

## VI. ¿Derecho penal especial, Derecho penal económico?\*

*Cornelius Prittwitz*\*\*

### 1. El diagnóstico

El derecho penal económico vale justificadamente como “moderno”<sup>1</sup>. Puede confundir, pero sólo *prima facie*, que esto valga para las connotaciones contradictorias<sup>2</sup> que están vinculadas con el concepto “derecho penal moderno”.

---

\* Estas líneas están dedicadas con afectuosos saludos a *Imme Roxin*, con gran respeto por su contribución tanto teóricamente orientadora como cercana a la práctica, en el derecho penal económico así como en otros temas penales, y en recuerdo a tantos encuentros en Alemania y en el exterior desde 1973; del primer encuentro en el Semestre de invierno 1973/1974 en Munich la homenajeada no se va a acordar ni podría hacerlo, puesto que consisitó en una apreciación del estudiante C.P., de “una sola página”, quien junto con sus compañeros curiosos tomó conocimiento de que la esposa de su primer profesor de derecho penal, *Claus Roxin*, participaba una y otra vez como invitada en el curso de Derecho Penal.

\*\* Traducido del alemán por María Laura Böhm. Texto original: *Cornelius Prittwitz*: Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?, en: *ZIS* 2012, pp. 59-62.

<sup>1</sup> Cfr. por ej. ROTSCH, *ZIS* 2007, p. 260 ss.

<sup>2</sup> El “derecho penal moderno” es en parte entendido como el derecho penal avanzado y adecuado a los problemas sociales y estatales actuales (así, por ejemplo: *Broda*, *Der modernen Gesellschaft ein modernes Strafrecht*, 1968), y es en parte entendido como resultado de una “tendencia político-criminal de desarrollo, en la cual el derecho penal se aleja visiblemente de los ‘clásicos’ principios de Estado de Derecho y a continuación es [reemplazado] por un derecho penal ‘moderno’, es decir, desformalizado y funcionalizado, que se dirige a una lucha contra determinadas formas de criminalidad” (esto según las informaciones *online* de la editora Duncker & Humblodt sobre el libro de *Park*, *Vermögensstrafe und „modernes“ Strafrecht*, 1997). El derecho penal “moderno” comparte de esta manera la ambivalencia del concepto de la Modernidad.

Sin embargo, más allá de la ambivalente modernidad, tiene éxito<sup>3</sup>: En el ámbito germanoparlante el *Manual* de Klaus Tiedemann<sup>4</sup> fue durante mucho tiempo el único<sup>5</sup>, pero al trabajo monográfico de Bern Schünemann sobre “Unternehmenskriminalität und Strafrecht”<sup>6</sup> han seguido una cantidad de interesantes investigaciones – criminológicas y penales –, el número de contribuciones de derecho penal económico en *Libros Homenaje* y en revistas científicas también ha crecido sostenidamente, así como el número de las jornadas especializadas.

Ya hay signos visibles de que no se trata únicamente de un fenómeno pasajero: El derecho penal económico ha encontrado su aceptación en la currícula del estudio de las ciencias jurídicas<sup>7</sup>, como reacción a esto (pero, para ser realistas, también puesta la esperanza en la creciente necesidad de asesoramiento y por lo tanto de mandatos y encargos de dictámenes) aumentó el número de cátedras de derecho penal con una dedicación especial al derecho penal económico y, en consecuencia, aumentó también el número de investigadoras e investigadores penales que ambicionan y tienen la *venia legendi* para el ámbito del derecho penal económico. Ya no podían quedar dudas cuando a inicios de 2012, a la ya añeja y valerosa *Wistra*<sup>8</sup>, especializada en derecho penal económico e impositivo, se le presentó competencia por parte de la revista *NZWiSt*<sup>9</sup> – nieta de la *NJW* (*Neue Juristische Wochenschrift*) – aparecida en la editorial C.H. Beck.

