, el lavado de activos o la financiación del terrorismo, en los cuales también existe una dualidad de represión administrativa y penal, dicha circunstancia paralizaría y volvería inocuo todo sistema represivo pues es bien sabido que cada orden represivo tiene sus ventajas y desventajas y que esto se compensa a través de una aplicación paralela.

El enfoque funcionalista de la relación entre represión penal y represión administrativa

Las consideraciones anteriores demuestran en cierta medida, los infructuosos resultados de una distinción de orden sustantivo o formalista, no solo en materia bursátil, sino en todas aquellas situaciones en las que una persona jurídica o natural se confronte a una duplicidad de sanciones. El enfoque funcionalista nos exhorta a reformular los fundamentos ontológicos del derecho represivo contemporáneo con el fin de teorizar una especificidad funcional que permita comprender la necesidad de dicha duplicidad represiva frente a ciertas restricciones. La concepción funcionalista parte de las bases sentadas, sin embargo, en este estudio nos proponemos adaptar dichas premisas teóricas para fundamentar la diferencia funcional entre derecho penal y derecho administrativo.

Es necesario en este estadio, formular dicha distinción respondiendo a las siguientes interrogaciones: 1. ¿cumplen la misma función cada subsistema?; 2. ¿pueden identificarse diferencias entre las expectativas institucionalizadas a través de la estructura típica de cada tipo de infracción?; y, por último, 3. ¿las sanciones de cada subsistema en tanto que medios de comunicación simbólicamente generalizados contienen el mismo sentido comunicativo funcional? ¿sanción penal y la sanción administrativa comunican algo diferente?

Sobre el primer punto, debemos esbozar que, en el marco de la teoría de sistemas sociales, el derecho como sistema social dentro de la sociedad cumple con una sola función y es la de institucionalizar y estabilizar las expectativas normativas. En consecuencia, la misma diferenciación funcional que permite la existencia de subsistemas jurídicos, solo a título de ejemplo, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho civil o el derecho ambiental, con los cuales el sistema jurídico en general puede seguir su proceso de autopoiesis de manera autorreferencial no implica en ningún sentido la asignación de una función especial a cada subsistema. La distinción entonces de cada rama del derecho no se deriva a nivel de la función general pues todas confluyen a una única función, y es la de institucionalizar y estabilizar las expectativas normativas de cada subsistema. Si planteamos que

el Derecho penal no es más que una rama del Derecho, en cuanto subsistema formado por la propia sociedad por medio de la diferenciación sistémica para afrontar un sector de la complejidad propia del entorno, agrupado por la función que debe cumplir (Gandara Vallejo 1997, 372).

Así lo es también el derecho administrativo sancionador, cuyas expectativas conciernen a los sectores administrativos relacionados al interés público que encabeza la administración o el derecho civil cuyas expectativas conciernen las relaciones intersubjetivas de orden privado entre ciudadanos. En efecto, la distinción se localizaría a nivel de sus elementos operativos, en sus códigos y sobre todo a través de sus medios simbólicamente generalizados.

La particularidad es que las expectativas asignadas al derecho penal corresponden a la vasta identidad social, mientras que las expectativas asignadas al derecho administrativo sancionador están fuertemente sectorizadas por los intereses particulares de la administración.

Esta posición nos lleva a la respuesta de la segunda pregunta: las expectativas institucionalizadas y a estabilizar no son las mismas.

Hemos hecho mención de posiciones doctrinales que conciben la sanción administrativa como herramienta o instrumento de regulación responsiva, es evidente que la regulación como concepto en últimos años ha resultado ser paradigmático, práctico y multidisciplinar, recientemente, como sucede en la doctrina francesa, la administración se ha visto como titular de una misión complementaria a sus misiones tradicionales como la reglamentación, la policía administrativa y el servicio público, esta misión correspondería a la regulación (Auby 2004). También en Latinoamérica toma fuerza este movimiento y para algunos autores

i) la potestad sancionadora es un instrumento superdotado que posee exclusivamente la Administración del Estado para mantener los fines del sistema regulado, así como las políticas públicas pertinentes; ii) esta comprensión parece ofrecer un panorama prometedor con respecto a las garantías sustantivas o procedimentales para los regulados, debido a que solo frente al incumplimiento de lo solicitado por el regulador entra en juego la sanción como «castigo» para el administrado. Por ello, si se comprende a la potestad administrativa sancionatoria como una herramienta que tiene el Estado para regular un sistema, posible es sostener principios, reglas y garantías que difieren de las que pertenecen al derecho penal (Aracena Salgado 2017, 113).

