

IX. Criminalidad económica*

Klaus Volk

1. Concepto

Aproximadamente desde 1970 se dice en Alemania que la criminalidad económica debe combatirse enérgicamente. La justicia también lo hace, se considera exitosa, y la gente está conforme con que ya no se cuelgue a los pequeños y se deje ir a los grandes. Sin embargo, nadie puede definir en forma sensata el concepto de la criminalidad económica. Puede ser criminalidad desde las empresas, que dañe a la misma empresa (por ejemplo administración fraudulenta) o que dañe a otros, sea a individuos (por ejemplo responsabilidad por el producto) o a otras empresas (por ejemplo violaciones a la legislación antimonopolio). Pueden ser también ataques desde afuera hacia la empresa misma. En el derecho penal individual o bien se es autor o se es víctima. En el derecho penal económico una empresa puede ser ambos a la vez. Cuando por ejemplo un empleado pagó sobornos, la empresa se ve perjudicada (administración fraudulenta) y a la vez es autora de corrupción activa.

Con esto solo se pretenden señalar las direcciones desde las cuales pueden venir ataques, y las posibles víctimas. En Alemania una empresa no puede ser autora, porque la responsabilidad penal de las empresas no existe, a diferencia de la mayoría de los Estados europeos y del ámbito jurídico anglosajón. Es como en

* Traducción del alemán de María Laura Böhm.

Asterix y Obelix, solo que a la inversa: la pequeña provincia gala se ha defendido frente a los romanos, y la provincia europea Alemania se defiende desesperadamente contra el derecho penal de las empresas bajo la invocación del derecho romano: “*societas delinquere non potest*”. Esto debe reflexionarse en relación con todo lo que acarrea como consecuencia, y eso provoca problemas. Nuestra dogmática clásica fue desarrollada para autores individuales que agreden a otro individuo. Es una dogmática para delitos que deben ser tratados frente a los jurados: asesinato y homicidio, robo y extorsión, etc. Esta dogmática no se deja trasladar fácilmente a la criminalidad económica (sobre esto volveré luego).

Sin embargo, los delitos económicos no se dirigen únicamente contra individuos o contra empresas. A menudo ponen en peligro instituciones y funciones de la vida económica, en última instancia, a veces, al Estado.

¿Pero cuál es la quintaesencia de todo esto? Por motivos incomprensibles, los alemanes buscan siempre la “esencia” de un asunto. Algunos ven la esencia de la criminalidad económica en la violación de la confianza, otros en el abuso de poder etc. Eso no ayuda mucho, porque es muy general. Ni siquiera tenemos a disposición un concepto de criminalidad económica, ni una definición. Oficialmente sólo hay una enumeración, que se encuentra en el §74c de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una regulación en la que se estipula la competencia de cámaras especiales (Cámara Penal Económica) en el Tribunal Estadual en primera instancia. Allí se mencionan algunas materias, como por ejemplo el derecho autoral y de patentes. Sobre las regulaciones centrales relativas a estafa y administración fraudulenta se dice que los casos corresponden a la competencia de la Cámara Penal Económica “siempre que para su juzgamiento se requieran conocimientos especiales de la vida económica”. En primer lugar, nadie sabe lo que es esto, y en segundo lugar estos conocimientos no los tiene todo aquel que tiene su puesto en la Cámara Penal Económica (como por ejemplo los dos jueces legos, de los cuales se puede apostar que solo podrían leer algunos balances). La cuestión es por lo tanto absolutamente nebulosa, y sin embargo funciona bastante bien. Si bien no se sabe lo que es la criminalidad económica, se la combate enérgica y exitosamente.

2. Materias

Cuando no existe definición, el acercamiento a la cuestión debe ser tipológica. Hay materias que son típicamente clasificables como de Derecho Penal Económico. En el Código Penal alemán son las formas específicas de estafa (§ 265b), los delitos de insolvencia (§§ 283 ss.), los acuerdos prohibidos en las licitaciones (§ 298), los delitos de cohecho (§§ 298, 331 ss.). Del Código Penal alemán debe mencionarse

especialmente la administración fraudulenta (§ 266)^{NdeT 1}. Si bien este tipo penal no está recortado a la medida del Derecho Penal Económico, es utilizado por la Fiscalía como caballito de batalla para todo. Para esto la figura se adecua perfectamente, porque sus contornos son difusos. La amenaza de la administración fraudulenta navega por el mar de la vida económica como una ballena. No hubo escándalo grande en los últimos años, en el cual no se investigara por administración fraudulenta (Mannesmann, Siemens, MAN, todos los casos de bancos).