Esta exitosa coyuntura tiene motivos entendibles que no requieren de mucha explicación. El legislador nacional se ha hecho desde hace décadas muy activo – en parte paralelamente, en parte consecutivamente, pero siempre acorde con los desarrollos europeos e internacionales –, y ha creado “nuevo” derecho penal económico<sup>10</sup>. Junto a eso – acompañados mayoritariamente con aplausos por parte

---

<sup>3</sup> Sobre el desarrollo del derecho penal económico: TRENDELENBURG, *Ultima ratio?*, 2011, p. 4.

<sup>4</sup> Cfr. (entretanto) TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 3ra. Ed. 2010; *idem.*, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, 3ra. Ed. 2011 [NdeT: En español, para la Parte General y la Parte Especial del derecho penal económico de este autor: Klaus Tiedemann, *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010].

<sup>5</sup> Cfr. ahora WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2da. Ed. 2011; HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ra. Ed. 2010; KUDLICH/OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2011.

<sup>6</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.

<sup>7</sup> Esto vale en todo caso para el estudio universitario troncal.

<sup>8</sup> *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Verlag C.F. Müller; el volumen 1 apareció en 1982, sólo un año luego de que en 1981 había comenzado con las revistas *NSiZ* (*Neue Zeitschrift für Strafrecht*) y *Strafverteidiger* la especialización de las revistas no exclusivamente científicas.

<sup>9</sup> *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, el volumen 1 apareció en enero de 2012.

<sup>10</sup> Cfr. nuevamente sobre el desarrollo del derecho penal económico TRENDELENBURG, *supra* nota 3, p. 4 con más referencias.

de los medios masivos de comunicación –la política y la sociedad, la agencias de investigación penal y la justicia han puesto bajo la lupa la criminalidad económica– la cual, así como las específicas normas penales de la estafa y la administración fraudulenta, existe en realidad hace mucho. En forma no del todo sorprendente, quienes en cierta medida cayeron en la mira de los perseguidores penales así como las personas naturales y jurídicas dotadas de un alto poder de protesta, reaccionaron diferente a quienes antes eran los amenazados por la criminalización y la persecución penal. Los actores económicos afectados por la nueva criminalización se han puesto a la defensiva exitosamente a diferentes niveles. Esto sucedió en forma bien distinta a como lo hicieran mucho antes los cazadores furtivos, como lo hicieran luego los ladrones de bancos y los ofensores sexuales percibidos por la sociedad como particularmente amenazantes, pero también en forma distinta al así llamado “crimen organizado” –económica y políticamente motivado–. El proceso legislativo del derecho penal económico es acompañado constructivamente por los lobbies. La obtención de financiación externa<sup>11</sup> para la investigación penal económica y criminológico-económica tiene claras ventajas en relación con la investigación penal y criminológica clásica. Ante todo, sin embargo, las empresas, su personal directivo y sus empleados en el marco de procesos penales potenciales – y en parte todavía evitables – y de procesos penales en trámite, pueden servirse del consejo de peritos altamente especializados y pueden servirse asimismo de defensores penales pagos más allá de las regulaciones BRAGO<sup>NdeT</sup> –, ya que están en condiciones de permitírselo económicamente.

## 2. La interpretación

¿Cómo debe interpretarse la magnitud y la fundamentación del diagnóstico bosquejado? ¿Cuáles son sus consecuencias, si es que tiene alguna consecuencia?

### A) Obviedades y normalidades

Es recomendable, en primer lugar, precisar con la debida serenidad las obviedades y las normalidades que en ocasiones parecen perderse de vista en el calor de la batalla, cuando alternativamente algunos observadores ponen a “la economía” injustamente en la picota u otros creen haber reconocido en la criminalidad empresarial el “verdadero objeto del derecho penal”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. por ej. de *Bussmann* „Kooperation mit Pricewaterhouse-Coopers“, referencias en BUSSMAN, en: Schröder/Hellmann (comp.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, p. 57.

<sup>NdeT</sup> BRAGO es la sigla de la *Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung*, la Ley Federal de regulación de las tarifas de abogados.