Una visión similar en materia de sanciones administrativas ambientales es expuesta por Soto (2016), para quien estas constituyen medidas de cumplimiento del Derecho bajo un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. En este nuevo enfoque funcional, la sanción administrativa es concebida en términos regulativos de incitación y en términos eficientistas, se busca con ella que

se realicen aquellos objetivos cuya ejecución el legislador descargó, en su caso, en la Administración (y que, en definitiva, se reconducen a la satisfacción del interés general) en los sectores que han sido administrativizados. En tales condiciones, la potestad sancionadora se erige como un instrumento que, con el objeto de obtener la eficacia de las actuaciones sustantivas de la Administración, se inserta en el marco de una determinada estructura regulatoria (normas, estándares, procedimientos, etc.), cuya articulación se realiza en función de la finalidad antes aludida (la ejecución —*enforcement*— de los deberes jurídicos fijados al efecto) (Montero Cartes 2021, 146).

Las expectativas normativas son diferentes en tanto el contenido funcional de cada subsistema sea específico y propio, en el caso del derecho administrativo sancionador y el derecho penal

lo es. Los fines del derecho administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales desde una perspectiva social o global sin necesidad de justificar individualmente la lesividad social de la conducta (el injusto material). Por ello, las infracciones de peligro abstracto son perfectamente compatibles con los fines de esta rama del derecho sancionador. En cambio, la pena solo puede cumplir los fines preventivos a través de la retribución de un hecho concreto que consiste en una conducta que por sí misma encierra una lesividad potencial. El derecho penal solo puede prevenir riesgos futuros sobre la base de retribución de efectivos riesgos pasados de los que la sociedad tiene que aprender, mientras que el derecho administrativo es el encargado de la prevención de situaciones de riesgo o de inseguridad. “Si quiere ser legítima, la pena estatal tiene vetada la posibilidad de punir un hecho que individualmente considerado carezca de lesividad o de peligrosidad para otros ámbitos de organización, es decir, no sea una organización defectuosa que pueda afectar por sí misma a otros ámbitos de organización” (Feijoo Sánchez 2007, 206).

Recientemente, se ha presentado la posibilidad de una distinción entre sanción administrativa y sanción penal fundándose en la clásica distinción entre expectativas cognitivas, aquellas que pueden modificarse si hay una defraudación y las expectativas normativas, las cuales no admiten modificación alguna y por el contrario son estabilizadas frente a defraudaciones. Así la autora indica que la diferencia cualitativa entre la infracción administrativa y el delito reposa en entender que

mientras la primera se determina en un plano cognitivo, al tratar al administrado como un ser sensible que debe ser conminado a actuar correctamente en el sector administrativamente regulado, el segundo parte de un ciudadano entendido como un ser inteligible, cuyo comportamiento debe ser merecedor de una pretensión de validez (García 2016, 28).

Esta distinción que presenta la autora, y que diferencia entre expectativas normativas protegidas por el derecho penal y expectativas cognitivas protegidas por el derecho administrativo sancionador, resulta incoherente, tal como lo plantea Luhmann (2005, 97), pues su concepto funcional de derecho tiene implicaciones sobre la norma por lo que

de modo distinto a como se define en la literatura teórica del derecho ampliamente difundida, el concepto de norma no se define echando mano de características esenciales de la norma, sino mediante una distinción, la distinción: posibilidades de comportamiento en caso de que la expectativa se frustre; o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción. Si alguien anticipa esta bifurcación y se compromete de antemano con una de esas posibilidades, las expectativas se determinan, en el primer caso, como cognitivas; en el segundo, como normativas.

Si se admitiera este razonamiento resultaría que las normas que rigen el derecho administrativo sancionatorio no constituyen normas en sentido estricto, cuando esto no es realidad. Sería necesario realizar una diferenciación de orden interno dentro de la misma categoría de expectativas normativas, no en sentido ontológico sino en sentido funcional.

Las expectativas normativas del derecho penal son aquellas que se mantienen en pro de la constitución e identidad dada en una sociedad. En otras palabras, el mantenimiento del sistema social general, mientras que las expectativas normativas del derecho administrativo sancionatorio y sobre todo en el marco de la regulación, son aquellas que se mantienen en pro de sistemas sociales particulares tales como la economía, el medio ambiente o la comunicación audiovisual y en todas aquellas de la acción administrativa este dotada de una capacidad sancionatoria.