Leyes especiales de importancia se encuentran en el derecho cambiario, de la competencia, de la alimentación y los medicamentos, del trabajo y del comercio exterior. Aquí no puedo extenderse sobre lo que regulan estas leyes. Más interesante resulta preguntarse por su estructura.

3. La estructura de los delitos

En el derecho penal clásico mayoritariamente son protegidos intereses individuales, bienes jurídicos por lo tanto, como la integridad física y la vida, la libertad y el honor, la propiedad y el patrimonio. Por eso se encuentran allí mayormente delitos de lesión, en los que se pregunta si mediante una acción causal tuvo lugar un resultado. El derecho penal económico, por el contrario, está caracterizado por los delitos de peligro. Tomemos el ejemplo de la diferencia entre estafa y estafa de subvenciones: al tipo objetivo de la estafa pertenecen la acción del engaño del autor y por parte de la víctima su error, que por ese medio provoca la disposición patrimonial y los daños ocasionados con ella. En la estafa de subvención de todo esto solo queda la acción de engaño (datos falsos). A un error no se llega. La subvención ni siquiera tiene que haber sido concedida, y del daño ya directamente ni se puede hablar.

Un delito de lesión se convirtió en un delito de peligro abstracto. El patrimonio del dador de subvención ha sido desplazado a un segundo plano de manera tal que la mayoría ya no lo reconoce como el bien jurídico protegido. Ahora se trata más bien de “la institución de la subvención en su función como instrumento de la dirección económica”. Muchos delitos en el derecho penal económico moderno protegen de esta manera la función y las instituciones (como por ejemplo la función de la bolsa como institución del mercado de capitales). Esto tiene consecuencias severas para la Parte General del derecho penal y para el proceso penal (sobre esto volveré luego).

^{NdeT 1} El § 266 del Código Penal alemán (StGB) corresponde a “Untreue”, tipo penal que también ha sido traducido frecuentemente al español como “administración desleal”, “abuso de confianza” o “infidelidad”.

4. Documentación y control

De esta manera las víctimas concretas han desaparecido de la dogmática del derecho penal económico. Esto significa que deben adoptarse importantes cambios en el sistema de la investigación penal. En el derecho penal clásico uno puede confiar en que la víctima presentará una denuncia y pondrá en movimiento la investigación penal. En el derecho penal económico esto no funciona. En lugar de ello deben erigirse oficinas que controlen la vida económica. Hay muchas de tales oficinas de monitoreo (como por ejemplo la *Oficina de Vigilancia Federal para la Supervisión del Servicio Financiero*, que controla principalmente el comercio de papeles de valores). Este control solo tiene sentido si se tiene acceso a los documentos y las informaciones. Por eso en el derecho administrativo económico hay numerosas regulaciones que obligan a registrar procesos comerciales, a documentar todo, a informar ciertos procesos a las autoridades etc.

Para el delito clásico de la administración fraudulenta esto vale también, por otros motivos. Decisiones empresariales son decisiones riesgosas tomadas bajo cierta incerteza. Una decisión riesgosa es penalmente irrelevante cuando todos los riesgos han sido estudiados y cuando fueron cuidadosamente ponderados en contra de su concreción. Pero esto debe dejarse por escrito si luego se quiere poder rechazar el reproche de solo haber “jugado” como un tahúr. Para que una decisión no sea atacable debe haberse documentado el camino hasta esa decisión.

Esta obligación de documentaciones y registros, visto desde una perspectiva procesal, significa lisa y llanamente que deben haberse reunido pruebas contra uno mismo. Tal vez la Fiscalía evalúe los procesos como problemáticos. Quien se comporta conforme a derecho, al escribir todo en buena fe, está llevando el diario a la Fiscalía.

5. La Parte General del derecho penal

La Parte General es la disciplina por excelencia de la ciencia jurídico penal alemana. Para el derecho penal económico, sin embargo, juega un rol marginal. Repasemos los niveles de la estructura del delito, o sea la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Sobre el concepto *acción*, en principio, no hay particularidades. Incluso en la diferenciación entre acción y omisión no hay nada nuevo. En gran parte esto tampoco es importante, porque el legislador en muchas figuras penales equipara acción y omisión al amenazar con sanción penal también a quien ha omitido dar datos (por ejemplo en la estafa de subvención, en la estafa de crédito, en la estafa de inversiones) o a quien ha omitido actuar de cualquier otra manera. La administración fraudulenta – como ya se mencionó, tipo penal tan usualmente

utilizado – es de todas formas un delito especial. Quien tiene una obligación de custodia respecto del patrimonio de otro, puede incumplirla por acción u omisión.

