

EL CONCEPTO DE DERECHO ECONOMICO, DE DERECHO PENAL ECONOMICO Y DE DELITO ECONOMICO

Klaus Tiedemann

Profesor de Derecho Penal

Universidad de Freiburg y Universidad de Münster (RFA)

La justificación para tratar este tema se deriva del fenómeno que —a pesar del número y de la duración considerable de esfuerzos científicos en la criminología, en la política criminal y en el Derecho Penal— el concepto de Derecho Penal Económico y del delito económico no es claro, sobre todo en la criminología comparada y en el Derecho Comparado. Cuando los franceses, por ejemplo, hablan de *Droit Pénal des Affaires*, los ingleses de *Business Crime*, los suecos de *Okonomisk Brostliget* y los alemanes de *Wirtschaftsstrafrecht*, no se habla de la misma cosa. Esta evidente laguna impide el desarrollo del pensamiento científico en dicho terreno, el intercambio práctico de experiencias nacionales y el desarrollo de la reforma del Código Penal.

Es por eso que hemos organizado, a fines de septiembre de 1982 en la ciudad de Freiburg (RFA), un coloquio internacional preparatorio al próximo Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre el tema "Concepto y principios del Derecho Penal Económico". En este artículo trataré el primer punto: El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico.

I

El *Derecho Económico* constituye, hoy en día, una materia *sui generis* en muchos países, puesto que no se limita al Derecho Administrativo, como pretenden algunos privatistas y economistas, sino que abarca también aspectos que, según el criterio clásico, forman parte del Derecho Civil. Con ello, el antagonismo y la separación entre Derecho Comercial y Derecho Económico va perdiendo cada vez más importancia, de manera que la frontera entre ambos se hace a veces un tanto difusa. De acuerdo con esto, el Derecho Penal Económico se concibe actualmente en Alemania en forma muy amplia, que abarca también materias de Derecho comercial relativas a la competencia de las Salas de Derecho Penal Económico de las Magistraturas Regionales (*Landgerichte*) y de las Fiscalías especializadas en la prosecución de delitos económicos (*Schwerpunktstaatsanwaltschaften*). También en el Derecho Francés, en el cual si bien se distingue

teóricamente entre Droit des Affaires y Droit Pénal des Affaires, por una parte, y Derecho Económico Administrativo, por la otra, las Fiscalías especializadas en la prosecución de delitos económicos —que siguen el modelo alemán— y las Salas de lo Penal Económico tienen también competencia en Derecho Penal Económico.

En consecuencia, por lo menos en la práctica se hace sentir un creciente acercamiento entre las materias teóricamente separables del Derecho Comercial y del Derecho Económico. Pero en la doctrina francesa como también, por ejemplo, en la sueca, hay una tendencia clara a excluir del concepto de delito económico aquellos actos que pretenden, desde su origen, una finalidad delictiva de contenido económico (“crime as business”) y de restringir, de otro lado, los delitos económicos a aquellos actos que se cometen en o con las empresas (“corporate crime”).

¿Qué posibilidades existen, entonces, para llegar a un concepto claro y adecuado, aplicable no únicamente en un solo modelo o sistema económico?

Como se sabe, Sutherland describe el delito económico —perpetrado por el delincuente de “cuello blanco”— como “delito que es cometido por una persona de consideración y elevado status social en el marco de su profesión”. También Clinard y Hartung se alinean en la definición fundada en el autor del delito, en tanto consideran el delito de cuello blanco como violación de la ley por parte de *hombres de negocios*, productores libres, funcionarios y empleados de firmas comerciales. De manera creciente se emplea en la nueva literatura angloamericana el término “hecho penal profesional” (“occupational crime”). Con esta conexión al papel profesional y a la actividad económica, la particularidad del delito económico estriba ahora menos en la personalidad del autor y su pertenencia a la capa social elevada, y más en la especial manera de comisión (modus operandi), así como en el objeto de ese comportamiento. Esta evolución se deja también detectar en la investigación criminológica alemana.