En resumen, son expectativas normativas de alcance limitado en cuanto su campo y en cuanto los sujetos a los que se dirige, le concierne al derecho administrativo sancionador institucionalizar a través de expectativas normativas los aspectos técnicos e instrumentales del funcionamiento y la estabilidad de un subsistema social dado, mientras que el derecho penal, la expectativa, aun sectorizada debe correlacionarse a aspectos esenciales de la identidad normativa de la sociedad, en derecho de la regulación económica, por ejemplo, a la identidad constitucional económica instaurada. Esto se explica consecuentemente con el hecho de que sanción administrativa y pena tienen contenidos comunicativos diferentes.

Dicho lo anterior, es necesario determinar el sentido comunicativo que cada sanción emana frente a su pronunciamiento. Es válido afirmar que considerando este contenido simbólicamente asignado a la sanción penal que se traduce en el mantenimiento de la sociedad a través de la protección de la vigencia de la norma, se puede deducir que la amplitud simbólica general del derecho, es decir la prerrogativa de protección general de la sociedad, la norma penal no es un imperativo dirigido a la voluntad, sino una reacción simbólica a una expresión simbólica (Lesch 1999). Es una especificidad funcional que la distingue de la sanción administrativa, en cuanto esta última, tiene una amplitud simbólica particular, aun siguiendo el esquema de protección de la vigencia de una norma, estas normas del ámbito administrativo conciernen un ámbito sectorial administrativizado, especialmente, en los sectores de regulación, el mantenimiento de la vigencia de la norma en estos ámbitos no persigue directamente ni contiene un mensaje comunicativo de “dolor penal” ni el mantenimiento de la sociedad en general, sino de los subsistemas en los que se despliega. Planteada esta distinción funcional, que pudiese transar el histórico desacuerdo entre administrativistas y penales sobre la materia, es plausible evaluar la aplicación práctica de una concepción funcionalista en materia de delincuencia empresarial tomando como ejemplo, la infracción de *insider trading*.

La concepción funcionalista de la represión en el marco de la delincuencia empresarial

Si bien nuestro estudio se circunscribe a las sanciones impuestas en materia delito o infracción administrativa de *insider trading* en materia de derecho bursátil, este análisis podría ser extensible a priori en todos aquellos sectores en los cuales confluyan de manera simultánea la represión penal y la represión administrativa. Hemos desarrollado un marco conceptual que nos presenta la especificidad funcional de cada subsistema jurídico. La aplicación de este

modelo permitiría, desde nuestra visión, hacer más inteligibles los mecanismos represivos en el sector empresarial, permitiría una aplicación coherente, uniforme y colaborativa de cada subsistema represivo maximizando la capacidad disuasiva del Estado en esta materia.

La singularización funcional de cada orden represivo tendría la virtud de atenuar los correspondientes fenómenos de penalización y administrativización que no son más que el desbordamiento de las fronteras funcionales de cada subsistema: la primera como “la utilización de la pena al servicio de la efectividad de normas de comportamiento con sede en el Derecho administrativo (Parejo 2009, 278); y la segunda, como utilización de la sanción administrativa al servicio de la retribución funcional de las violaciones de las expectativas normativas. Estos fenómenos que participan en la confusión de estas dos categorías jurídicas junto con la lectura sustancial son las responsables que al menos en materia de delincuencia empresarial, el dispositivo represivo se halle repleto de incoherencias, de un carácter redundante y su carácter disuasor fragilizado.

La distinción funcional es el punto de partida para una ponderación de las posibilidades de reacción represiva frente a las defraudaciones de expectativas teniendo en cuenta las implicaciones que tendría ya sea sobre el sistema social general, ya sea sobre los subsistemas regulados administrativamente. La infracción de *insider trading* permite ilustrar claramente la justificación por la cual la doble inculpación y la concurrencia de sanciones es justificable en la mayoría de los casos. En efecto, este comportamiento es objeto de un tratamiento tanto administrativo, en el marco de la regulación sectorial, como penal, en el marco del derecho penal económico y de la empresa. Muy alejado del análisis sustancial que la mayoría de la doctrina y algunos jueces comunitarios y constitucionales, el análisis funcionalista deja de manifiesto que la represión administrativa tiene un objeto y una finalidad específica inscrita en el marco de la regulación de los mercados financieros, de la cual dos finalidades específicas confluyen, la de reducir el riesgo sistémico de estos comportamientos en el mercado bursátil, así como garantizar la efectividad y el mantenimiento de dicho subsistema financiero.

Las sanciones administrativas deberían estar siempre ordenadas a la prevención de riesgos futuros. No se trata de un asunto de magnitud o afflictividad del castigo: las sanciones pueden muy ser relevantes y costosas para el sancionado, pero siempre han de ser tales que importen un mejoramiento efectivo del estándar defectuoso que dio lugar a su imposición (Van Weezel 2017, 1033).