La tendencia a equiparar ambas formas de comportamiento se muestra en forma especialmente clara en la teoría de las *posiciones de garante*. Aquí el derecho penal económico ha lanzado nuevas preguntas y ha actualizado viejos problemas. La cuestión, por ejemplo, de quién tiene una obligación de impedir hechos ajenos, no se plantea en el derecho penal nuclear muy seguido y en ese ámbito ya está más o menos agotada la discusión. En el derecho penal económico, en cambio, se está haciendo virulenta. ¿El dueño del negocio debe impedir delitos cometidos desde la propia empresa? ¿El Consejo de supervisión tiene la obligación de intervenir contra delitos de la Junta Directiva? La Corte Suprema Federal alemana ha decidido recientemente que el *Compliance-Officer* de una empresa es garante de que las reglas sean cumplidas.

En tanto haya delitos de resultado en el derecho penal económico, naturalmente la causalidad deberá ser probada. La Corte Suprema Federal alemana ha tenido dos decisiones guía sobre la responsabilidad por el producto (aerosol de cueros y productos de protección de la madera), en las cuales ha modificado y reducido estas exigencias. La Corte ha sostenido que sus modificaciones solo atañen a la prueba de la causalidad. En verdad, sin embargo, ha modificado el concepto. En lugar de una condición legal, o sea la vinculación de comportamiento y resultado mediante una ley natural, es suficiente ahora una plausible, estadísticamente probable conexión.

Las *causas de justificación* del derecho penal general, se dice que valen también en el derecho penal económico. Esto es correcto, salvo por el hecho de que casi no tienen importancia. En un caso de cohecho no puede alegarse legítima defensa (“si no otros hubieran recibido el encargo”) y para un delito de insolvencia no puede alegarse estado de necesidad (“yo tenía que salvar los puestos de trabajo”). De relevancia práctica es solo la aquiescencia, pero también aquí queda mucho por esclarecer. Si todos los socios de una SRL aprueban las medidas del Director General, no puede ser administración fraudulenta. ¿Cómo es esto en una Sociedad Anónima? ¿La Junta Directiva necesita de la aprobación de los accionistas, y están ellos – de acuerdo a la Ley de las Sociedades Anónimas – en condiciones de disponer?

A nivel de la *culpabilidad* no hay nada en el derecho penal económico que pueda alegarse como disculpa cuando se está acusado.

Cito de un alegato ficticio de un conocido Defensor: “Alto Tribunal! El lastimoso acusado se encontraba en una situación sin salida cuando cometió el hecho. Los fondos se habían agotado y ya no había esperanza de obtener dinero por las vías

legales. Cuando se decidió a cometer el hecho pensó en todas las personas por las que tenía que velar y que dependían de él. A esto se suma que los primeros años de su vida estuvieron marcados por carencias. Creció sin amor, él mismo tuvo que pelearse su futuro. Cuando alguna vez tenía éxito, nadie se alegraba con él, y cuando cometía errores, todos se reían y lo despreciaban. Se ha ganado, Alto Tribunal, consideración y clemencia.”

Quien expone esto, si defiende al ladrón de bancos, puede tener la esperanza de que su mandante sea sancionado en forma más leve. Si defiende en cambio a un Director General de un banco, la reacción más suave podría ser a lo sumo un meneo de cabeza.

En los casos de asesinato y homicidio, los delitos capitales, es rutina que un especialista revise al sospechoso respecto de su culpabilidad. Si en un proceso en que se trata de capitales, se intentase solicitar a un especialista que investigue el estado psíquico del responsable que ha “matado” a una empresa, se correría el riesgo de ser considerado uno mismo como enfermo mental.

La culpabilidad es de hecho un gran problema –pero solo en el derecho penal que no existe en Alemania, el derecho penal contra las empresas.

Diferencias cruciales entre derecho penal económico y derecho penal general hay en *la autoría y la participación*.