<sup>12</sup> Así por ejemplo SCHÜNEMANN, en: Schünemann (comp.), *Deutsche Wiedervereinigung, Die Rechtseinheit – Arbeitskreis Strafrecht, Vol. 3, Unternehmenskriminalität*, 1996, p. 129.

Aquí debe mencionarse en primera línea la idea de que el derecho penal – normativamente siempre, empíricamente se acerca tímidamente al ideal– no se entiende ni como un derecho penal de las clases bajas ni como un derecho penal de las clases altas y las elites, sino como un derecho penal de los ciudadanos y las personas, que rige para poderosos e impotentes, para consumidores y productores, para empleados y empleadores.

Si con tal afirmación no se quiere quedar expuesto al reproche de que uno está haciendo el juego –ciego a la realidad jurídica– a la “ley majestuosa” de que tanto pobres como ricos tienen igualmente prohibido dormir bajo los puentes<sup>13</sup>, deben mencionarse determinadas actividades del legislador penal y de los aplicadores del derecho, y tomar posición respecto de la cuestión de su obvedad y su normalidad.

Sin tomar posición ya en forma concluyente sobre el sentido y la legitimidad de parcelas temáticas específicas del derecho penal económico recientemente creado, no hay que ofenderse si el legislador cumple con su responsabilidad de fijar las condiciones marco de la acción social en general –y esto significa que bajo ciertas circunstancias también las sancione penalmente– también en el ámbito del subsistema de la economía. Debe tomarse muy en serio la cuestión de que el así llamado derecho penal complementario, por su carácter fundamentalmente accesorio y también *per definitionem*, obviamente no puede tener la ambición de ser la *magna charta* del ciudadano con tendencia a la infracción<sup>14</sup>. Independientemente de esta cuestión, sin embargo, debe dejarse en claro que el legislador en la tradición de tal derecho penal complementario también tiene permitido penalizar la conducta de los actores económicos, o incluso debe hacerlo<sup>15</sup>.

Lo mismo vale –e incluso aún más– para la aplicación de las prohibiciones penales generales, como por ejemplo la estafa y la administración fraudulenta, que lógicamente están dirigidas a todos los ciudadanos y –por la relación con la economía de estos tipos penales– en gran medida a los actores *económicos*. Naturalmente, con esta confesión sobre la lógica normalidad del debate no debe darse por anticipado si el uso beneplaciente del tipo penal (problemático, indefinido y reconocidamente demasiado amplio) de la “lucha” contra la

---

<sup>13</sup> Así la crítica incisiva de *Anatole France*.

<sup>14</sup> Véase una diferenciación importante y rica en consecuencias entre las distintas perspectivas sobre el Art. 103 párr. 2 de la Constitución alemana y el Código Penal alemán como *magna charta* del *delincuente* (así la cita original en v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Vol. 1, 1905, p. 80) o del *ciudadano* (NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung*, 9na. Ed. 2000, § 2 nota marginal 28 ss.).

<sup>15</sup> De todas formas, si se tiene en cuenta la envergadura de la potencial dañosidad social de la acción económica, es sorprendente que los *deberes* estatales de penalización, siguiendo la decisión BVerfGE 88, 203 [decisión del 28.05.1993], recién hayan comenzado a ser discutidos seriamente desde el debate sobre la punibilidad de la interrupción del embarazo.

criminalidad económica puede regir despreocupadamente desde la perspectiva del Estado de Derecho.

A fin de cuentas, puede advertirse rápidamente que el plus en derecho penal económico que producen el legislador y la jurisprudencia penales, llevan a un aumento de la demanda de prácticos penales competentes en el ámbito del derecho penal económico, así como de los respectivos docentes penales, y de esta manera genera un acento en la temática “derecho penal económico” en el ámbito científico (y de las publicaciones) de la ciencia jurídica y la criminología.