La sanción administrativa se presenta como una sanción regulatoria llamada a restablecer el equilibrio y el correcto funcionamiento del mercado bursátil e incita a una orientación normativa apropiada a este sector regulado administrativamente. Los efectos negativos patrimoniales sobre los sujetos objeto de regulación no revisten un carácter afflictivo, retributivo o de reproche ético-social porque la comunicación de la sanción no desborda el marco regulativo-administrativo.

En contraste, la represión penal de este comportamiento tiene que ver con el restablecimiento de las expectativas normativas que Jakobs denomina “esenciales” y se relaciona

en consecuencia con un núcleo central de expectativas, en este caso que se desprenden de la identidad social y la constitución económica propia de las sociedades de libre mercado. La sanción penal de un comportamiento de uso indebido de información privilegiada lleva inscrita un reproche o un “dolor penal” categórico como resultado de la negación contrafactual, la sanción penal indica al delincuente que su orientación normativa social -en términos generales- es la incorrecta y procede a restablecer la vigencia de la norma que consagra la expectativa normativa. Así también, se mantiene el sistema social -sociedad- indemne. Es evidente, que el contenido funcional de cada orden represiva no puede ser objeto de la reducción sustancial a una identidad, que si bien podría ser válida en términos materiales, no puede ser el obstáculo a través del principio de *non bis in idem* o de necesidad de penas para la neutralización, ya sea de la operatividad del derecho penal o del derecho administrativo, sobre todo en materia de delincuencia empresarial, que necesita de todos los dispositivos de represión estatal a su alcance ya sea para reducir el riesgo sistémico o ya sea para confirmar la identidad social frente a comportamientos delictivos.

Conclusiones

Al término de este estudio, es posible cristalizar ciertas conclusiones sobre los objetivos que nos planteamos al inicio sobre una concepción funcionalista de la represión penal y administrativa, circunscrita al ámbito de la delincuencia empresarial y específicamente sobre los delitos bursátiles. Si bien, este no ha sido el espacio para disertar sobre aspectos profundamente técnicos de una teoría funcionalista de derecho penal y una teoría funcionalista de derecho administrativo, si se ha podido reflexionar sobre las bases de una distinción funcional con fundamento en una teoría funcionalista.

Se pudo establecer que la relación entre sanción penal y sanción administrativa ha sido objeto de un extenso estudio doctrinal, a partir de teorías sustancialistas, formalistas y orgánicas, que han dado como resultado posiciones diversas entre las que destacan las teorías monistas de identidad cualitativa, las teorías dualistas de identidad cualitativa y de diferencia cuantitativa, teorías eclécticas de medio termino así como teorías que niegan cualquier simetría cualitativa o cuantitativa entre las dos. Ninguna teoría parece gozar de unanimidad absoluta, aunque un acuerdo mayoritario parece inclinar la balanza sobre la identidad cualitativa bajo el manto de la teoría del *ius puniendi*.

Hemos propuesto un enfoque metodológico y teórico basado en el funcionalismo sistémico, con el fin de identificar si una distinción funcionalista es operativa a través de las premisas dadas por esta corriente doctrinal que tras una adaptación de sus conceptos matrices permite de manera constructivista, el planteamiento de diferencias funcionalistas suficientes para permitir afirmar una autonomía y una especificidad funcional de cada orden represivo. La caracterización de esta especificidad se funda en que las expectativas normativas protegidas por cada uno de los subsistemas represivos corresponden a dos dimensiones diferentes,

mientras que el derecho administrativo sancionador protege expectativas inscritas en la acción administrativa y regulatoria de la administración, el derecho penal protege expectativas inscritas en la identidad del sistema social en general. Como consecuencia extensible, las dos sanciones no comunican los mismos sentidos, hemos definido que la sanción administrativa comunica el restablecimiento de la estabilidad sistémica frente al riesgo sistémico de un comportamiento ilegal, mientras que la sanción penal comunica un reproche o una aflicción simbólica y expresiva propia de un subsistema relacionado directamente con la identidad y la constitución social.

Una concepción funcionalista tiene la ventaja de superar en principio, el gran problema derivado del principio *non bis in idem* que suele acoplarse a una lectura sustancial de ambas formas represivas. Ello ha resultado, por ejemplo, en la imposibilidad de la acumulación de sanciones en materia bursátil, al menos en Europa, inmovilizando de esta forma la capacidad punitiva y disuasiva del Estado que encuentra su mayor expresión en la aplicación simultánea de ambas represiones en dos sentidos funcionales bien distintos.