Como particularidad del modo de cometer el hecho penal económico se ha destacado en especial, tanto por parte de la investigación criminológica como por la criminalística, en la República Federal Alemana y en los Estados Unidos —remontándose, por lo demás, a tempranos planteos de Sutherland—, el abuso de confianza social en el tráfico económico: El abuso de la confianza socialmente exigible en la vida económica constituye el delito económico. En este modo de considerar el problema importa señalar como hechos económicos delictivos aquellos estilos de conducta que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante, y que por la ejecución y efectos del hecho pueden poner en peligro, además de lesionar intereses individuales, la vida económica o el orden correspondiente a ésta. Junto a ello se sitúa también, en la

criminalística económica alemana y en el Proyecto Alternativo alemán sobre delitos económicos, el criterio del “*abuso* de posibilidades formales y estructurales”, es decir, de instrumentos económicos.

Se obtiene una aproximación de estos puntos de vista, más o menos criminológicos, a conceptos de la dogmática jurídico-penal, cuando, como ya se indicó, se exige en la criminología y en la criminalística que el delito económico pueda ser adecuado, por sus efectos, para turbar o poner en peligro, por sobre el perjuicio de intereses individuales, la vida económica y el orden que a ésta corresponde. Con ello se llega —si bien considerando primero la entidad del daño infligido en el caso particular, y refiriéndose al peculiar objeto fáctico del hecho penal económico— al *bien jurídico* lesionado por hechos de tal suerte. Este concepto “clásico” de bien jurídico (entendido como interés social protegido por el Derecho) se ha impuesto abrumadoramente en la dogmática jurídico-penal, y de modo abierto se apoya, para la clasificación de los delitos, no en el *autor*, sino que se sitúa en el punto de vista de la *víctima*: el interés protegido legalmente por el orden jurídico es empujado al primer plano. Con ello aparece hoy posible —en el terreno del Derecho vigente— una amplia reconciliación de las antes contrarias concepciones abrigadas por la sociología criminal y la dogmática jurídica. Semejante reconciliación era también el resultado del coloquio de Freiburg (RFA), asegurando en sus resoluciones que la expresión derecho penal “des affaires” (“business criminal law”) está construida tomando la empresa como referencia (y como autor real del delito económico), y que la expresión derecho penal “económico” se refiere al bien jurídico, ambos términos constituyendo aspectos diversos de un fenómeno idéntico. Las mismas resoluciones declaran que los intereses supraindividuales son particularmente vulnerables de manera que merecen una fuerte protección por el derecho penal. Dicen también estas resoluciones que al bien jurídico supraindividual corresponde la forma dogmática de *delito de peligro abstracto*, haciéndose constituir el daño en la lesión de la confianza social, no en la confianza individual o en un daño material.

II

En la perspectiva de esta orientación en la cual se unen más o menos el Derecho Penal y la criminología en un concepto común de delito económico, comprende aquél, en primer término, las transgresiones en el campo del Derecho Administrativo Económico, o sea, la defensa penal de la *actividad interventora y reguladora del Estado* en la economía. Comprende, además, transgresiones en el campo de los llamados *bienes jurídicos* colectivos o *supraindividuales* de la vida económica, que por necesidad conceptual trascienden los intereses jurídicos individuales. Finalmente, se incluyen los hechos penales en el campo de los delitos patrimoniales clásicos (estafa,

extorsión, defraudación, cohecho, etc.), cuando estos delitos se dirigen en la realidad contra patrimonios supraindividuales (como en los casos de la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos estatales) o cuando estos delitos constituyen abuso de medidas e *instrumentos de la vida económica* (como en los casos de cheque en descubierto y de balance falso).