Tal vez a alguno que otro le resulte difícil reconocer que la representación –en lo posible exitosa– de los intereses de los actores económicos en los procesos legislativos y en la aplicación de la ley también es inobjetable. Esto corresponde, aquí alcanza con indicarlo, a la autocomprensión del Estado de Derecho liberal.

### B) *Lo escandaloso y criticable*

¿Qué queda de criticable? Si se observa el derecho penal económico “*en los libros*” y “*en acción*”, y luego de procesar la *checklist* de las obviedades recién perfilada, ¿queda acaso algo, que pueda objetarse?

Para adelantar la respuesta: Quedan dudas. Estas dudas se refieren a distintos planos, vienen de direcciones diversas y en parte contradictorias, y ya se han perfilado como *basso continuo* de la melodía “Todo en orden” del apartado anterior.

Político-criminalmente debe observarse –y es entendible cada postura– que lo que desde un lugar se critica por ser criminalización excesiva y demasiado dura, se critica desde otro lugar por percibirse como muy poca criminalización y demasiado suave. Por consiguiente, tendencialmente, los esfuerzos de influir en la legislación penal económica son percibidos como actividades ilegítimas –en todo caso aquellos que revelan los tejes y manejes de los poderosos–, mientras que el actor económico percibe tal proceder como obvio y útil. Los esfuerzos de los defensores penales, apoyados por parte de la ciencia penal escéptica del derecho penal, son percibidos como un comprometerse con el lado equivocado. La insistencia en los principios limitadores del derecho penal como el principio de la *ultima ratio* también en el contexto del derecho penal económico o de la política criminal económica es entendida en parte como toma de partido, y por otro lado como un ejemplo particularmente visible y por lo tanto placativo de un Estado en general poco interesado en principios, y todavía menos interesado en los principios limitadores. Cuestiones de imputación objetiva y subjetiva, como por ejemplo la relación entre la responsabilidad individual y colectiva, son tratados en forma controversial. Y direcciones importantes de la criminología se encuentran confundidas e indecisas ante el hecho de que el derecho penal no siempre se muestra como el derecho de

los poderosos contra los desapoderados, así, los criminólogos están inseguros en cuanto a si deben continuar como hasta ahora críticos de la criminalización o si deberían golpear del lado de los criminalizantes.

### C) *Intento de sinopsis*

Si en este terreno inseguro se intenta tomar posición, que no sea entendida ni como favorable a la criminalización ni como escéptica de la criminalización, que no sea desde el vamos entendida como enemiga de la economía ni como afín a la economía, entonces se comprenderán más fácilmente las turbulencias provocadas por sistemas poco o para nada compatibles.

Independientemente de los fenómenos de la criminalidad –que deben calificarse más exactamente como “criminalidad en la economía” que como “criminalidad de la economía”– parece que “economía” y “derecho penal” en muchos sentidos no son acoplables.

El derecho penal económico es en primer lugar “moderno”, en el sentido de que en gran medida muestra los elementos que caracterizan al “moderno” derecho penal del riesgo –y que lo distinguen como derecho penal problemático<sup>16</sup>. La forma de comportamiento que regula no es primordialmente *mala per se*, tampoco es desviado, sino más bien conforme (al sistema), incluso a menudo –en tanto no sea penalmente típico– es comportamiento deseable. Respecto de este comportamiento no se reacciona en primera línea por su carácter insoportable para la sociedad, sino que se pretende dirigirlo –e incluso no se trata de una dirección detallada, sino de intentos de dirección a grandes rasgos.

El derecho con el que se regula es un derecho que pretende ser especialmente preventivo y que por lo tanto adelanta el ámbito del comportamiento punible; es un derecho al cual la comprobación del comportamiento real le resulta particularmente difícil y que por lo tanto, una vez más adelanta el ámbito del comportamiento punible. Es un derecho al que por el contexto de la posible tipicidad del comportamiento se le hace particularmente difícil la distinción de responsabilidades entre distintos comportamientos individuales, así como entre la responsabilidad individual y colectiva, y que por lo tanto favorece o crea figuras de imputación innovadoras –como el “concepto económico de autor”<sup>17</sup> acuñado por *Rotsch*. Es un derecho, al mismo tiempo, al cual por distintos motivos la consecuencia tradicional del derecho penal “pena privativa de la libertad” le resulta inadecuada y que por esta razón hace abundante uso de las posibilidades de interrupción favorecidas por estrategias procesales “innovadoras” como el “*deal*”, y

<sup>16</sup> Cfr. al respecto PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993.