Bibliografía

- Alarcón Sotomayor, Lucía. 2014. “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”. *Revista de Administración Pública* 195: 135-167.
- Aracena Salgado, Pedro. 2017. “Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativo sancionador para Chile”. *Revista de estudios de la justicia* 26: 96-144. doi.org/10.5354/rej.v0i26.46482
- Auby, Jean-Bernard 2004. “Régulations et droit administratif”. En *Études en l'honneur de Gerard Timsit*, editado por Gérard Timsit, 209-234. París: Bruylant.
- Bacigalupo, Silvina. 2013. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. En *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, coordinado por José Miguel Zugaldía Espinar y Elena Blanca Marín De Espinosa, 67-102. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters Aranzadi.
- Cerezo Mir, José. 1975. “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 28(2): 159-175.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. 2012. “Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal”. *Revista de Derecho* 25 (2): 131-157. doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006.
- Corsi, Giancarlo, y Elena Esposito. 1996. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Lukann*. México: Universidad Iberoamericana. A.C.
- Del Rosal, Bernardo, 2016. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la fiscalía general del Estado”. *Diario La Ley* 8732: 1-15.

- Feijoo Sánchez, Bernardo. 2007. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Colombia: Universidad Externado de Colombia
- De la Gándara Vallejo, Beatriz, 1997. "Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de Jakobs". *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales* 50 (1): 363-386.
- García, Percy. 2016. "El principio del ne bis in ídem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa". *Polít. crim.* 11(21): 21-33.
doi.org/10.4067/S0718-33992016000100002
- Goldschmidt, James. 1903. "El Derecho penal administrativo en relación con la moderna teoría del derecho y del estado". En *Derecho, Derecho penal y proceso I Problemas fundamentales del Derecho*, traducido por Jacobo López Barja de Quiroja y León García Comendador Alonso, 297-318. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez-Jara Diez, Carlos. 2005. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons
- Gómez-Jara Diez, Carlos. 2008. "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?". *InDret* 2.
- Gómez Tomillo, Manuel. 2003. "Derecho administrativo sancionador y derecho penal análisis del derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad". *Revista de Derecho* 4 (4): 29-60.
- Gunther, Klaus, 2021. "Ley penal, delito y pena como comunicación". *Revista de estudios de la justicia* 34: 59-78.
- Izuzquiza, Ignacio. 1990. "Dossier Luhmann: Niklas Luhmann Ou La Société Sans Hommes". *Cahiers Internationaux de Sociologie* 89: 377-387.
- Jakobs, Gunther. 1976. "Culpabilidad y Prevención". En *Estudios de Derecho Penal*, editado por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, 72 y ss. España: Ediciones UAM.
- Jakobs, Gunther. 1997. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Jakobs, Gunther. 2004. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Berlín: Buch.
- Lesch, Heiko Harmut. 1999. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Berlín: Köln/Carl Heymanns.
- Luhmann, Niklas. 1984. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Colombia: Anthropos Editorial Universidad Iberoamericana/CEJA/Pontificia Universidad Javeriana.
- Luhmann, Niklas. 2005. *El derecho de la sociedad*. México: Herder Editorial.
- Mattes, Heinz. 1982. *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*. Berlín: Duncker and Humblot.
- Mayo Calderón, Belén. 2021. "Acerca de las diferencias entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho de policía. a la vez, una reflexión sobre el concepto de sanción". *Revista Aragonesa de Administración Pública* 56: 185-253.
- Merkel, Adolf. 2004. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Editorial Comares.

- Montero Cartes, Cristian Ismael. 2021. "Reflexiones en torno a la construcción de la noción de sanción jurídica: el indispensable recurso a la teoría general a objeto de distinguir la sanción administrativa de la pena judicial". *Revista de derecho público: teoría y método* 4: 125-15 doi.org/10.37417/RPD/vol_4_2021_642
- Nieto García, Alejandro. 2005. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Parejo Alfonso, Luciano. 2009. "La deriva de las relaciones entre los derechos administrativos y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática". *Revista de Documentación Administrativa* 284-285: 273-304.
- Silva Sánchez, Jesús. 2001. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Soto, Pablo. 2016. "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental". *Revista Ius et Praxis* 2: 189-226.
- Suay Rincón, José. 1986. "El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma". *Revista de Administración Pública (RAP)* 109: 204-208.
- Urteaga, Eguzki. 2010. "La teoría de sistemas de Niklas Luhmann". *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía* 15: 301-317.
- Van Weezel, Alex. 2017. "Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho". *Polít. crim.* 12 (24): 997-1043.