Antes de exponer en los párrafos siguientes esta concepción en particular y con mayor referencia a datos concretos, debe señalarse que, en verdad, a veces también se sostiene que delitos económicos son aquellos hechos penales económicos en los cuales la *prueba criminalística* no resulta posible en el caso particular, o sólo se obtiene superando desproporcionadas dificultades financieras o de tiempo. Este criterio *procesal* ha sido también acogido por el § 74 c de la Ley Alemana de Organización de los Tribunales cuando, para determinar la competencia de las Cámaras Penal-Económicas, se consideran prácticamente todos los delitos contra la propiedad y el patrimonio, "en tanto para la decisión del caso se requirieran especiales conocimientos de la vida económica". Según este criterio, el Derecho Penal Económico se referiría, en definitiva, a intereses patrimoniales del particular. Sin embargo, tal criterio nos parece insostenible, al menos en tanto resulta por completo incuestionable que hay, en el propio Derecho Económico vigente, bienes jurídicos reconocidamente supraindividuales. Basta recordar el Derecho del monopolio, que sólo muy forzosamente podría ser remitido a la exclusiva protección del particular. Asimismo, cabe recordar los hechos penales referentes a embargos del Derecho Económico externo, respecto de los cuales, de modo igualmente incuestionable, no se trata de tutelar intereses individuales ni patrimoniales, sino finalidades de política exterior.

Naturalmente, el conjunto de bienes protegidos por el Derecho Económico y Penal Económico se puede hacer remontar, en última instancia, a la protección del individuo, por cuya causa el Estado existe. Pero al igual que el Estado y sus intereses protegidos, como también otras instituciones intermedias de la economía y sus intereses, no pueden identificarse sin más, del mismo modo es inadmisibles e injusto, al menos en parte, negar la autonomía de los intereses protegidos por el Derecho Penal Económico.

Sobre todo, pueden entrar en colisión, en el campo económico, los intereses individuales y supraindividuales protegidos, como lo indican las figuras del estado de necesidad y del consentimiento. Si, por ejemplo, el Derecho Penal alemán de las sociedades de responsabilidad limitada (GmbH) obliga al gerente de una de estas sociedades a solicitar, en caso de insolvencia, la quiebra o convocatoria de acreedores y a informar a los socios de una pérdida de por lo menos la mitad del capital social, la cuestión de si la renuncia de los socios a ser informados o a pedir la quiebra

excluye la antijuridicidad de la omisión, se resuelve de acuerdo a la naturaleza individual o supraindividual del bien jurídico protegido. En cuanto a la ponderación de intereses en el estado de necesidad como causa de justificación, se ha reconocido por la jurisprudencia alemana la primacía del interés colectivo en el abastecimiento de la población y del interés público en impedir aumentos de precios, por un lado, sobre el interés individual en el mantenimiento de la producción, la conservación de los puestos de trabajo, etc., de otro. Por supuesto que esto no significa que el interés colectivo deba prevalecer siempre sobre el interés individual, sino que, especialmente en el supuesto en que estén en juego la protección de bienes jurídicos elementales del individuo, tales como la integridad corporal, la vida y la libertad, pueden estos bienes estar por encima de intereses de la colectividad.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema alemana el permiso otorgado por una autoridad administrativa no puede ser invocado como causa de justificación si la actividad de la persona autorizada pone en peligro u ocasiona daños a la salud de terceros. En materia del Derecho Penal del medio ambiente, la Corte Suprema ha sostenido esta doctrina en un caso en que la fabricación de tapas de botellas originaba, por la emanación de gases al soplar el viento en una determinada dirección, molestias a los vecinos de los alrededores en una distancia de 30 a 300 metros de la fábrica, consistentes en irritaciones oculares, escozores de la garganta, irritaciones bronquiales, dolores de cabeza, trastornos respiratorios, insomnio y náuseas. A juicio de la Corte Suprema, el criterio del mantenimiento de la producción y de la conservación de los puestos de trabajo no puede justificar que se ponga en juego la salud de los vecinos. Apoyarse en tal caso en la autorización oficial de fabricación otorgada constituiría (según la Corte Suprema) un abuso del Derecho.

Antes de señalar, en el punto siguiente, lo característico del Derecho económico y del Derecho Penal Económico, se puede decir que todos los ordenamientos jurídico-penales ofrecen una posibilidad de conectar los puntos de partida contradictorios que estriban, uno, en la idea del autor penal económico, y otro en el hecho penal económico. Dicha posibilidad se halla, primeramente, en el campo de los llamados *delitos especiales* ("Sonderdelikte"). Estos son delitos en los cuales el legislador eleva al carácter de autor no a cualquiera, sino sólo a personas calificadas de un modo especial.