<sup>17</sup> ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260.

que produce salidas procesales con sanciones innovadoras que desde una perspectiva fiscal resultan rentables. Además, finalmente, es un derecho que ha privatizado muchísimo la persecución penal –en una forma impensable en otros ámbitos jurídicos– a través del instituto de la *compliance*, o en el cual la persecución penal y la renuncia penal se traslada en forma altamente innovadora a la esfera de los sujetos de derecho.

La criminalidad económica puede ser llamada sin cargo de conciencia *criminalidad* económica, aunque con la criminalidad tradicional tiene frecuentemente, y en su mayor parte, poco en común. Y el derecho penal económico puede ser llamado sin cargo de conciencia *derecho penal* económico, aunque con el tradicional derecho penal tenga frecuentemente, y en su mayor parte, poco en común. *Thomas Rotsch* ha descripto hace unos años estas particularidades con los conceptos “diferenciación, diversificación y divisionalización”<sup>18</sup>. Estas categorías no solo se adecuan en forma precisa a la cuestión, como él mismo ha demostrado respecto de la dogmática penal con una serie de ejemplos<sup>19</sup>, sino que caracterizan de forma muy precisa el desarrollo, en cuanto a que estos conceptos derivados de la economía –y que precisamente combinan no sólo con la economía, sino también con el *derecho penal* económico– demuestran en forma convincente, que las legalidades de la economía marcan al derecho penal que debe regularlas de una forma mucho más fuerte, que lo que a la inversa, el derecho penal las marca a ellas. Ya el legislador penal, quien en el manejo del derecho penal orientado por principios tradicionales se ha valido de formas más bien uniformes, más definidas y en definitiva más “fáciles”, utiliza los instrumentos de la diferenciación, la diversificación y la divisionalización; lo que todavía no está suficientemente diferenciado, diversificado y divisionalizado experimenta el pulido fino mediante la jurisprudencia, que está dispuesta a modificar el molesto concepto de autor para que se adecue al recorte de la criminalidad correspondiente, está dispuesta a adaptar molestos principios de imputación al recorte de la criminalidad correspondiente y también –palabra clave: “*deal*”– está dispuesta a pulir molestas exigencias probatorias y principios procesales, de tal manera que del tradicional derecho penal en su forma material y procesal no queda mucho. Lo que ha emergido es más bien un “derecho penal económico” llamado derecho penal *especial*, lo que surgieron son procedimientos que se diferencian en tantos aspectos del proceso tradicional, que con seguridad se puede hablar también de una derecho procesal penal *especial*.

Con estas clasificaciones –naturalmente exageradas–, no obstante, no está de ninguna manera relacionada una valoración *a limine*. Bien puede ser –y de hecho mucho habla en este mismo sentido– que el derecho penal con sus requisitos de tipicidad y sus consecuencias jurídicas, y en conjunto su derecho procesal, no

<sup>18</sup> ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260.

<sup>19</sup> ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260 (p. 263 ss.).

combinen con el ámbito de la economía, por lo que la diferenciación, la diversificación y la divisionalización se presenten como requisitos necesarios para contar con un derecho penal económico exitoso.

No obstante, me parece que se aconseja bien al Estado cuando se le sugiere generar más unidad e integridad en el ámbito de su derecho penal, siempre que confíe en un instrumentario llamado “derecho penal”, al que sin titubeos podría considerarse como restos –tal vez necesarios– de una relación Estado-Ciudadano más bien unidimensional, en algún sentido incluso atávica. No es casualidad el que el derecho penal ambiental y el derecho penal económico hayan sido incorporados en el Código Penal alemán. Es muy simbólico y basándose precisamente en símbolos estas regulaciones punitivas fueron cobijadas en un ámbito jurídico que –desde lo normativo es generalmente aceptado<sup>20</sup>– debería ser *ultima ratio*.