El sistema alemán es muy complicado. Nosotros diferenciamos en la autoría entre autoría –de una persona sola– (*Alleintäterschaft*), coautoría (*Mittäterschaft*), autoría mediata (*Mittelbare Täterschaft*) y autoría accesoria (*Nebentäterschaft*). Además hay formas de la participación (en sentido amplio): inducción y participación (en sentido estricto). El inductor es sancionado como el autor. Solo el partícipe (en sentido estricto) recibe una atenuación. Bajo el aspecto de la graduación de la pena, por lo tanto, solo es relevante si el imputado es una figura secundaria y solo ha cometido participación. Eso y solo eso es la cuestión decisiva en el derecho penal económico. Sin embargo, por la estructura del delito, muchas veces no se plantea esta pregunta. Quien tiene una obligación de custodia de patrimonio y la lesiona provocando daño, siempre es autor y no puede aducir que solo participó en forma secundaria. Otros delitos equiparan autoría y participación (como por ejemplo el lavado de dinero). En el derecho penal económico hay tendencias a la autoría unitaria, contra la cual, dicho sea de paso, casi todos los penalistas se han pronunciado. Los hechos hablan otro idioma. No se puede pasar por alto que en el derecho de las contravenciones, que juega un rol eminente en el derecho económico, tenemos autoría unitaria, y no sólo fácticamente, sino que prescripta en la ley (§ 14 Ley de sanciones administrativas – OWiG).

6. Criminalidad económica en el proceso penal

A) Organizacional

En Alemania los Estados tienen la competencia para la organización de la Justicia. Todos han erigido Fiscalías especializadas para la persecución de la criminalidad económica. Allí no solo trabajan fiscales, sino que también consultores económicos, que se han formado como especialistas en impuestos, en supervisión económica, etc.

Las Cámaras Penales Económicas en los Tribunales Estaduales ya las mencionamos. Deben dedicarse únicamente a cuestiones del derecho penal económico y de esta manera desarrollan un conocimiento específico.

B) Derecho Procesal y Derecho material

No se puede hablar sensatamente sobre un concepto político-criminal sin pensar cómo se ve su realización en el proceso penal. El derecho penal es el único ámbito jurídico en el cual siempre debe llevarse adelante un proceso. Luego de largos períodos de separación entre el derecho material y el procesal, y de subestimar al derecho procesal –al cual se le adscribía únicamente una función accesoria– hoy se sabe que hay mucha retroalimentación entre ambas áreas. Solo un ejemplo: El motivo por el cual en la figura de la estafa de subvención se ha prescindido de muchos elementos de la estafa es, simplemente, que a tales elementos se los consideraba difícil de probar.

Ahora bien, ¿cuáles son las particularidades del derecho penal económico en el ámbito procesal?

C) Situación probatoria y derecho a guardar silencio

Lo primero es la situación probatoria. La mayoría se desprende de documentos que fueron hallados mediante un allanamiento y luego incautados. El imputado naturalmente tiene, como siempre, derecho a guardar silencio y, además, no debe influir de ninguna manera. Sin embargo, no tiene sentido permanecer pasivo. De hecho, solo el imputado puede desvirtuar la sospecha que se desprende de los documentos. El derecho a guardar silencio, por lo tanto, se ve desvalorado.

D) Cantidad de material e “internal investigations”

Otra particularidad es el volumen del material. Ya en la primera acción de allanamiento se secuestra material en una cantidad que sería impensable en un procedimiento penal “normal”. A esto se suma que todos los *server* se copian y los

computadores personales se secuestran. Ya solo la comunicación por correo electrónico que las fiscalías quieren valorar, llena un disco rígido grande. Se maneja en definitiva una cantidad de datos en el rango de tamaño de los *terabytes*.

Y esto todavía no es todo. La Junta Directiva y el Consejo de Supervisión de la empresa correspondiente van a contratar un estudio de abogados (generalmente con actividad internacional) que llevará adelante investigaciones internas. Esto conduce entonces a “*interviews*” con los empleados: La empresa ha puesto en marcha un “programa de amnistía”. Quien colabora con el esclarecimiento de la situación no tiene nada que temer; quien no habla, es despedido. La Fiscalía sabe que las investigaciones internas tienen el efecto de un primer golpe y espera por lo tanto en el marco de la cooperación prometida por la empresa, que los resultados de aquellas investigaciones les sean entregados. La evidencia ahora trae consigo la obligación de probar. Si ya en el derecho económico hay tan vastas obligaciones respecto a la documentación, al control y documentación del control, a la denuncia, información y exposición, ¿por qué no se debería, por así decirlo, extender y exigir a quienes se encuentran en el ámbito procesal penal que lo expongan a la Fiscalía?