Integran esta categoría las figuras legales del Derecho Penal Comercial en el sentido estricto, esto es, el Derecho Penal de las sociedades comerciales, así como parte del Derecho Penal atinente a la competencia comercial. Presupuesto esencial de la punibilidad —especialmente para los delitos concernientes a la contabilidad y balances, pero también a los so-

bornos en la vida económica— es la calidad profesional de comerciante, empleado, fundador, miembro del consejo de fiscalización o liquidador de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, etc. En estas casas, el carácter económico y de delito económico se establece como consecuencia de la expresa elección de la figura que hace el legislador, en virtud de la calidad del autor, y sin que venga a efectuarse referencia a los particulares modos de comisión y efectos del hecho.

El § 74 c, de la Ley Alemana de Organización de los Tribunales alude, a este respecto y fuera de la mención o cláusula general del inc. 1º N° 6, en cinco números, a delitos y contravenciones sancionados por el ordenamiento del concurso y el concordato, por la ley contra la competencia desleal, por la ley sobre la rendición de cuentas de determinados empresarios y grupos industriales, por las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, por la ley de cooperativas, por las leyes sobre bancos, depósitos, bolsas y crédito, por la ley de fiscalización de seguros, por la ley sobre economía exterior, por la ley de economía de divisas, por el derecho impositivo y aduanero, y en fin, por la Ley Penal Económica de 1954.

Ciertamente, las leyes antes mencionadas no se refieren siempre a delitos especiales. En realidad, protegen tales leyes intereses económicos supraindividuales permanentes, de tal modo que es esencial atender aquí, para la determinación de los conceptos, al objeto del delito económico: el orden de la economía instituido y dirigido por el Estado, vale decir, la economía nacional en su totalidad y en sus sectores parciales. Y aquí pasa al primer plano el interés supraindividual (social). Esta formulación, asentada en la protección de la economía nacional y de sus órdenes parciales, también yace en la base del párrafo 3, I, N° 1, de la Ley Penal Económica Alemana, y se halla reconocida de modo absolutamente abrumador tanto por la ciencia del Derecho penal alemana como por la extranjera.

En particular, la sección económica del Derecho Penal (*Nebenstrafrecht*) está formada por normas de Derecho Económico Administrativo que, contrariamente al Código Penal, protegen valores típicamente vinculados al bien común, y por ello concierne mayormente a los delitos especiales, y se refiere, según las normas, a deberes especiales dependientes de la calidad personal del autor (v. gr., importador, exportador, empleador, etc.).

III

Con ello, por una parte y desde el punto de vista penal, queda superado el dualismo clásico de Derecho Comercial y Derecho Económico, es decir, de Derecho Privado y Derecho Público, ya que también el Derecho Co-

mercial (por lo menos en materia de sociedades) tutela en parte intereses supraindividuales, aun cuando éstos a menudo se reducen a la suma de los intereses individuales de los acreedores. Y por otra parte, las ideas valorativas del Derecho Económico acerca de la corrección de las relaciones económicas dejan también su huella en los conceptos e instituciones del Derecho Civil clásico.

De este modo, el Derecho Económico no constituye por sí mismo una categoría nueva, sino que agrega al Derecho ya existente un valor específicamente económico general y reúne en forma sistemática las leyes existentes bajo este punto de vista. El Derecho Económico comprende, pues, en especial, el Derecho de Empresas, o sea, el problema de quiénes serán admitidos como empresarios y cuáles son las condiciones básicas del funcionamiento de las mismas. Pero aparte de ello, el Derecho Económico se refiere también a la regulación de las relaciones de las empresas entre sí y, sobre todo, a las formas de comportamiento en materia de competencia.

Las leyes económicas especiales tendientes a la planificación y a la dirección de la economía se forman de una materia que, históricamente, respecto de Alemania tuvo su origen legislativo —tras manifestaciones aisladas en épocas anteriores— en tiempos de la Primera Guerra Mundial.