Utilizar la “filosa espada” derecho penal –un arma sin dudas tecnológicamente anticuada– y al mismo tiempo transformarla en una suave arma de todo uso, representa una sobreexigencia de la empresa “derecho penal estatal”. No sería la primera vez que medidas de diferenciación, diversificación y divisionalización, que deberían mejorar el funcionamiento general de la empresa<sup>21</sup>, acarreen su fin.

El manejo de la espada “derecho penal” exige sin duda, si se la quiere utilizar en forma efectiva y legítima, de una dogmática finamente cincelada, pulida y compleja. Si bien diferenciación, diversificación y divisionalización son según mi opinión “fenómenos de la teoría y praxis penal modernas”, como *Rotsch* sostiene, no deben entenderse sin más como “emanación y consecuencia” de la sutil dogmática penal tradicional que siempre –aunque haya excepciones– se ha esforzado precisamente por la construcción de categorías sistemáticas y respetuosas de los principios. Diferenciación, diversificación y divisionalización, en cambio, se sirven –según una observación superficial de la lengua y la conceptualidad– de la dogmática penal tradicional; pero se infiltran de base en el ámbito que deben regular, sin embargo, con la conceptualidad y la lógica económicas. El ámbito jurídico “derecho penal económico”, que así ha surgido, se ha alejado mucho de los requisitos, las consecuencias jurídicas y los procesos del derecho penal tradicional. Es un derecho penal especial que por momentos (y por algunos) es pensado como derecho penal especial para enemigos y pareciera que para ellos así debiera constituirse, y que por otro lado, por otros es pensado –y pareciera también que para ellos así debiera constituirse– como derecho penal especial para amigos. Pero sin duda no es un derecho penal del ciudadano, que no aceptaría tal grado de difusión de sus instrumentos y procesos, porque se producirían daños. Un derecho, en todo caso

---

<sup>20</sup> Cfr. al respecto ahora en general TRENDELENBURG, *supra* nota 3, *passim*.

<sup>21</sup> ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260 (p. 263) con referencias sobre administración de negocios en nota 39.



un derecho *penal*, que, como escribe *Rotsch*, “permite toda opinión, toda norma y toda decisión”<sup>22</sup>, no es un derecho en el que se pueda apostar simbólicamente.

### 3. Perspectiva

Diferenciación, diversificación y divisionalización, y con ello la difusión del derecho penal temida por *Rotsch* se encuentran en estado muy avanzado en el derecho penal económico. ¿Se trata por lo tanto únicamente del canto del cisne, una elegía del lánguido derecho penal? Esto sería muy pesimista y a la vez poco realista. El derecho penal económico es desmontable, no dispone del duro “acero” de la espada del derecho penal y tampoco debería disponer de él.

La sociedad debe en primer lugar decidir qué tanto quiere aceptar la renuncia del Estado a regular el subsistema de la economía (y las finanzas). Mucho habla a favor de no dejar todo en manos del propio subsistema. Una vez que esté claro *qué* debe ser regulado en el ámbito de la economía, entonces los legisladores penales y los aplicadores penales (prácticos y científicos) deberán decidir –de acuerdo a los principios y con vistas a lo que debe conservarse en el derecho penal en fondo y forma– *dónde* es necesario el derecho penal económico que se precie de ese nombre y que no esté diferenciado ni diversificado ni divisionalizado en exceso. Esta tarea es exigente; representa el núcleo de un derecho penal económico basado en principios y fundamentos, y es un derecho que toda facultad de derecho debería tener en su currícula, porque se lo debe a su sociedad y a sus estudiantes

---

<sup>22</sup> ROTSCHE, en *ZIS* 2007, p. 260 (p. 265).