E) Duración del proceso

Estas enormes cantidades de datos deben ser en primer lugar procesadas, tanto por la Fiscalía como por la Defensa. Esto cuesta mucho tiempo. Este es el motivo principal de por qué los procesos duran tanto. La excusa de que los defensores extienden los procesos en el tiempo, como arrastrándolos, es totalmente infundada. En realidad es más bien al revés: Los mandantes tienen prisa por terminar con la carga del proceso cuanto antes y harían con mucho gusto un “proceso corto”.

F) Acuerdo

En general esto suele estar totalmente en concordancia con las intenciones del respectivo Tribunal. Así se ha llegado a los acuerdos en el proceso penal. Durante mucho tiempo fueron combatidos y lo siguen siendo. Muchos principios tradicionales de nuestro proceso penal están afectados, como por ejemplo la publicidad del proceso, su oralidad e inmediatez, y en primera línea el principio según el cual el Tribunal está obligado a investigar de oficio la verdad material. Sobre la verdad no debería negociarse. En asuntos de derecho penal económico la Justicia ha mirado más allá y practicado los acuerdos. Ahora se encuentran legalizados por el legislador. Esta puede ser considerada la modificación más grave que ha tenido nuestro Código Procesal Penal desde hace más de 100 años. Los críticos continúan protestando que han sido motivos exclusivamente pragmáticos de economía procesal los que fueron considerados aquí, especialmente la

sobrecarga de los Tribunales. Esto es, en principio, correcto. Si se pretendía procesar aquella cantidad de datos en el proceso “clásico” del Código Procesal, un proceso duraría años, a pesar de que ya en un estadio temprano se supiese lo que más o menos “saldría”. Pero en realidad, se trata de algo más.

“Consenso” era hasta ahora una palabra extraña al derecho procesal penal. En el procesal civil es rutina. Allí se puede reconocer una demanda y reconocer una afirmación del demandante, en ese caso el Tribunal está vinculado y debe tratar esa afirmación como verdad. Esta verdad, así llamada “formal”, ¿debe aceptarse ahora también en el proceso penal? No, el legislador no ha ido tan lejos. Por un lado queda aún en la autoridad del Tribunal el definir la verdad material, y por otro lado, puede haber acuerdos sobre el resultado del proceso. La ley sobre los acuerdos no salió bien, porque no logró integrar el elemento consensual en nuestro proceso penal.

Los acuerdos tienen lugar principalmente en el ámbito del derecho penal económico. En procesos sobre asesinato u homicidio, extorsión o estafa, violación o lesiones, son mucho menos frecuentes. Especialmente para delitos de este tipo el derecho material ha creado un elemento consensual, esto es, la compensación entre ofensor y víctima (§ 46a StGB). Si el ofensor se esfuerza en recomponer los daños y se acerca a la víctima, puede ser sancionado más levemente.

Todavía nadie ha establecido qué relación existe entre el instituto del derecho material de la compensación entre ofensor y víctima por un lado, y el instituto del derecho procesal del acuerdo por otro. Sin embargo, de fondo, se trata de la misma cosa. ¿Qué significado tiene para el derecho penal que se alcance un acuerdo sobre el hecho? En el derecho penal económico dominan, como se mencionó, los delitos sin víctima. Según la opinión mayoritaria, en estos delitos no es posible la compensación entre ofensor y víctima. De alguna manera esto es errado, porque la decisión del legislador fue adelantar el límite de la punibilidad respecto del daño y hacer punible por tanto ya el peligro abstracto. De esta manera se le ha hecho imposible al autor el reconciliarse con una víctima concreta. El acuerdo es por así decirlo una forma de equiparar esta chance perdida. El autor manifiesta mediante el acuerdo que está dispuesto a asumir responsabilidad. En definitiva, es de esto de lo que se trata.

7. Resumen

El derecho penal económico tiene muchas facetas que lo diferencian del derecho penal general. El derecho penal económico hace perder importancia a muchas figuras jurídicas de la parte general del derecho penal. El derecho penal económico nos obliga a repensar muchos de los elementos “clásicos” de la dogmática. No es una parcela del derecho penal con límites propios, sino que tiene efecto también

sobre todas las reglas fundamentales de la dogmática y la política criminal. Ha puesto en marcha nuevos desarrollos del derecho procesal que son de importancia general.