En esa época produjo la legislación un verdadero arsenal de medidas económicas jurídico-administrativas, cuya sanción con pena criminal de ninguna manera se limitaba a los casos más graves. La organización de un adecuado abastecimiento colectivo llevó a adoptar en aquel tiempo cerca de 40.000 disposiciones penales, cuyo núcleo fue formado por varias leyes sobre la usura de guerra, que aseguraron la satisfacción de las necesidades vitales, así como mediante la lucha contra la elevación de los precios y para contrarrestar el aprovechamiento de la situación de necesidad. La época siguiente, pese al intervencionismo estatal en el terreno económico durante la República de Weimar, condujo a una parcial reducción. Sin embargo, persistieron generalmente las formas jurídicas estructuradas en virtud de la economía de guerra y se convirtieron en fundamento del derecho industrial o derecho económico de nuevo cuño. Paralelamente con la evolución económico-industrial surgió un Derecho Económico especial, abrazado por el Derecho Penal.

En aquella época, los últimos años de la década del veinte y los primeros de la del treinta, también se verifican en Alemania los primeros esfuerzos científicos vinculados al Derecho Económico. Los trabajos de Böhm, Hedemann, Nussbaum y Krause concibieron al Derecho Económico como la normativa aplicable a la dirección estatal de la economía, y fue sólo a modo de consecuencia que Lindemann, discípulo de Hedemann, describió como objeto del Derecho penal económico al sector de la eco-

nomía dirigida y protegida. Luego de la política económica de poder del nacionalsocialismo, basada en la completa dirección y planificación, en la cual posteriormente se convirtió en un Derecho Penal Económico de guerra totalitario, sirvieron las primeras reformas de la segunda postguerra para desmontar el omnicompreensivo poder penal de la administración. La ley de simplificación del Derecho penal económico (Ley Penal Económica de 1949) proporcionó, en beneficio de la claridad y seguridad jurídicas, una enumeración taxativa del Derecho Penal Económico vigente, y en su párrafo 6 por primera vez se efectuó la separación legislativa entre Derecho Penal Criminal y Derecho Penal Administrativo. Considerada la reforma en su conjunto, continúa la línea de protección penal de la planificación y dirección de la economía, o sea que se trata del llamado Derecho Penal Económico Administrativo.

IV

Para la definición conceptual válida en la actualidad, resulta sobre todo problemático el vasto ámbito que fuera Derecho Penal Económico Administrativo, a saber, el de la estafa y la administración infiel, de la apropiación indebida y del soborno, y además el de la usura, del daño y del hurto.

Estas figuras penales se dirigen primordialmente a la protección del patrimonio de los titulares individuales, y sólo en casos particulares importan, de modo incidental y auxiliar, la protección de intereses patrimoniales supraindividuales como los del Fisco, los bancos, las compañías aseguradoras, las sociedades comerciales, etc. Existen casos que demuestran que la realización de tales figuras penales patrimoniales "clásicas" del Código Penal al propio tiempo son o pueden convertirse en un delito económico. Así lo demuestra el ejemplo del daño, que desde el punto de vista del sabotaje económico puede concebirse como delito económico, y en muchos ordenamientos jurídicos se halla trazado de modo correspondiente, como por lo demás los nuevos casos de sabotaje de computadores con ayuda de magnetos, etc., en los cuales las finalidades de la acción y la entidad del daño adquieren nuevas dimensiones.

De todos modos, hay delitos económicos en el clásico campo del Derecho Penal patrimonial cuando, para la ejecución del delito, se emplean medios concebidos por el legislador como elementos autónomos del hecho penal que, al propio tiempo, afectan a bienes jurídicos de la generalidad o de sectores enteros de la economía. Ello ocurre, especialmente, en los casos de publicidad desleal, de delitos de balance y demás delitos atinentes a la contabilidad, en los delitos concernientes a documentos de cambio y cheques, en tanto se trata del abuso de instrumento e instituciones eco-

nómicas, aun cuando en el caso particular sólo puedan verse afectados los intereses patrimoniales de particulares.

Junto a estos supuestos deben colocarse, como delitos económicos, los clásicos delitos patrimoniales, cuando se dirigen a un objeto fáctico supraindividual, esto es, en las hipótesis en que el bien jurídico protegido no es siempre supraindividual, pero sí lo es, en el caso concreto, la víctima del delito. Esto vale para delitos como la estafa, la infidelidad, etc., contra bancos, compañías aseguradoras y otras entidades intermedias, y, naturalmente, también respecto de esos hechos cuando se dirigen contra el Estado, las municipalidades y similares cuerpos políticos.

V

De lo dicho se extrae, para resumir, en primer término un concepto limitado de Derecho Económico y de Derecho Penal Económico.

Tal concepto abarca aquellas partes del Derecho Penal que tutelan primordialmente el bien constituido por el orden económico estatal en su conjunto, y en consecuencia, el flujo de la economía en su organicidad, en una palabra, la economía nacional. En tanto este organismo económico se halla, como valor supraindividual, preponderantemente institucionalizado y ordenado, dirigido y vigilado por vía de las medidas administrativas —con lo cual se verifica la política económica—, la materia alcanzada por la definición es el Derecho Penal Económico Administrativo.

Al Derecho Penal Económico en este sentido restrictivo corresponde una concepción del Derecho Económico como Derecho de la dirección de la economía por el Estado. En particular, se cuentan aquí los delitos comprendidos por la Ley Alemana Penal Económica. Especialmente, el Derecho de los precios, incluyendo la llamada usura social. Además, cabe en este concepto el Derecho Penal Económico externo, que regla el intercambio económico con áreas económicas extranjeras, y que en la actualidad alemana, apartándose objetivamente de la anterior legislación sobre fuga de capitales y economía de divisas, también ha tomado para sí el antiguo Derecho Cambiario. Junto a la Ley de Vitivinicultura se cuenta también el conjunto del Derecho Fiscal y Aduanero en el plano estricto del Derecho Penal Económico. Se trata de la protección de las metas de la planificación estatal independientemente de que la imposición fiscal, por otra parte, se ha transformado actualmente en el instrumento oculto, pero preferido, de la dirección estatal de la economía.

Se da un ámbito mayor al concepto de los delitos económicos si se aplica la idea de que el Derecho Económico está formado por el conjunto de aquellas normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, fabricación y reparto de bienes económicos. Para distinguir estos delitos de los que corresponden al Derecho Penal patrimonial se acude a

la exigencia del bien jurídico colectivo o supraindividual (social) aun cuando se añade, concurrentemente, la protección del particular —consumidor o competidor.

En este segundo ámbito, sostenido en Alemania sobre todo por la Corte Constitucional Federal, se vuelven claras la inevitable penetración mutua de la política económica (dirección económica) y policía económica (protección contra el peligro económico). Aquí se cuenta, junto con el Derecho del monopolio y la legislación contra la competencia desleal, así como el debido orden del crédito, también el Derecho de ordenamiento de la economía hídrica, significativo para la protección del medio ambiente, al igual que el Derecho de la economía minera y energética. El Derecho Penal industrial, el Derecho Penal concerniente a los alimentos, inclusive medicinas, y el Derecho Penal vitivinícola afectan ya al más amplio ámbito policial-económico, al cual también debe adscribirse el Derecho Penal de la protección al trabajo.

En vista de las nuevas formas de comisión y de los objetos supraindividuales del delito, tanto como de los medios independizados de comisión, también se incluyen, finalmente, bajo el concepto de hecho penal económico, manipulaciones con letras de cambio y cheques, las defraudaciones en materia de créditos, el abuso de cartas de créditos, el uso indebido de formularios impresos para transferencias bancarias y similares medios que, según el Derecho alemán, sólo caen bajo la figura de la estafa (§ 263 del Código Penal). Corresponden al ámbito de la defraudación (§ 266 del Código Penal), sobre todo el abuso de talonarios de cheques y tarjetas de crédito, el aprovechamiento de informaciones provenientes de “insiders” en las operaciones de valores de bolsa, digamos el hecho de que quien goza de los secretos de una sociedad los explote en beneficio propio (p. e., cuando el gerente de una sociedad, sabiendo en reserva que ésta ha descubierto petróleo, se va a la bolsa a comprar para sí acciones de la sociedad). Corresponden a ese mismo ámbito de la defraudación la subvaloración ilegal de activos y la demora, por parte de bancos e instituciones similares, en efectuar los pagos de remesas al destinatario con el fin de hacer una ganancia adicional. Para la vida económica en Alemania, estos últimos fenómenos constituyen problemas particularmente actuales y discutidos.